

COSTANZA BERNASCONI

LA METAFORA DEL BILANCIAMENTO  
NEL DIRITTO PENALE  
AI CONFINI DELLA LEGALITÀ



Jovene editore  
2019

## INDICE

### CAPITOLO PRIMO

#### PRECISAZIONI PRELIMINARI PER UN INQUADRAMENTO DEL TEMA

1. L'irriducibile 'diversità' del diritto penale come premessa dell'indagine	p.	1
2. La (generale) difficile definizione della metafora del bilanciamento	»	4
3. Bilanciamento, legalità e garanzia	»	5
4. Il condizionamento che la diversità del diritto penale esercita sui rapporti tra differenti tipologie di bilanciamento	»	6
5. L'oggetto del bilanciamento: interessi e valori	»	9
6. Interessi come oggetto del conflitto e valori come criterio di risoluzione del conflitto?	»	12
7. Il rapporto di derivazione necessaria dei principi dai valori	»	13
8. Natura diadica o plurima del conflitto di interessi oggetto di bilanciamento nel diritto penale	»	16
9. Bilanciamenti in prospettiva sincronica e diacronica	»	17
10. Introduzione all'analisi delle diverse tipologie di bilanciamento astrattamente configurabili	»	21
11. Nota metodologica e scopo dell'indagine	»	24

### CAPITOLO SECONDO

#### IL BILANCIAMENTO COME CRITERIO DI POLITICA LEGISLATIVA

1. Il bilanciamento in sede legislativa	»	27
2. La scelta della tecnica di costruzione della fattispecie come criterio di risoluzione del conflitto di interessi da parte del legislatore	»	29
2.1. Bilanciamenti legislativi rigidi. Il modello penalistico puro	»	31
2.1.1. La prevalenza astratta rigida e assoluta di un interesse	»	33
2.1.2. La prevalenza astratta (rigida ma) frammentaria	»	34
2.1.3. Il bilanciamento rigido mediante la fissazione di limiti soglia	»	35
2.2. Il bilanciamento legislativo (non rigido) ma relativo. La tipizzazione di regole di preferenza condizionata	»	37
2.3. Lo spostamento della risoluzione del conflitto fuori dalla norma penale: la delega di bilanciamento alla pubblica amministrazione	»	39

2.4. La delega di bilanciamento al giudice in relazione ad alcuni elementi della fattispecie? .....	p.	42
2.4.1. Gli elementi elastici della fattispecie .....	»	42
2.4.2. Le clausole di illiceità speciale .....	»	44
2.4.3. Le fattispecie di pericolo concreto .....	»	48
2.5. Il bilanciamento esterno al fatto tipico: la non punibilità .....	»	50
3. Il bilanciamento che concerne la previsione del trattamento sanzionatorio .....	»	51
4. I limiti all'attività di bilanciamento espressi dai principi di garanzia .....	»	53

### CAPITOLO TERZO

#### IL BILANCIAMENTO GIUDIZIALE

1. I tradizionali ambiti riservati all'attività giudiziale di bilanciamento .....	»	57
1.1. L'applicazione delle cause di giustificazione .....	»	57
1.2. La commisurazione in concreto della pena .....	»	61
2. La problematica estensione di un potere giudiziale di bilanciamento in relazione all'individuazione della sfera di illiceità .....	»	62
2.1. Le contaminazioni dei sistemi di <i>common law</i> .....	»	63
3. La penetrazione di istanze di bilanciamento nella giurisprudenza .....	»	66
4. Un possibile criterio di contenimento: bilanciamenti con funzione delimitativa della responsabilità .....	»	69
5. Prospettiva espulsiva <i>versus</i> prospettiva inclusiva .....	»	72
5.1. La concretizzazione degli elementi elastici .....	»	73
5.2. Il disorientamento dell'interprete di fronte a tecniche di costruzione della fattispecie caratterizzate da zone d'ombra .....	»	74
5.3. L'interpretazione della categoria del rischio consentito come spazio di bilanciamento rimesso al giudice .....	»	76
5.4. L'inammissibile delega al giudice del potere di valutare l'effettiva tutela degli interessi protetti .....	»	77
5.5. Bilanciamenti finalizzati all'esclusione della punibilità .....	»	78
5.6. Limiti al riequilibrio in via interpretativa da parte del giudice di bilanciamenti divenuti anacronistici .....	»	80
5.7. I margini di bilanciamento nel settore dei reati culturalmente orientati .....	»	82

### CAPITOLO QUARTO

#### DALLA FISILOGIA ALLA PATOLOGIA: IL BILANCIAMENTO COME TECNICA DI CONTROLLO COSTITUZIONALE

1. Il bilanciamento di interessi come (consolidata) tecnica di controllo costituzionale .....	»	85
---	---	----

2. La Corte costituzionale come ‘giudice legiferante’? I termini del problema .....	p. 87
3. Il deficit di democraticità della Corte costituzionale e il divieto di bilanciamenti con funzione ampliativa della responsabilità penale .....	» 90
4. La riduzione dell’area del penalmente rilevante .....	» 92
4.1. Pronunce demolitorie e pronunce interpretative .....	» 93
4.2. La delega di bilanciamento al giudice come esito di pronunce interpretative .....	» 95
5. I limiti al riequilibrio di un bilanciamento divenuto anacronistico .....	» 99
6. Una nuova forma di collaborazione tra Corte costituzionale e legislatore? La c.d. incostituzionalità prospettata ma differita .....	» 102
7. Il bilanciamento di interessi come criterio di rimozione di automatismi sanzionatori .....	» 105
8. Il sindacato sulle norme di favore: un’eccezione alla prospettiva espulsiva? .....	» 108

## CAPITOLO QUINTO

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Uno sguardo d’insieme .....	» 113
2. Il bilanciamento del legislatore .....	» 114
3. Il bilanciamento del giudice .....	» 118
4. Il bilanciamento della Corte costituzionale .....	» 121
<i>Bibliografia</i> .....	» 125