

L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali

SOMMARIO

1. IL CASO E LA SENTENZA DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*. – 2. (*SEGUE*) LE REAZIONI DELLA DOTTRINA ALLA SENTENZA TEDESCA. – 3. LA DECISIONE DELLA CORTE EDU. – 4. IL MARGINE DI APPREZZAMENTO. – 4.1. (*SEGUE*) TENTATIVI DI CONCETTUALIZZAZIONE. – 4.2. (*SEGUE*) CRITICHE. – 5. (*SEGUE*) IL “CONSENSO EUROPEO” RISPETTO ALLE QUESTIONI MORALI. – 6. MARGINE E PROPORZIONALITÀ NEL CASO *STÜBING*. – 7. UN GIUDIZIO DI SINTESI SULLA VICENDA: LA SPECIFICITÀ NEL CONTROLLO SULLE NORME PENALI. – 8. POSTILLA SULL'ART. 564 C.P.

1

IL CASO E LA SENTENZA DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Con la decisione del 12 aprile 2012, relativa al caso *Stübing contro Germania*¹, la Corte EDU ha dichiarato l'insussistenza di una violazione dell'art. 8 CEDU a seguito dell'applicazione del § 173 co. 2° del codice penale tedesco (StGB) in un caso di incesto tra fratelli germani. La decisione succede ad una sentenza della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 26 febbraio 2008², che aveva già offerto lo spunto per un riesame del problema del sindacato di costituzionalità sulle scelte d'incriminazione³.

Riepiloghiamo, per prima cosa, alcuni aspetti salienti della sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

Il caso trae origine dalla vicenda occorsa, a Lipsia, a P. e K., rispettivamente fratello e sorella germani, cresciuti separatamente e lontani dalla famiglia d'origine⁴. A seguito del divorzio dei genitori, avvenuto poco dopo la nascita di K., quest'ultima è affidata alla madre. P., invece, dopo aver subito maltrattamenti dal padre, al quale era stato affidato, è dall'età di tre anni in orfanotrofio, per poi essere adottato da una famiglia, sì da interrompere ogni rapporto con la famiglia d'origine. Adulto, P. ritrova la madre e, insieme a lei, la sorella di cui in pratica ignorava l'esistenza. Alla morte della madre, P. e K. intraprendono una relazione stabile, dalla quale nasceranno quattro figli (due dei quali portatori di *handicap*). Ne deriva una serie di procedimenti penali, che causeranno a P. plurime condanne detentive ai sensi del § 173, co. 2° StGB (una parte delle quali

1. Application no. 43547/08, in www.echar.coe.int. Per un commento, M. KUBICEL, *Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR. Die Entscheidung und ihre Folgen für die strafrechtswissenschaftliche Debatte*, in ZIS, 6/2012, pp. 282 ss.

2. BVerfGE 120, 224. La sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 2091 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA), con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *ivi*, pp. 2115 ss. In Italia, la sentenza è stata inoltre commentata da E. R. BELFIORE, *Le Corti costituzionali italiana e tedesca a confronto: i principi di ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit in materia penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, pp. 46 ss.; G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di J. Feinberg*, Milano, 2010, pp. 214 ss.; A. NISCO, “Principio di proporzionalità” ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, pp. 147 ss.

3. Su questo tipo di sindacato, la giurisprudenza costituzionale tedesca, non diversamente da quella italiana, ha storicamente assunto un atteggiamento restrittivo. Per un'approfondita comparazione, E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale: il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

4. Per una ricostruzione complessiva della vicenda, v. G. BEST, *Zur Aktualisierung des Inzestverbots. Eine Erörterung anlässlich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 2010, pp. 7 ss.

effettivamente scontate); K., invece, è giudicata non imputabile per disturbi della personalità connessi alla difficile situazione della famiglia d'origine.

La relazione incestuosa, in questo caso, non è fondata su abusi o violenze a danno di uno dei due protagonisti: si tratta di “incesto in quanto tale”, ossia di una relazione sessuale tra adulti consenzienti legati da vincolo familiare⁵. Neppure può dirsi che, nel caso in specie, la relazione abbia attentato alla serenità della famiglia d'origine dei due protagonisti, disgregatasi da sé ben prima della realizzazione delle condotte incriminate. Nel ricorso al *Bundesverfassungsgericht* (la *Verfassungsbeschwerde*), oltre alla violazione del diritto all'autodeterminazione sessuale (artt. 2, co. 1° e 1 co. 1° *Grundgesetz*, GG) e del divieto di discriminazione (art. 3 GG), era stata denunciata la violazione dell'art. 6 GG, che assicura protezione alla famiglia; nel caso in specie, della famiglia nata dalla relazione proibita.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha respinto il ricorso, facendo applicazione del principio di proporzionalità, alla stregua del quale, secondo la corte tedesca, il § 173, co. 2° StGB perseguirebbe più scopi legittimi, non in contrasto con il *Grundgesetz*. Avvalendosi di un parere tecnico richiesto al *Max-Planck-Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo⁶, il *Bundesverfassungsgericht* ha assegnato al reato d'incesto i seguenti scopi (*Strafzwecke*):

a) tutela dell'ordine familiare: la condotta incestuosa metterebbe a rischio l'istituto della famiglia, ingenerando una confusione di ruoli tra i membri di questa;

b) tutela dell'autodeterminazione sessuale: l'incesto s'insiederebbe, nella maggior parte dei casi, in situazioni di debolezza o dipendenza psicologica di un soggetto verso un altro, donde la non irrilevanza della tutela dell'autodeterminazione sessuale come scopo legittimo dell'incriminazione;

c) tutela da malattie genetiche: gli studi empirici rivelerebbero, rispetto alle unioni incestuose, un rischio di trasmettere malattie di origine genetica superiore alla norma; ne risulterebbe l'interesse della (eventuale) prole nata dal rapporto incestuoso a non essere esposta a tale rischio;

d) convinzione sociale, culturalmente e storicamente fondata, circa la “meritevolezza di pena” dell'incesto: si tratta di un argomento richiamato a conferma della legittimità della norma, tenuto conto che – a parere del *Bundesverfassungsgericht* – gli scopi precedentemente elencati legittimerebbero il divieto penale solo se considerati nel loro complesso; particolare valore è assegnato, sul punto, al dato storico-comparatistico messo a disposizione dal *Max-Planck-Institut*, il quale dimostra come l'incesto sia stigmatizzato e punito in diversi luoghi ed epoche.

Alla luce di tale disamina, sempre secondo il *Bundesverfassungsgericht*, la sanzione penale appagherebbe il primo requisito del principio di proporzionalità, ossia l'idoneità della misura restrittiva dei diritti fondamentali a conseguire determinati scopi; senza compromettere gli altri due requisiti, cioè la necessità e l'esigibilità (adeguatezza o “proporzionalità in senso stretto”) della misura.

2

(SEGUE) LE REAZIONI DELLA DOTTRINA ALLA SENTENZA

TEDESCA

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* ha suscitato numerose critiche presso la dottrina penalistica tedesca, a cominciare dall'opinione dissenziente formulata dal giudice Winfried Hassemer, unico penalista presente nel collegio⁷. Tali critiche sono state

5. La definizione è ripresa da H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern* –, Fassung vom 19. November 2007, p. 27, in www.mpicc.de.

6. H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme*, cit.

7. V. l'opinione dissenziente del Giudice Hassemer alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 2103 ss. (traduzione di G. DODARO e M. DOVA). In dottrina, in termini fondamentalmente simili all'opinione di Hassemer, v. T. HÖRNLE, *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsrechtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in *NJW*, 2008, pp. 2085 ss.; L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZIS*, 5/2008, pp. 234 ss.; W. BOTKE, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, in *FS für K. Volk*, München, 2009, pp. 93 ss.; B. NOLTENIUS, *Grenzloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 2008*, in *ZJS*, 2009, pp. 15 ss.; S. KARST,

indirizzate, in primo luogo, ai presupposti teorici della sentenza, soprattutto alla frettolosa svalutazione della categoria del bene giuridico; in secondo luogo, ai singoli scopi individuati dalla sentenza, ciascuno dei quali, singolarmente considerato, è inidoneo a sorreggere l'incriminazione, né è suscettivo di divenire idoneo per il sol fatto di convivere con altri scopi a loro volta insufficienti.

Quanto al bene giuridico, è stato rilevato come il *Bundesverfassungsgericht*, in effetti, si contraddica⁸, indicando in premessa la necessità che il comportamento incriminato sia socialmente dannoso e che la pena si configuri come *ultima ratio*, nel caso in cui sia offeso un bene giuridico, per poi sostenere la superfluità del bene giuridico stesso, onde affidare la legittimità delle norme penali soltanto al confronto tra scopo della norma e limiti posti dalla costituzione, secondo il criterio della proporzionalità (scandito dall'idoneità, dalla necessità e dalla proporzionalità *stricto sensu*). Una debita valutazione della categoria del bene giuridico avrebbe impedito di affidarsi ad una serie inidonea di scopi⁹.

Infatti, riguardo al contenuto di codesti scopi, assegnati dal *Bundesverfassungsgericht* al § 173, co. 2° StGB, si è criticamente osservato quanto segue.

a) La famiglia alla quale i soggetti attivi del reato appartengono non è necessariamente lesa dall'incesto, come accade del resto nel caso in questione; per tanto, si tenta di ricondurre lo scopo del divieto ad un "ordine familiare", quale struttura trascendente la singola compagine familiare: il che è "una finzione e non un bene giuridico"; anche l'argomento della confusione dei ruoli ha scarso valore, se si considera che l'immagine costituzionale della famiglia prevede sì dei ruoli, ma non li impone con la minaccia di pena; se così fosse, dovremmo ammettere una pena anche nei confronti dell'adulterio e delle unioni omosessuali¹⁰.

b) L'autodeterminazione sessuale è un bene invocato a sproposito nel caso dell'incesto, inteso come rapporto tra adulti consenzienti, nel quale, dunque, non v'è compressione dell'autonomia di alcuno; tanto più che nella norma impugnata sono puniti entrambi i partecipi e non c'è una vittima¹¹; mentre, ove si configurasse una lesione dell'autodeterminazione sessuale di uno dei due soggetti, sarebbero applicabili altre fattispecie (e le aggravanti del caso).

c) La tutela della prole da malattie genetiche è fuori luogo¹²: un ordinamento liberale non può imporre – e di fatto non impone – divieti di generare a chi sa di essere portatore di tare genetiche; del resto, è inconcepibile la titolarità di un diritto "a non nascere", piuttosto che nascere malata, in capo all'eventuale prole¹³; infine, il reato previsto dal § 173 StGB si configura anche quando siano impiegati contraccettivi o in caso d'impossibilità fisica di generare (compresi i rapporti omosessuali), sì che una finalità "eugenetica" non darebbe comunque conto dell'estensione del divieto.

d) Una convinzione sociale, culturalmente e storicamente fondata, circa la "meritevolezza di pena" dell'incesto non è altro che sinonimo di una morale dominante, e dun-

Die Entkriminalisierung des § 173 StGB, Frankfurt am Main, 2009, 237-239; C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzeistes*, in *StV*, 2009, pp. 544 ss.; P. WITTIG, § 173, in H. SATZGER-B. SCHMITT-G. WIDMAIER, *StGB-Kommentar*, Köln, 2009, p. 1075; K. DIPPEL, § 173, in *LK-StGB*, Bd. 6, 12. Aufl., 2010, p. 721; T. LENCKNER - N. BOSCH, § 173, in A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *StGB-Kommentar*, 28. Aufl., München, 2010, p. 1607; T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Aufl., München, 2011, pp. 1106 ss.; C. RITSCHER, § 173, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd 3, 2. Aufl., München, 2012, pp. 1209 ss. Critici verso la sentenza, ma senza seguire l'impostazione degli Autori in precedenza citati (soffermandosi su altri aspetti della prova di proporzionalità), N. K. ANDROULAKIS, *Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität?*, in *FS für W. Hassemer*, Heidelberg, 2010, pp. 271 ss.; D. KRAUSS, *Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzeistes (BVerfGE 120, 224)*, *ivi*, pp. 423 ss. Per una critica di ordine criminologico, B. ZABEL, *Kriminologische Aspekte des modernen Rechtsgüterschutzes*, in *MschKrim*, 2009, pp. 405 ss. Difendono, invece, la legittimità del § 173 (e l'operato del *Bundesverfassungsgericht*) M. FROMMEL, § 173, in *Nomos Kommentar StGB*, Bd 2, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, p. 225 ed il suo allievo M. G. TISCHLER, *Der Geschwisterinzeist bei über 18-Jährigen*, Hamburg, 2009, pp. 136 ss.

8. B. NOLTENIUS, *Grenzloser Spielraum*, cit., p. 17 (con indicazione dei punti della sentenza criticata).

9. *Opinione dissenziente*, cit., p. 2104; C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit*, cit., p. 545.

10. C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit*, cit., p. 546.

11. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1107.

12. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch*, loc. ult. cit.

13. *Opinione dissenziente*, cit., p. 2106.

que non dovrebbe essere argomento a sostegno di un'incriminazione¹⁴; anche se si volge tale argomento nella tutela dalla reazione di indignazione e di ribrezzo suscitata dalla violazione del tabù, esso resta inaccettabile, almeno se si muove dall'esatta premessa che codesti sentimenti non possono guidare le scelte d'incriminazione né fungere da beni giuridici¹⁵; il solo tentativo di appellarsi ad una convinzione storico-culturale dimostra l'insufficienza degli altri scopi¹⁶.

Anche l'utilizzo da parte del *Bundesverfassungsgericht* del materiale empirico a sua disposizione è stato oggetto di discussione.

Quanto al sapere scientifico, il parere del *Max-Planck-Institut* cita sì l'esistenza di studi sulle conseguenze psicologiche e genetiche dell'incesto, ma, al tempo stesso, ha premura di far presente l'assenza di risultati certi¹⁷. Rispetto al danno alla famiglia, il parere evidenzia come l'incesto maturi in contesti familiari già compromessi, atteggiandosi a conseguenza e non a causa di disagio¹⁸. Infine, nell'ottica della sussidiarietà penale, i dati emergenti dal parere fornirebbero spunti in vista dell'adozione di misure assistenziali e non di una pena¹⁹.

Quanto al dato storico-comparato, per il *Bundesverfassungsgericht* la criminalizzazione dell'incesto nella maggior parte degli ordinamenti esaminati dall'Istituto friburghese²⁰ rileva come dato squisitamente *quantitativo*; uno sguardo alla *qualità* di quegli ordinamenti avrebbe dovuto scongiurare di computare Paesi dov'è prevista la detenzione a vita per simili comportamenti (come accade in qualche legislazione statale nordamericana) ed esperienze remote come il Levitico o il codice di Hammurabi, per l'evidente incomparabilità con lo Stato di diritto tedesco²¹; suggerendo, al contrario, maggiore sensibilità verso le codificazioni che hanno rinunciato all'incriminazione, più recenti e più vicine all'ordinamento tedesco (Francia e Spagna)²². Infine, per quanto concerne la supposta convinzione sociale sulla meritevolezza di pena, è stato autorevolmente osservato che, pur avendo il caso – anche prima della sentenza – subito una lunga esposizione mediatica, dai relativi resoconti non traspare alcuna «tendenza impellente alla punizione»²³.

3

LA DECISIONE DELLA CORTE EDU

La delusione seguita alla sentenza della corte costituzionale, a quanto consta, non è stata temperata da alcuna particolare attesa riposta nell'annunciato ricorso alla Corte EDU. Questa Corte non dispone di strumenti istruttori maggiori di quelli impiegati dal *Bundesverfassungsgericht*; la dimensione empirica del suo giudizio emerge piuttosto dall'essere, in ogni caso, un giudizio sul caso concreto²⁴. Del resto, la Corte europea non svolge un controllo di costituzionalità né incarna un ulteriore grado di giudizio rispetto ad esso²⁵. La brevità della decisione con cui essa respinge il ricorso sul

14. *Opinione dissenziente*, cit., pp. 2119-2110. Approfondimenti in L. GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 235 ss.

15. Cfr. G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità*, cit., p. 230.

16. W. BOTTKÉ, *Roma locuta*, cit., p. 103.

17. Cfr. H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme*, cit., pp. 93 ss., sulle conseguenze psicologiche dell'incesto, e p. 117, sui danni genetici. Sul punto, v. anche W. BOTTKÉ, *Roma locuta*, cit., p. 100-101; e, ampiamente, ZABEL, *Kriminologische Aspekte*, cit., p. 406-407.

18. H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme*, cit., pp. 97 ss.

19. *Opinione dissenziente del Giudice Hassemer*, cit., p. 2112.

20. H.-J. ALBRECHT-U. SIEBER, *Stellungnahme*, cit., pp. 4 ss.

21. Cfr. C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit*, cit., p. 549.

22. Ai quali potrebbe essere aggiunto il Portogallo, che però non era presente nel parere del *Max-Planck-Institut*. È d'uopo una breve precisazione riguardo alla Francia: la legge dell'8 febbraio 2010 ha reintrodotto il termine "incesto" (espunto dal codice penale del 1810) nel codice penale, ma in riferimento a violenze sessuali ai danni di minori (Art. 223-31-2, *code pénal*). Non può negarsi, tuttavia, che l'intervento normativo è espressione di una rinnovata sensibilità, anche dell'opinione pubblica, nei confronti dell'incesto *tout court* (in argomento, D. GERMAIN, *L'inceste en droit pénal: de l'ombre à la lumière*, in *RSC*, 3/2010, pp. 599 ss.).

23. C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit*, cit., p. 549.

24. J.-P. COSTA, *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1/2000, p. 435, parla di un «itinerario empirico» nella ricostruzione dei fatti in causa.

25. M. KUBICEL, *Das deutsche Inzestverbot*, cit., p. 284. Non è possibile, né necessario in questa sede, approfondire i rapporti tra ordinamento convenzionale e ordinamento tedesco. Basti dire che in Germania non si è giunti a una costituzionalizzazione della CEDU, ma il *Bundesverfassungsgericht* s'è impegnato ad effettuare una "*völkerrechtsfreundliche Auslegung*" dei diritti fondamentali presenti nel *Grundgesetz*. Sul punto, con i dovuti riferimenti, v. J. RINCEANU,

§ 173 StGB diviene una prevedibile conseguenza dell'ampiezza di sforzi argomentativi profusi dall'autorità nazionale.

Il ricorso era stato incentrato sull'art. 8 CEDU, sotto il profilo della violazione del diritto alla famiglia, dal momento che le plurime condanne impedivano al ricorrente di educare i figli, e del diritto alla vita privata, in specie del diritto alla libertà sessuale²⁶. Il ricorrente (P.) invocava l'assenza di un "bisogno sociale impellente" (*pressing social need*) a giustificazione dell'interferenza nel suo diritto, così come l'insufficienza delle argomentazioni addotte dal *Bundesverfassungsgericht* a sostegno del § 173 co. 2° StGB²⁷. Riguardo alle circostanze del caso concreto, egli rilevava come l'autorità nazionale non avesse tenuto in debita considerazione il fatto che i due *partner* della relazione incestuosa non erano cresciuti insieme e che, nel loro caso, l'incesto è da intendere come effetto e non causa di scompensi familiari²⁸. Infine, con specifico riferimento alla tutela della morale, il ricorrente sottolineava che l'eventuale abrogazione della norma che criminalizza l'incesto di certo non fiaccherebbe il tabù²⁹.

La Corte europea ha ritenuto che la materia sia effettivamente riconducibile all'art. 8 CEDU: ha ravvisato un'"interferenza" con il diritto alla vita privata nelle predette articolazioni³⁰. Ciò è in sintonia con la progressiva espansione manifestata dalla nozione di "vita privata" nella sua giurisprudenza³¹. L'interferenza patita dal ricorrente supera però positivamente il vaglio imposto dal comma 2° dello stesso art. 8. Riprendendo, in sostanza, il giudizio del *Bundesverfassungsgericht*, al § 173 StGB si attribuisce lo "scopo legittimo" di proteggere la "morale" (*morals*) e "i diritti altrui" (*rights of others*), cioè l'ordine familiare, la libertà sessuale e l'integrità genetica.

Nel ponderare tali scopi con il diritto sacrificato, si assume a fattore decisivo il margine di apprezzamento, sì che, come talvolta accade nella giurisprudenza della Corte, proporzionalità e margine si sovrappongono quali fasi indistinguibili del bilanciamento³². Nell'ambito di tale giudizio, il dato comparatistico è interpretato a favore della compatibilità della norma tedesca con la Convenzione. Manca un "consenso europeo" sulla liceità degli atti sessuali consenzienti tra fratelli, ma la maggior parte degli Stati provvede alla loro criminalizzazione. Inoltre, siccome si discute di morale, risulta che lo Stato debba beneficiare di un ampio margine di apprezzamento, nonostante l'interferenza del divieto d'incesto con un aspetto intimo della sfera individuale quale la sessualità³³.

Riguardo poi alle circostanze del caso concreto, la Corte richiama le valutazioni compiute sia dal *Bundesverfassungsgericht* che dell'autorità giudiziaria tedesca, ritenendole corrette anche alla luce di un particolare: K. (la sorella), in virtù della differenza d'età e della morte della madre, era psicologicamente debole e perciò dipendente da P.; il che attesterebbe una volta di più la legittima finalità tutoria perseguita dalla norma penale³⁴. Tuttavia, ci preme subito chiarire che questo dato è stato ingiustamente enfatizzato: il disagio psicologico di uno degli attori *non* è un requisito della fattispecie in considerazione (cioè del § 173 StGB); se c'è un disagio, il fatto può essere sussunto in una forma di abuso tipizzata nel codice penale tedesco (§ 174 ss. StGB)³⁵, ma nessuna tutela ci si può attendere

La disciplina della custodia di sicurezza (Sicherungsverwahrung) nello specchio della giurisprudenza costituzionale tedesca, in F. SGUBBI-D. FONDAROLI (a cura di), *Il "mercato della legge penale": nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Padova, 2011, pp. 125 ss.

26. *Stübing v. Germany*, cit., par. 34.

27. *Ibidem*, par. 35-36.

28. *Ibidem*, par. 37-38.

29. *Ibidem*, par. 41.

30. *Ibidem*, par. 55.

31. Cfr. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 55.

32. *Stübing v. Germany*, cit., par. 58.

33. *Ibidem*, par. 61.

34. Il punto è approfondito da G. DODARO, *La Corte costituzionale*, cit., pp. 2126 ss.

35. I §§ 174 ss. StGB sono in realtà destinati a comprendere la maggior parte degli abusi sessuali commessi in ambito familiare (che spesso l'opinione pubblica definisce come "incesto"): così S. KARST, *Die Entkriminalisierung*, cit., p. 101.

dal reato d'incesto, che, come detto, non conosce una vittima ed è realizzato anche dall'autore disagiato, salvo giustificarlo o scusarlo³⁶ (come accaduto a K.). Pertanto, la presunta dipendenza psicologica di K. avrebbe dovuto essere esclusa dal giudizio della Corte.

In realtà, la fitta matassa di temi da cui era stata percorsa la questione di costituzionalità del § 173 StGB, in sede europea, è rappresa e risolta attorno a uno snodo argomentativo fondamentale: se l'autorità nazionale abbia operato nei limiti del *margin* di apprezzamento riconosciuto allo Stato. Occorre dunque dedicare qualche approfondita riflessione a questo argomento, per poi passare a considerazioni di spessore più marcatamente penalistico.

4

IL MARGINE DI APPREZZAMENTO

Il margine di apprezzamento è definito come l'ampiezza della «deferenza o errore» concesso agli organi nazionali, prima che la Corte dichiari la violazione della Convenzione da parte degli stessi³⁷. Si tratta di una classica tecnica argomentativa adoperata dalla Corte, che, anche se spesso appellata come “dottrina”, difetta di una compiuta teorizzazione in grado di controllarne i presupposti e lasciarne prevedere gli esiti; tanto più che i contesti in cui se ne fa uso sono diventati vari e molteplici³⁸.

Fondato non su specifiche norme, bensì su un richiamo generale alla sussidiarietà della Convenzione, il margine d'apprezzamento cominciò ad essere applicato in relazione all'art. 15 CEDU, vale a dire quale parametro di valutazione delle misure in deroga agli obblighi convenzionali adottabili dai Paesi in caso di stato d'emergenza. Rispetto a tali deroghe, la Corte ha altresì formulato l'argomento secondo cui lo Stato sarebbe in una “migliore posizione” per valutare la sussistenza delle condizioni d'emergenza³⁹. Una traccia della dottrina del margine si rinviene, poi, in relazione al divieto di discriminazione previsto nell'art. 14: qui, tuttavia, il parametro è stato declinato in termini non distinguibili dal principio di ragionevolezza e di proporzionalità⁴⁰.

In seguito, lo strumento è stato esteso ad altre parti della Convenzione, in particolare ai diritti previsti dagli artt. 8-11, dove è molto accentuata la differenziazione delle soluzioni caso per caso⁴¹. Queste disposizioni, infatti, accettano l'eventualità che gli Stati pongano restrizioni – “interferenze” – ai diritti in esse racchiusi, fissandone i relativi presupposti. Le restrizioni statali, oltre ad essere coperte da una previsione legislativa, devono essere “necessarie”, in una “società democratica”, al perseguimento dei fini indicati dalle citate disposizioni: sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui. Normalmente, il margine è applicato dalla Corte mediante un procedimento in quattro fasi: si rileva un’“interferenza” nel diritto; si accerta se essa è prescritta dalla legge; si appura se il suo scopo rientri tra quelli

36. T. LENCKNER-N. BOSCH, § 173, cit. p. 1608.

37. H. C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Boston-London, 1996, p. 13.

38. Sul tema, R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, pp. 571 ss.; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1999, pp. 743 ss.; F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003, pp. 65 ss.; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 145 ss.; R. NIGRO, *Il margine di apprezzamento e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sul velo islamico*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2008, pp. 71 ss.; S. MANCINI, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle corti*, in *Giust. cost.*, 2009, pp. 4056 ss.; I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. ODDENINO et. alt. (a cura di), *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2010, pp. 7 ss.; per alcune riflessioni penalistiche, inoltre, E. FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti fondamentali: riflessioni sulla teoria del “margine nazionale di apprezzamento”*, in *Studi quest. crim.*, 2/2006, pp. 31 ss., e, nel quadro di una ampia trattazione dei nessi tra diritto penale e CEDU, E. NICOSTA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 174 ss. Per una ricostruzione del margine di apprezzamento al di là della CEDU, si rinvia al recentissimo volume di A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012.

39. I. ANRÒ, *Il margine*, cit., p. 9.

40. F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina*, cit., p. 107.

41. F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina*, cit., pp. 86 ss. Sul tema, inoltre, Y. ARAI, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quart. of Human Rights*, Vol. 16/1, 1998, pp. 41 ss.

legittimi previsti dalle clausole di contemperamento; se ne verificano proporzionalità e necessità in una società democratica e l'esistenza di un "pressante bisogno sociale" nell'ordinamento nazionale⁴². A parte ciò, la Corte individua un nucleo di diritti e dei diritti (*core rights*), che almeno in linea di principio, in quanto strettamente pertinente all'individuo, non dovrebbe essere mai passibile di restrizioni⁴³.

4.1

(SEGUE) TENTATIVI DI CONCETTUALIZZAZIONE

In letteratura, si rinvencono vari tentativi di conferire alla dottrina del margine d'apprezzamento un fondamento più saldo rispetto a quanto di solito faccia la Corte. Possiamo proporre solo una rapida sintesi.

Ad un primo sguardo, il tema pare riconducibile ad una questione interpretativa: il ricorso ad un margine è dovuto alla insopprimibilità dei "concetti giuridici indeterminati" e delle "clausole generali", presenti anche nelle disposizioni convenzionali (in specie negli artt. 8-11), alle quali l'interprete è tenuto a dare un effettivo contenuto, data la non uniformità di vedute dei vari Stati, specialmente rispetto ai giudizi morali⁴⁴. In questi termini, il margine d'apprezzamento sarebbe la soluzione, al livello della Convenzione, di un problema che si pone anche negli ordinamenti nazionali⁴⁵. Si tratta di un'impostazione che giustifica il margine, ma non detta criteri per governarlo.

Al di là di un legame con il concetto di "discrezionalità", vigente anche negli ordinamenti statali, si è anche evidenziato come il margine d'apprezzamento sia un fenomeno dovuto soprattutto ai complessi equilibri tra ordinamenti nazionali e convenzionale: frutto di un compromesso necessario tra la sovranità statale, non soppressa dalla Convenzione, e potere di controllo della Corte europea⁴⁶. Questo compromesso sarebbe giustificato dal fatto che la CEDU rappresenta uno *standard* minimo universale di tutela dei diritti, al di sotto del quale gli Stati non possono muoversi, ma al di sopra del quale essi conservano un potere discrezionale. La circostanza si scontra però col fatto che la Corte, quando applica il margine, non definisce quasi mai lo *standard* minimo di tutela col quale paragona la soluzione dello Stato di volta in volta convenuto⁴⁷.

La nozione di margine è stata anche inserita nella più ampia teorizzazione di un «pluralismo ordinato», come obiettivo dell'armonizzazione tra diversi ordinamenti⁴⁸. In questa prospettiva, l'idea di un margine rappresenterebbe una preziosa risorsa concettuale, da non confondere con il problema dell'interpretazione dei testi normativi. Esisterebbero, infatti, un margine di *interpretazione*, che secondo un meccanismo consolidato è concesso al «destinatario intermedio» della norma (in particolare al giudice sovranazionale, che "emette" una norma interpretando la Convenzione), ed un margine di *apprezzamento*, riferibile invece al «destinatario finale» della norma, nel nostro caso uno Stato, «che si vede autorizzato a fare un passo di lato, a non adeguare precisamente

42. Cfr. G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4 (2006), p. 711.

43. Con i dovuti riferimenti, J. GERARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *Eur. Law Journ.*, January 2011, p. 113; P. TANZARELLA, *Il margine*, cit., pp. 160 ss.

44. A. BLECKMANN, *Der Beurteilungsspielraum im Europa – und im Völkerrecht*, in *EuGRZ*, 1979, pp. 485 ss.; R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento*, cit., pp. 599 ss.

45. Rispetto all'utilizzo di svariati "margin" da parte del *Bundesverfassungsgericht* (che l'A. però inquadra in una *Spielräumdogmatik*, diversa da una teoria dell'interpretazione), v. R. ALEXY, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL* 61, Berlin - New York, 2002, pp. 15 ss. Per un'analisi normologica della CEDU ispirata al modello teorico di Alexy, v. J. BADENHOP, *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, 2010.

46. Cfr., con differenti impostazioni, e non senza critiche, T. A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quart.*, Vol. 4, No. 4, winter 1981, p. 478-479; R. ST. J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in R. ST. J. MACDONALD-F. MARSCHER-H. PETZOLD (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht - Boston - London, 1993, pp. 83 ss.; O. BAKIRCIOGLU, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression in Public Morality Cases*, in *German Law Journal*, Vol. 8 No. 7, 2007, p. 717; S. GREER, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, in *UCL Human Rights Rev.*, vol. 3, 2010, pp. 1 ss.

47. M. R. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 643 ss.

48. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, 2004, pp. 64 ss.

la sua condotta alla norma, a non sottomettersi esattamente alla regola»⁴⁹. Quest'idea costringe a deviare l'attenzione dalla "conformità" alla "compatibilità", intesa come "prossimità sufficiente" al contenuto della regola⁵⁰.

A questo punto, tenendo presente che in alcune materie, tra cui quelle indicate dagli artt. 8-11 CEDU, margine d'interpretazione e margine d'apprezzamento si cumulano, onde evitare applicazioni arbitrarie della regola, entra in gioco la *logica flou*, sostitutiva della vecchia logica binaria basata sulla secca alternativa vero/falso, appartenenza/non appartenenza. La logica *flou* cattura la complessità del pluralismo, analizzando un enunciato sulla base della sua approssimazione alla verità o dell'eccessivo allontanamento dalla falsità⁵¹; in ciò essa contribuirebbe ad un avvicinamento dei differenti sistemi nel senso di una loro armonizzazione e non identità. Questa teorizzazione – ben più ricca e complessa di quanto qui si possa riassumere – ha un'indubbia forza suggestiva. È però esposta alle difficoltà cui va incontro la logica *flou* (o *fuzzy*) nel momento in cui è applicata al ragionamento giuridico⁵²; e, soprattutto, più che formulare un parametro preciso alla luce del quale applicare il margine, si limita a fornirne presunte coordinate logiche⁵³.

4.2

(SEGUE) CRITICHE

In realtà, come pure è stato osservato, il margine di apprezzamento è un istituto doppiamente ancipite. Ne è duplice il fondamento: "ideologico-normativo", radicato nell'idea di abbinare concetti opposti come unità/diversità e "europeismo"/sovranità, e "tecnico", ancorato alla sussidiarietà della Convenzione, che induce a ritenere lo Stato in una "migliore posizione" per valutare determinate questioni⁵⁴. Egualmente duplice è il contenuto del margine, inerente a due diversi profili della Convenzione: a) i diritti presenti nella Convenzione; b) gli obblighi di cui le parti contraenti sono investiti⁵⁵.

a) Nel primo senso, si ha un concetto "sostanziale" di margine di apprezzamento, che si risolve in un bilanciamento tra libertà dell'individuo e finalità collettive (come avviene tipicamente negli artt. 8-11 CEDU). Questo concetto si sovrappone, problematicamente, con la proporzionalità, o con alcuni dei suoi momenti⁵⁶. Si è anche rilevato che, nell'ambito del bilanciamento da essa compiuto, la Corte non avrebbe bisogno di riferirsi ad un "margine d'apprezzamento", che rischia solo di offuscare la linearità argomentativa del giudizio di proporzionalità⁵⁷.

b) Nel secondo senso, si ha un concetto di margine di tipo "strutturale", che trae origine dalla natura di organo internazionale della Corte, tenuta a rispettare la sovranità

49. M. DELMAS-MARTY-M.-L. IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, in RIDC, 4/2000, p. 766-767.

50. M. DELMAS-MARTY-M.-L. IZORCHE, *Marge*, cit., p. 769.

51. M. DELMAS-MARTY-M.-L. IZORCHE, *Marge*, cit., p. 772.

52. Si rinvia a F. PUPPO, *Per un possibile confronto fra logica "fuzzy" e teorie dell'argomentazione*, in Riv. int. filos. dir., 2006, pp. 221 ss.; ID., *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in Criminalia, 2009, pp. 631 ss.

53. Si veda la critica di F. TULKENS-L. DONNAY, *La teoria del margine nazionale di apprezzamento e la Corte europea dei diritti dell'uomo: paravento giuridico o criterio interpretativo indispensabile?*, in ius17@unibo.it, 2/2008, pp. 419 ss., in particolare p. 430.

54. S. VAN DROOGHENBROECK., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001, p. 490.

55. G. LETSAS, *Two Concepts*, cit., pp. 705 ss.; ID., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, pp. 80 ss.

56. Parla di "confusione" tra i due parametri S. VAN DROOGHENBROECK., *La proportionnalité*, cit., p. 538. Secondo E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 68-79, margine di apprezzamento e proporzionalità sono tecniche distinte: «la dottrina del margine di apprezzamento ha riguardato il momento dell'accertamento dei presupposti per una interferenza, mentre la teoria della proporzionalità ha riguardato il momento – logicamente successivo – della valutazione della congruità dell'azione nella quale si esprime l'interferenza». Il margine di apprezzamento consisterebbe, infatti, nella «formazione di uno standard di tutela di interessi collettivi che possano astrattamente giustificare una interferenza rispetto a diritti garantiti dalla Convenzione». Allo stesso tempo, poiché a ogni Stato è accordata una certa discrezionalità nella fissazione dello standard, «una valutazione di proporzionalità è insita quindi nella dottrina del margine di apprezzamento, attraverso la quale gli organi della Convenzione valutano la ragionevolezza dello standard di protezione degli interessi collettivi fatti valere dagli Stati membri alla luce del parametro riassunto nella formula della società democratica». Gli organi della Convenzione non si auto-limiterebbero, ma interpreterebbero delle nozioni indeterminate presenti nella Convenzione; si che, mentre il margine riguarda l'area di discrezionalità degli Stati nella determinazione dei loro fini, la proporzionalità verte sulla «legittimità degli strumenti atti a realizzarli». Sulla complessità del rapporto proporzionalità/margine, v. anche il contributo di A. LEGG, *The Margin*, cit., p. 192.

57. G. LETSAS, *Two Concepts*, cit., pp. 709 ss. Il concetto sostanziale di margine rinvia all'elaborazione (o all'accoglimento) di una teoria "sostanziale" dei diritti che possa guidare il bilanciamento (*ibidem*, pp. 717 ss.).

delle parti contraenti: ciò da cui nasce la deferenza verso gli Stati in quanto “meglio posizionati” rispetto a una questione⁵⁸. In tale ottica, il margine fungerebbe da premessa logica del giudizio, eventuale e successivo, di ragionevolezza e proporzionalità; quando accerta l'esistenza di un margine, in altri termini, la Corte arretra innanzi a un limite al suo potere di giudicare, di fatto, senza decidere sulla questione⁵⁹. Assecondando questa linea di pensiero, si è anche proposto di considerare il margine alla stregua di una regola di ripartizione della giurisdizione, ma l'indecifrabilità dei presupposti operativi, non ricostruibili preventivamente ma solo caso per caso, inficia anche questo tentativo di concettualizzazione⁶⁰.

Questo incerto stato di cose giustifica le numerose critiche ricevute dal criterio in esame.

Si è rilevato come un'uniforme teorizzazione del margine non sia possibile e, benché i problemi ai quali esso tenta di opporsi siano reali, il suo impiego, a lungo andare, finisce per celare le reali argomentazioni alla base delle decisioni della Corte⁶¹. In maniera più veemente, è stato detto che i due parametri sui quali si regge la dottrina del margine, ossia un «bilanciamento tra l'importanza del diritto e l'importanza della restrizione» (secondo cui il margine d'apprezzamento si arresta quando il diritto è attaccato nel suo nucleo) e – come diremo – il criterio del “consenso europeo”, rappresentano una “minaccia” per la *rule of law*: il bilanciamento è null'altro che una giustificazione *a posteriori* di una decisione presa sulla base di argomenti non evincibili dalla motivazione; il criterio del consenso è applicato dalla Corte in maniera «imprecisa, imprevedibile e spesso arbitraria»⁶².

Queste preoccupazioni trovano espressione anche in sede istituzionale. Secondo una nota opinione dissidente, il margine reca con sé il “relativismo”, ma, «dove sono in discussione diritti umani, non c'è spazio per un margine di apprezzamento che permetterebbe agli Stati di decidere cosa è accettabile e cosa non lo è»; le affermazioni su un margine nazionale di apprezzamento sarebbero perciò solo «circonlocuzioni superflue, utili solo ad indicare astrusamente che lo Stato può fare qualcosa che la Corte non ritiene incompatibile coi diritti umani»⁶³.

Questo profilo critico emerge con particolare evidenza quando, tra le limitazioni opponibili dallo Stato ai diritti umani, viene in gioco la *morale*.

5

(SEGUE) IL “CONSENSO EUROPEO” RISPETTO ALLE QUESTIONI MORALI

Quando investe la tutela della morale, la verifica del margine di apprezzamento si arricchisce di ulteriori criteri di giudizio. La giurisprudenza della Corte europea muove dalla circostanza secondo cui le opinioni morali cambiano a seconda dello spazio e del tempo, ragion per cui gli Stati sono meglio “posizionati” nel valutare la necessità di una restrizione⁶⁴. Oltre all'argomento della “migliore posizione” del singolo Stato, la Corte fa riferimento a un “consenso” eventualmente creatosi tra gli Stati contraenti rispetto a una determinata questione: uno *standard* morale comune.

Consenso e margine di apprezzamento, in linea di principio, dovrebbero stare in relazione di proporzionalità inversa: più ampio è il consenso diffuso tra le legislazioni nazionali rispetto ad una certa questione, minore è il margine di manovra concesso

58. G. LETSAS, *Two Concepts*, cit., pp. 720 ss. Il concetto strutturale si diparte a sua volta in due “categorie”: la prima fa riferimento all'assenza di consenso tra gli Stati rispetto ad una determinata questione, soprattutto di tipo morale; la seconda si riferisce a materie politicamente sensibili, in merito alle quali lo Stato può invocare l'art. 15 (G. LETSAS, *Two Concepts*, cit., p. 722-723). Nel paragrafo seguente approfondiremo il problema del consenso.

59. In questi termini, F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina*, cit., p. 111.

60. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: interpretación y pluralismo europeos*, in L. MEZZETTI-A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale nell'ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, p. 97-98.

61. R. ST. J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 85, 122-124.

62. J.A. BARUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in 11 *Colum. J. Eur. L.* 113, 2004-2005, pp. 113 ss.

63. *Case of Z. v. Finland*, 25 February 1997, *Partly Dissenting Opinion of Judge De Meyer*, par. III.

64. *Case of Handyside v. The United Kingdom*, 7 December 1976, par. 48, in materia di libertà di espressione (si tratta di un *leading case* sul margine di apprezzamento).

al singolo Stato rispetto alla medesima questione, e viceversa⁶⁵. Al di là della talvolta intrinseca difficoltà di appurare un consenso mediante indagini comparative⁶⁶, già solo in questi termini, si assume a parametro della decisione un dato in sé avverso all'universalismo dei diritti umani⁶⁷: "consenso" esterno o "forze vitali" interne ad un Paese sono sinonimi di "maggioranza"⁶⁸ e, ove a quest'ultima si riconduca una morale da contrapporre a un diritto fondamentale, il margine di apprezzamento diviene il mezzo per reprimere stili di vita eterogenei rispetto a quelli riconducibili alla maggioranza. Si può contestare la pretesa universalità dei diritti su base filosofica⁶⁹, ma dovrà riconoscersi che una loro restrizione su base maggioritaria contraddice una delle premesse storiche dei diritti stessi e una delle principali funzioni della Corte: la tutela delle minoranze⁷⁰.

Va detto altresì che già nelle prime applicazioni la Corte ha assunto un atteggiamento instabile rispetto al nesso tra margine di apprezzamento e consenso⁷¹. Nel caso *Handyside*, del 1976, dov'era in discussione la pubblicazione di un opuscolo giudicato osceno in Inghilterra, ma diffuso nella maggior parte degli Stati membri, quest'ultima circostanza non sortì effetto alcuno sull'ampiezza del margine⁷². Nel caso *Dudgeon*, del 1981, per contro, la liceità delle pratiche omosessuali presso la maggior parte degli Stati fu tenuta in debita considerazione ai fini dell'affermazione della violazione⁷³.

Questo bilanciamento tra diritti e morale, mediato dal "consenso", è oggi al centro del controllo di delicate questioni etiche. Esempari due casi (attinenti al diritto penale, o in senso lato "punitivo").

Nel caso *A, B e C contro Irlanda*, del 2010, la Grande Camera, nel bilanciare il diritto alla vita del nascituro con il diritto al rispetto della vita privata delle ricorrenti, riconosce all'autorità irlandese un margine di apprezzamento nell'imposizione del divieto di aborto – nel caso in specie sanzionato con pene draconiane –, pur in presenza di un ampio consenso, espresso dagli altri Stati contraenti, nei confronti di pratiche abortive finalizzate a tutelare la salute della madre o permesse in virtù di ragioni socio-economiche⁷⁴. Per la Corte assume "importanza centrale" l'assenza di un'unanime soluzione scientifica relativa all'inizio della vita, da cui si ricaverebbe l'irrilevanza del consenso determinatosi negli Stati sull'accesso alle pratiche abortive⁷⁵, unitamente alla particolare valenza morale che assume il divieto d'aborto in Irlanda⁷⁶ ed alla circostanza secondo cui la legge irlandese non proibisce di andare all'estero ad abortire e di ricevere un'informazione sanitaria al riguardo anche in Irlanda⁷⁷.

È difficile non concordare con l'opinione dissenziente allegata a questa pronuncia.

65. P. TANZARELLA, *Il margine*, cit., p. 170.

66. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité*, cit., p. 531.

67. E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, vol. 31:843, 1999, p. 844. Per una differente impostazione, J. A. SWEENEY, *Margins of Appreciations: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, in *Int. & Comp. Law Quart.*, Vol 54, April 2005, pp. 459 ss. Contesta la tesi della contrarietà all'universalismo, A. LEGG, *The Margin*, cit., pp. 40 ss.

68. Cfr. G. LETSAS, *Two Concepts*, cit., p. 729.

69. V. ad es. L. BACCELLI, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Bari, 1999; F. TEDESCO, *Diritti umani e relativismo*, Roma-Bari, 2007. Più difficile, per la verità, contestare l'aperta pretesa universalistica del diritto internazionale positivo: sul tema A. ROSSETTI, *L'universalità dei diritti umani*, in *Kykéion*, 10, 2003, pp. 27 ss.; un'aggiornata riflessione anche in M. MAHLMANN, *Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt*, in *EuR*, 2011, par. 469 ss.

70. E. BENVENISTI, *Margin*, cit., p. 851-853. In proposito, S. MANCINI, *La supervisione*, cit, pp. 4060 ss., parla di «lato oscuro della dottrina del margine di apprezzamento».

71. Cfr. T. A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation*, cit., pp. 479 ss.

72. *Handyside v. The United Kingdom*, cit., par. 57.

73. *Case of Dudgeon v. The United Kingdom*, 22 October 1981, par. 60.

74. Grand Chamber, *Case of A, B and C v. Ireland*, 16 December 2010, par. 222 ss. Su questa pronuncia v. i commenti di L. BUSATTA, *La sentenza A, B e C. c. Irlanda: la complessa questione dell'aborto tra margine d'apprezzamento, consenso e (un possibile) monito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011- II, pp. 445 ss.; A. COLELLA, *Un'importante pronuncia della Corte europea in tema di bilanciamento tra diritti della donna e tutela del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 gennaio 2011; D. TEGA, *Corte europea dei diritti: l'aborto tra margine di apprezzamento statale e consenso esterno nel caso A, B, C contro Irlanda*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2011; ID., *Il caso A, B e C. c. Irlanda: l'aborto tra margine di apprezzamento e consenso esterno*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, pp. 41 ss.

75. *Case of A, B and C v. Ireland*, cit., par. 237.

76. *Ibidem*, par. 222-227.

77. *Ibidem*, par. 241.

Non è dato comprendere cosa centri l'incertezza scientifica sull'inizio della vita con l'ammissibilità di pratiche abortive, inequivocabilmente riconosciute nella maggior parte degli Stati, le quali muovono dal bilanciamento dei diritti del nascituro con i diritti della madre, indipendentemente dal momento in cui è fissato l'inizio della vita. Né si spiega il privilegio accordato dalla Grande Camera alle visioni morali (solo presumibilmente) imperanti nella popolazione irlandese contro lo *standard* acquisito dal resto delle legislazioni europee. Inconsistente, poi, il riferimento alla liceità di un viaggio all'estero per abortire, essendo la questione, evidentemente, se l'art. 8 sia violato da un preciso divieto vigente in Irlanda⁷⁸ (per tacere del fatto che tale ragionamento, in pratica, giustifica un politicamente poco accorto, e molto poco equo, turismo abortivo).

Nel caso *S.H. e altri contro Austria*, del 2011, sul divieto di fecondazione eterologa, la Grande Camera, ribaltando la decisione di prima istanza della Corte, ha riconosciuto un margine di apprezzamento nell'imposizione di un divieto di fecondazione eterologa *in vitro* – nel caso in specie sanzionato in via amministrativa –, nonostante il fatto che un divieto di tale portata – comprendente sia la donazione di ovuli che di sperma – viga solo in altri tre Stati, oltre a quello convenuto, e pur riconoscendo «una chiara tendenza nella legislazione degli Stati contraenti verso la liceità della donazione di gameti ai fini della fecondazione *in vitro*, che riflette un consenso europeo emergente». Questo incipiente consenso, infatti, «riflette uno stadio di sviluppo nell'ambito di un campo particolarmente dinamico del diritto e non restringe in maniera decisiva il margine d'apprezzamento dello Stato»⁷⁹. Tra “consenso” e “trend” corre una distinzione molto sottile: l'ultimo concetto pare annunciare un futuro cambiamento di opinione, ma non comporta una violazione attuale; il che non può che disorientare gli Stati⁸⁰ (oltre che i potenziali ricorrenti). Per altro verso, la pronuncia si regge su una discutibile (omessa) presa in considerazione del “fattore tempo”, cioè dell'effetto che, in certi campi della legislazione, il progresso della tecnica e l'evoluzione della coscienza sociale dovrebbero esercitare sul giudizio della Corte⁸¹.

Nelle pronunce citate, non solo il margine di apprezzamento si conferma argomento intrinsecamente scivoloso, ma vede vacillare due suoi (fragili) connotati strutturali: “consenso” e “fattore tempo”. È percepibile una malcelata volontà di Strasburgo di non scavalcare gli Stati in certe questioni; volontà attestata, in alcuni casi, dai bruschi cambiamenti di rotta imposti dalla Grande Camera a seguito delle vivaci polemiche suscitate dalle decisioni di prime cure⁸².

6

MARGINE E PROPORZIONALITÀ NEL CASO STÜBING

Ritornando al caso *Stübing*, non è superfluo premettere che il reato d'incesto, almeno attualmente, è materia politicamente meno scottante di quelle appena menzionate. Lo dimostrano, oltre alle incessanti critiche rivolte all'incriminazione da parte della

78. Gli argomenti riportati si rinvergono nella *Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelungi*.

79. Grand Chamber, *Case of S.H. and others v. Austria*, 3 November 2011, par. 96. La decisione è tradotta in italiano in *Foro it.*, 2012, pt. IV, c. 210 ss., con nota di E. NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e corte costituzionale*, ivi, c. 219 ss. Per ulteriori commenti, B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il c.d. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l'Austria*, in *Rivista AIC* 1/2012 (www.rivistaaic.it), 14/03/2011; C. GRABENWARTER-B. KRAUSKOPF, *S.H. and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, in *Quad. cost.*, 2012, pp. 155 ss.; A. OSTI, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo “ndietro” per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, ivi, pp. 159 ss.; L. BEDUSCHI-A. COLELLA, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2011. Sulla decisione di prima istanza (Sez. I, 1 aprile 2010, *S.H. and others v. Austria*, n. 57813/00), A. OSTI, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, in *Dieci casi sui diritti*, cit., pp. 13 ss.; quanto alle conseguenze per la legislazione italiana, che ci si sarebbe potuti attendere dalla prima decisione, v. E. DOLCINI, *Fecondazione eterologa: ancora un'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 gennaio 2011.

80. Come rileva J.A. BARUCH, *The Margin*, cit., p. 145.

81. La legislazione austriaca è del 1992; la sentenza della Corte costituzionale austriaca, da cui prende avvio il procedimento innanzi alla Corte europea, del 1999. La Grande Camera ritiene di non poter prendere in esame gli sviluppi sociali e scientifici successivi a quest'ultima data; l'opinione dissenziente allegata alla pronuncia critica questa scelta (cfr. *Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska and Tsotsoria*, par. 4 ss.).

82. E. NICOSIA, *Il divieto*, cit., c. 220-221 (che oltre alla sentenza sulla fecondazione, pensa al caso *Lautsi* sulla esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche).

scienza penalistica⁸³, l'atteggiamento dei media e dell'opinione pubblica, che hanno guardato alla vicenda dei due fratelli di Lipsia più con umana comprensione che con fobia⁸⁴, talvolta indignandosi più per la reazione della giustizia che per il fatto in sé⁸⁵. La norma penale sull'incesto non è altro che un "reliitto"⁸⁶. Nondimeno, gli scopi, che in primo luogo il *Bundesverfassungsgericht* le ha (discutibilmente) attribuito, ne rinvigoriscono il sottofondo morale⁸⁷. Con tale zavorra la norma è approdata alla Corte EDU, la quale ha avuto motivo d'invocare la dottrina del margine.

La mancanza di un "consenso europeo" è supportata innanzitutto da un dato numerico. Il numero di Stati che criminalizzano l'incesto non prova da sé il consenso. La Corte richiama però anche la normativa extra-penale (divieto di contrarre matrimonio), deducendone la mancanza di evidenze relative ad un "trend" diretto alla depenalizzazione («trend towards a decriminalisation»)⁸⁸. Anche in tal caso, non può farsi altro che rilevare un utilizzo quantitativo e acritico della comparazione. La nozione di "trend" si fa ancor più ambigua. La Corte, poi, non soppesa appieno la lamentata interferenza con il nucleo inviolabile della vita privata, nel caso in specie la vita sessuale (al contrario di quanto risulta dal caso *Dudgeon*)⁸⁹; d'altra parte l'esatta individuazione di questo nucleo, come visto, è uno dei nodi irrisolti della dottrina del margine di apprezzamento.

Il margine di apprezzamento mostra anche in quest'occasione la sua capacità d'intorbidire il giudizio di proporzionalità.

La serie di scopi assegnati dalle corti, europea e tedesca, al divieto penale è considerata una restrizione proporzionata del diritto alla vita privata del ricorrente. Notiamo, tuttavia, che il bilanciamento non tiene conto del fatto che l'interferenza nel diritto umano è qualificata come "reato" e che la libertà personale, nel caso di P., è stata in concreto limitata⁹⁰ (l'interferenza, cioè, non si è manifestata soltanto sotto forma d'imposizione di un divieto, ma si è sostanziata in un'effettiva ed intensa ingerenza del potere statale nella sfera personale)⁹¹. Sono dati che la Corte potrebbe prendere in considerazione: dovendo giudicare un caso concreto, e non sentendosi vincolata alle "etichette" con cui lo Stato classifica illecito e sanzione, essa ha una completa visione degli elementi da ponderare⁹². Escludendo, per i motivi anzidetti, l'inconferente bene della libertà sessuale, ci chiediamo se davvero la confusione di ruoli familiari, una diffusa convinzione morale e una scomposta finalità eugenetica valgono quanto una restrizione della libertà come quella inflitta a P.

D'altra parte, già le incertezze scientifiche vertenti su tutti questi "scopi" – il c.d. "margine epistemico" – imporrebbero una più attenta valutazione del legislatore, che dovrebbe indirizzare la propria reazione verso tipologie di intervento più miti della pena⁹³. Inoltre, se tra gli "scopi" ora menzionati, di fatto, solo l'ordine della vita familiare possiede una parvenza di "bene" di rango costituzionale – la cui nozione è però

83. Va tra l'altro rilevato che la critica all'incesto proviene anche da Autori che non credono nella teoria del bene giuridico, ma sviluppano modelli alternativi di legittimazione delle incriminazioni (cfr., all'esito di una vasta analisi, S. KARST, *Die Entkriminalisierung*, cit., p. 197).

84. Basti leggere, solo a titolo d'esempio, il report apparso su www.spiegelonline.de il 12.04.2012. Sull'obsolescenza del reato d'incesto nell'ordinamento italiano, v. F. ROMANO, *L'incesto: è ancora in grado di suscitare pubblico scandalo?*, in *Giur. mer.*, pt. 4, 1998, p. 867-868.

85. V. il resoconto di G. BEST, *Zur Aktualisierung*, cit., p. 14-16.

86. Testualmente, C. RITSCHER, § 173, cit., p. 1211.

87. Si è già cercato in altra sede di richiamare l'attenzione su questo profilo, così come sui possibili motivi latenti della decisione di preservare l'incriminazione (cfr. A. NISCO, "Principio di proporzionalità", cit., pp. 162 ss.).

88. *Stübing v. Germany*, cit., par. 61.

89. *Dudgeon v. The United Kingdom*, cit., par. 52.

90. La circostanza era stata addotta, quale motivo di critica alla sentenza della corte costituzionale tedesca, da B. NOLTENIUS, *Grenzloser Spielraum*, cit., p. 21.

91. Sulla distinzione tra questi due profili nella restrizione dei diritti fondamentali, v. C. LAMARCA PÉREZ, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 37-38. Nella giurisprudenza costituzionale tedesca, divieto e sanzione soggiacciono ad una valutazione autonoma di proporzionalità: cfr., con tono critico, S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 2010, pp. 46 ss.

92. Vi accenna F. TULKENS, *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, Bologna, 2012, p. 100-101.

93. Sulla base di una delle più diffuse teorie dei diritti fondamentali, si è infatti sostenuto che «più gravemente pesa un'interferenza (*Eingriff*) o più elevato è il diritto fondamentale in questione, maggiormente sicuro deve essere il grado di certezza della supposizione epistemica» (così, rispetto alla CEDU, J. BADENHOP, *Normtheoretische Grundlagen*, cit., p. 432, rifacendosi a R. ALEXI, *Verfassungsrecht*, cit., p. 28).

7 UN GIUDIZIO DI SINTESI SULLA VICENDA: LA SPECIFICITÀ DEL CONTROLLO SULLE NORME PENALI

difficilmente ricostruibile in un ordinamento laico⁹⁴ –, è anche vero che la famiglia è un bene collettivo (una “formazione sociale”, nei termini della nostra Costituzione), la cui tutela dovrebbe arretrare quando è in gioco un bene personale come la libertà del singolo⁹⁵. Per altro, nel caso di P., la famiglia come istituzione, ispirata a un “ordine”, esiste solo idealmente; l’unica famiglia esistente al momento dell’intervento penalistico era quella nata dall’unione incestuosa con K.: in fin dei conti, la famiglia *in concreto* è stata sacrificata all’altare della famiglia *ideale*.

Non solo. Se la specificità del diritto penale fosse debitamente considerata, non avrebbe pregio il riferimento della Corte al divieto (extra-penale) di contrarre matrimonio, previsto anche negli ordinamenti dove l’incesto non è punito, al fine di rintracciare una diffusa ostilità degli Stati membri nei confronti dell’incesto. Il divieto extra-penale potrebbe anzi essere letto come sintomo della non necessità della pena e della perseguibilità con altri mezzi, meno opprimenti, della finalità di preservare il tabù (o qualunque altra remota finalità che si celi dietro di esso).

Al di là della diversità di prerogative e di funzioni delle corti europea e costituzionale tedesca, la sopravvivenza dell’incesto ad un complesso sistema di tutela multilivello dei diritti non è un incidente di percorso, e deve sollecitare qualche riflessione. Avvertiamo un problema strutturale inerente al controllo delle norme penali: l’impossibilità di verificare, non solo questioni relative alla legalità dell’incriminazione (*come proibire*), ma anche al profilo *sostanziale* dell’incriminazione (*cosa proibire*)⁹⁶.

Quantunque in termini diversi (*Sozialschädlichkeit*, *harm principle*, offensività), la necessità di un controllo sostanziale sulle norme penali ha attecchito nella scienza penalistica europea, per la quale, per esser tale, un reato deve essere costruito attorno ad un “danno”⁹⁷. La proporzionalità⁹⁸, dal suo canto, è un procedimento che non orienta la ricerca di un bene passibile di danno, ma è semmai orientato da qualche valore che la precede⁹⁹. Cioè, presuppone l’individuazione di uno scopo legittimo¹⁰⁰. Senza una selezione preliminarmente orientata a rilevare una dannosità qualificata, questo scopo può appiattirsi sulla *ratio legis*, limitata solo dalla non contrarietà ai valori costituzionali: un filtro eccessivamente ampio, oltre il quale non passano solo le incriminazioni dettate, ad es., da scopi razzisti, apertamente contrastanti con la democrazia o con la dignità umana¹⁰¹ (con le difficoltà ermeneutiche annesse a questi concetti).

94. Cfr. R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 1999, pp. 1066 ss.; sulle difficoltà definitorie e i rischi di strumentalizzazione della nozione in sede penale, S. RIONDATO, *Introduzione a “famiglia” nel diritto penale italiano*, in ID. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 4 ss. Per un approfondimento di questo profilo critico, con riguardo all’incesto, cfr. A. NISCO, “Principio di proporzionalità”, cit., pp. 164 ss.

95. A meno che, più che la famiglia come istituzione, siano violati i diritti della *persona* all’interno della famiglia (in tale direzione muove, ad es., oggi, l’applicazione del reato di maltrattamenti). Riguardo all’incesto, imposta in questi termini – in modo condivisibile – il bilanciamento G. GALANTE, *Un momento di conservazione: il tema dell’incesto in una recente sentenza della Corte costituzionale*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 298.

96. In generale, sui “problemi sostanziali” del diritto penale nell’ambito del garantismo penale, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 3ª ed., Roma-Bari, 1996, pp. 460 ss. Sulla “legittimazione contenutistica” come ulteriore tappa del costituzionalismo penale, rispetto alla legalità e dunque al profilo delle fonti, F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 439. Rispetto alla CEDU, il problema è introdotto da K. VOLK, *Sistema penale e diritti dell’uomo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell’uomo e sistema penale*, vol I., Napoli, 2002, pp. 100 ss.

97. Cfr. M. DONINI, *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in questa *Rivista*, 2012, n. 2, p. 71.

98. Il giudizio di proporzionalità che si effettua a Strasburgo (in particolare sull’art. 8, co. 2º CEDU), nelle sue cadenze, può essere assimilato alla *Verhältnismäßigkeitsprüfung* praticata a Karlsruhe (lo dimostra, sulla base della teoria principialista di Alexy, J. BADENHOP, *Normtheoretische Grundlagen*, cit., pp. 425 ss.). D’altra parte la proporzionalità impiegata dal *Bundesverfassungsgericht* è stata ripresa anche dalle alte corti di altri ordinamenti: cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 122.

99. Isolatamente considerato, il giudizio di proporzionalità potrebbe condurre a legittimare anche l’incriminazione – cioè la definizione come “reato” – di un’infrazione stradale come il divieto di sosta: così, M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in A. CADOPPI (a cura di), *Verso un codice penale modello per l’Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, 2002, p. 124; ID., *L’eredità di Bricola*, cit., p. 71. Si è anche detto che la proporzionalità, in verità, è un modo per occultare un giudizio di valore sotto le vesti di un ragionamento obiettivo (cfr. A. LEGG, *The Margin*, cit., p. 185); il che non muta i termini della questione: se tende a occultare le reali scelte di valore, la proporzionalità le può giustificare tutte.

100. C. ROXIN, *Zur Strafbarkeit*, cit., p. 545.

101. S. SWOBODA, *Die Lehre*, cit., pp. 45 ss., nel quadro di una più ampia critica alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in materia penale.

Nella tradizione penalistica filo-tedesca, come noto, l'esigenza di un controllo sostanziale ha preso forma nella categoria del *bene giuridico*, elemento di diagnosi critica della *ratio legis*, integrabile nel principio di proporzionalità¹⁰². Il bene giuridico è suscettibile di critiche e di miglioramenti teorici, ma rivendica pur sempre un'irrinunciabile pretesa critica verso la legislazione penale («gesetzgebungskritische[r] Anspruch»)¹⁰³. Il bene giuridico, in altri termini, può guidare la scelta di uno scopo legittimo da immettere negli ingranaggi della proporzionalità, limitando la selezione ai valori non solo utili, ma anche strettamente necessari all'esistenza della società, antepoendo a quest'ultima la difesa dell'individuo¹⁰⁴; beni non solo tutelabili, ma anche *penalmente tutelabili*¹⁰⁵, afferribili e non consistenti solo in astrazioni ideali o concezioni morali. Nella tradizione italiana, dove il bene giuridico si fonde (ma non si confonde) con il principio d'*offensività*¹⁰⁶, si richiede un bene comparabile con quelli su cui incide la pena (l'arma più terribile di cui dispone l'ordinamento), cioè con la libertà personale¹⁰⁷.

Su tali premesse, di ordine sostanziale, si regge la distinzione tra diritto penale e altri rami dell'ordinamento¹⁰⁸, oltre che tra diritto penale e morale.

In Germania, queste premesse sono state sistematicamente rifiutate dal *Bundesverfassungsgericht*, che le considera al massimo auspici politici, non principi giustiziabili¹⁰⁹. Il risultato, per certi aspetti paradossale, è che è stato molto molto più facile dichiarare incostituzionali norme processuali o relative alla protezione dei dati personali, in quanto contrarie al diritto alla riservatezza, che norme penali sostanziali prive di un bene giuridico, nonostante la ben più grave interferenza di queste ultime nei diritti fondamentali¹¹⁰.

Le medesime premesse appaiono estranee alla giustizia convenzionale¹¹¹. Si ritiene, infatti, che l'utilizzo di determinati criteri di politica criminale, come la selezione di comportamenti offensivi di un bene giuridico, non sia oggetto di un diritto umano e che per tanto non rientri nel controllo della Corte europea dei diritti, il cui ambito è circoscritto al «*divieto per le autorità statali di incriminare e punire una condotta che costituisca essa stessa normale esercizio di uno dei diritti garantiti dalla Cedu*»¹¹². In questi termini, un verdetto di compatibilità convenzionale d'incriminazioni alquanto discutibili,

102. Nella letteratura tedesca, v. l'impostazione di W. HASSEMER - U. NEUMANN, *Vor § 1*, in U. KINDHÄUSER-U. NEUMANN-H.U. PÄFFGEN (Hrsg.), *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 1, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, pp. 98 ss. In Italia, sulla scia di una dottrina che ha a lungo confidato nelle potenzialità di una teoria costituzionale del bene giuridico, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 763 ss. Il punto emerge chiaramente anche dalla copiosa letteratura (penalistica) spagnola sul principio di proporzionalità; da ultimi, C. LAMARCA PÉREZ, *El principio del proporcionalidad y el control de las leyes penales*, Madrid, 2011, pp. 64 ss.; S. MIR PUIG, *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, 2011, pp. 96 ss.

103. S. SWOBODA, *Die Lehre*, cit., p. 50: «Die Rechtsgutstheorien haben sicherlich viele Nachteile. Sie sind vage und abhängig von äußeren systemkritischen Maßstäben. Aber ihren gesetzgebungskritischen Anspruch haben sie jedenfalls noch nicht aufgekündigt; – und für ein Strafrecht mit Augenmaß mag dieser Mut, den Gesetzgeber auch jenseits aller demokratischen Legitimation an übergeordnete Wertmaßstäbe zu erinnern, noch einmal entscheidend sein».

104. L'assunto deriva dalla teoria del contratto sociale, di cui la Costituzione rappresenta una manifestazione: sul punto, B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüter-schutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in R. HEFENDEHL-A. VON HIRSCH-W. WOHLENS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, pp. 133 ss.; C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutdebatte*, in *FS für W. Hassemer*, cit., p. 577-578.

105. Cfr. S. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, in Id., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 160 ss. L'assunto è rifiutato da O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996, pp. 140 ss.

106. Sui rapporti tra bene giuridico e offensività ritorna M. DONINI, *L'eredità di Bricola*, cit., p. 71.

107. Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 475. Si tratta dell'*argumentum libertatis*, notoriamente il fulcro della teoria di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 18; ripreso e attualizzato da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino, 2005.

108. Per questo motivo non possono essere accolti gli sforzi, pur concettualmente elaborati, prodotti da chi si propone di definire la legittimità delle norme penali solo sulla base della teoria dei diritti fondamentali, muovendo da una ricercata unitarietà della norma di comportamento nei diversi rami dell'ordinamento (ci si riferisce, in particolare, a O. LAGODNY, *Strafrecht*, cit., *passim*).

109. Cfr. C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung*, cit., p. 577; S. SWOBODA, *Die Lehre*, cit. pp. 45 ss.

110. T. HÖRNLE, *Das Verbot*, cit., p. 2088; W. BOTKE, *Roma locuta*, cit., p. 104.

111. La Convenzione europea, è stato polemicamente evidenziato, «è un congegno in cui non esistono beni giuridici che funzionano da criteri di legittimazione negativa dell'intervento punitivo; ci sono invece, *al loro posto*, diritti fondamentali di vittime che, facendo continuamente capolino dietro locuzioni più o meno riconducibili al concetto di «ordine pubblico europeo» (*sûreté publique, protection de l'ordre, prévention du crime, protection des droits et libertés d'autrui*, etc.), reclamano protezione positiva (anche) attraverso il penale» (V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce dell'art. 6 TUE*, in *questa rivista*, 2012, n. 2, p. 172).

112. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 175-177 (corsivo originale). In argomento, anche M. DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo in Europa*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 208; K. VOLK, *Sistema penale*, cit., pp. 100 ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 46 ss.

come l'incesto, appare un'evenienza tutt'altro che sorprendente.

A ciò va aggiunto che gli artt. 8-11 CEDU, nel selezionare gli interessi legittimanti una restrizione dei diritti ivi tutelati, abbozzano macro-valori piuttosto vaghi¹¹³, acconsentendo, tra l'altro, a che siffatti valori siano attinti dalla morale. Quest'ultima¹¹⁴ è sempre una presenza «irritante» per il penalista¹¹⁵, la quale rischia di far apparire legittima qualunque oggettività giuridica, purché, appunto, affine ad una pretesa morale. Ne deriva che, sebbene nel sistema convenzionale si sia scorto l'ultimo avamposto del garantismo penale¹¹⁶, dal giudizio della Corte europea sono lontani proprio alcuni presupposti essenziali del garantismo: separazione tra diritto e morale, teoria del bene giuridico e principio di offensività¹¹⁷.

Si potrebbe osservare, certo, che se questi assunti garantistici non fanno breccia in una corte costituzionale, a maggior ragione sono destinati a rimanere fuori dal giudizio di una corte internazionale preposta al controllo dei diritti umani. Tra le altre cose, una verifica sul contenuto delle incriminazioni esporrebbe la Corte europea a delicati giudizi di valore e implicherebbe un'ingerenza nelle scelte politico-criminali degli Stati. Si tratta di obiezioni improntate a realismo, non sconosciute al dibattito interno sul costituzionalismo penale¹¹⁸; solo che, all'argomento della tutela della maggioranza parlamentare, esse sostituiscono (o aggiungono) quello della sovranità statale.

Ma non può farsi a meno di notare che il linguaggio dei diritti favorisce *in ogni caso* l'ingresso di giudizi di valore nell'interpretazione giuridica¹¹⁹. L'individuazione di irrinunciabili *core rights* e la concessione di un margine nazionale di apprezzamento sono giudizi assai più precari della necessaria lesività del reato cara ai penalisti: quei criteri non ci dicono davvero in cosa siano diverse la criminalizzazione dell'omosessualità, apparsa inaccettabile in ogni sede, e quella dell'incesto, a tutt'oggi risparmiata in ogni sede; più modestamente, essi forniscono una veste retorica, rispettivamente, ad un mutato o immutato indirizzo sociale circa la reprimibilità di certi comportamenti; non somministrano impulsi critici, parafrasano (congetturate) convinzioni sociali.

Eppure il sistema convenzionale si è rivelato, per certi aspetti, assai incisivo sul versante "contenutistico" della politica criminale. Un giudizio di valore, orientato alle conseguenze e non alle "etichette", risiede, ad esempio, nell'elaborazione di una "materia penale" da parte della Corte europea¹²⁰ («il volano dell'armonizzazione delle garanzie»¹²¹; ed anche nell'individuazione di obblighi positivi d'incriminazione, che problematicamente si affaccia nell'attività della Corte¹²², costituendo una sicura intrusione nelle scelte politico-criminali degli Stati.

8

POSTILLA SULL'ART. 564 C.P.

Per finire, una breve riflessione sul diritto italiano. Il reato d'incesto di cui all'art. 564 c.p. ha un'ampiezza diversa dal § 173 StGB. Nella fattispecie italiana, a differenza di quella tedesca, v'è l'estensione della punibilità agli affini in linea retta; la condotta

113. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 178.

114. Per altro non estranea al dettato delle costituzioni nazionali: ad es., nell'art. 21, co. 6° Cost. italiana, la contrarietà al buon costume viene interpretata in maniera tale da farvi rientrare il comune sentimento della morale (Corte cost., n. 293/2000).

115. K. VOLK, *Sistema penale*, cit., p. 102.

116. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *Studi in onore di M. Romano*, IV, Milano, 2011, pp. 2413 ss.

117. Su tali presupposti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 460 ss.

118. Cfr. E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi*, cit., *passim*. Sui recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana v., comunque, V. MANES, *Attualità e prospettive*, cit., pp. 739 ss.; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in questa *Rivista*, 2012, n. 1, pp. 99 ss.

119. Cfr. F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 1/2010, pp. 187 ss.

120. Specialmente nella misura in cui ci si riferisce «alla natura dell'illecito e, più precisamente, (...) all'oggetto protetto dalla norma che sanziona l'illecito» (M. DELMAS-MARTY, *Politica criminale*, cit., p. 212). Cfr. anche M. DONINI, *L'eredità di Bricola*, cit., p. 72.

121. V. MANES, *La lunga marcia*, cit., p. 2446.

122. Sul tema, F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 243 ss.

incestuosa non è definita, sì che, almeno secondo un'interpretazione risalente, essa si riferirebbe solo alla congiunzione carnale tra soggetti di sesso diverso; infine, è necessario che al fatto segua un "pubblico scandalo"¹²³. Una comparazione è possibile solo focalizzando un nucleo comune alle norme considerate: divieto di rapporti sessuali consenzienti tra persone appartenenti alla stessa famiglia.

L'art. 564 c.p. è stato sottoposto a una questione di legittimità costituzionale, rispetto agli artt. 2, 3 co. 1°, 13 co. 1° e 27 co. 3° Cost.; questione respinta, essenzialmente, sulla base dei seguenti assunti: *a*) è escluso che il bene giuridico del reato d'incesto sia di tipo eugenetico o afferisca all'integrità sessuale; *b*) il bene giuridico tutelato dall'art. 564 c.p. è l'ordine interno alla famiglia, colto in una determinata dimensione, alla quale il legislatore è padrone di ispirarsi, caratterizzata dal divieto di incesto come «*ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo»; *c*) il requisito del pubblico scandalo si giustifica in base ad «un non irragionevole bilanciamento (non infrequente ove si abbia a che fare con la vita familiare) tra l'esigenza di repressione dell'illecito e la protezione della tranquillità degli equilibri domestici da ingerenze intrusive, quali investigazioni della pubblica autorità alla ricerca del reato»; *d*) intesi in questi termini il bene giuridico e la funzione del pubblico scandalo, non v'è sproporzione rispetto alla libertà individuale¹²⁴.

Il modo col quale la Corte italiana maneggia il bene giuridico e l'*argumentum libertatis* – quei concetti di cui abbiamo lamentato la sottovalutazione nelle sentenze delle corti tedesca ed europea – lascia alquanto perplessi¹²⁵.

Per le ragioni già avanzate nei confronti della sentenza tedesca, è condivisibile l'esclusione di un bene eugenetico (*a fortiori* se si puniscono gli affini); è contestabile l'individuazione dell'ordine familiare come bene giuridico¹²⁶. Soprattutto perché la Corte costituzionale muove dall'assoluta discrezionalità del legislatore nel rifarsi ad un "*ethos*", contraddicendo, con ciò, le potenzialità critiche della categoria del bene giuridico (che dovrebbe essere afferrabile e autonomo dalla morale). La sentenza italiana dimostra, con ciò, come, manipolando la nozione di famiglia, sovrappone ordine ed *ethos*, si possa legittimare l'incriminazione di comportamenti privi di dannosità per le persone, quali i rapporti consenzienti tra affini in linea retta¹²⁷.

Inoltre, pur volendo assumere l'ordine familiare a bene giuridico dell'incesto, ne deriverebbe un'invincibile contraddizione della disciplina italiana (e nel bilanciamento operato dalla Corte cost.): l'ordinamento vedrebbe nel diritto penale lo strumento idoneo alla salvaguardia della famiglia da perturbazioni incestuose; poi però, sempre che non ne segua uno scandalo (ed a prescindere dall'esatta definizione di questo concetto)¹²⁸, lo stesso rinuncerebbe alla repressione penale in quanto meccanismo a sua volta perturbatore.

Sarebbe molto più coerente ammettere che l'art. 564 protegge *tout court* la morale familiare e che lo scandalo ne rende percepibile l'offesa¹²⁹.

Anche alla luce del caso *Stübing*, l'ordinamento convenzionale non offrirebbe alcun rimedio a questa scelta. Sia l'ordine familiare che una determinata concezione morale, per la Corte europea, sono scopi legittimi del reato d'incesto; poiché la materia ha ad oggetto una questione morale, agli Stati è concesso un ampio margine di apprezzamento nella modulazione del divieto. La disciplina italiana è in linea con questa discutibile impostazione.

123. Per un commento aggiornato, A. CADOPPI-L. MONTICELLI, *Incesto (art. 564)*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, VI, Torino, 2009, pp. 333 ss.

124. Corte cost., n. 518/2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4058, con nota di M. CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*; in *Giur. it.*, 2001, p. 994, con nota di F. BIONDI, *La Corte costituzionale individua il bene giuridico tutelato dal reato di incesto*.

125. Critici anche A. CADOPPI-L. MONTICELLI, *Incesto*, cit., pp. 348 ss.; S. RIONDATO, *Introduzione*, cit., p. 20.

126. Critici M. CERASE, *Incesto*, cit., p. 4067; F. BIONDI, *La Corte costituzionale*, cit., p. 297.

127. Sulla minore o nulla dannosità di questa forma d'incesto, v. G. DODARO, *La Corte costituzionale*, cit., p. 2136.

128. Sulle difficoltà al riguardo, F. ROMANO, *L'incesto*, cit., pp. 866 ss.

129. Per questo tipo di considerazioni, cfr. F. BIONDI, *La Corte costituzionale*, cit., p. 996; G. GALANTE, *Un momento di conservazione*, cit., p. 297.