

QUESITI

ANDREA DE LIA

**“Ossi di seppia”?
Appunti sul principio di offensività**

Il contributo sviluppa una breve analisi del principio di offensività, come paradigma di rango costituzionale e categoria dogmatica di diritto penale sostanziale, attraverso una ricerca che attinge anche al panorama offerto dal diritto dell'Unione europea.

“Ossi di seppia?” Notes on the principle of offensiveness.

The paper offers a brief analysis of the concept of offensiveness, as principle of constitutional value and dogmatic category of criminal law, through a research that draws on the panorama offered by the European Union law-system.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. L'offensività della condotta come presupposto generalizzato per l'applicazione di una sanzione penale. 2. Approcci dogmatici contemporanei al principio di offensività in ambito penale e la lettura di Franco Bricola. L'offensività come parametro costituzionale. 3. La posizione della dottrina rispetto alla tesi della costituzionalizzazione del principio di offensività ed ai criteri di individuazione dei beni giuridici tutelabili attraverso la sanzione criminale. Il modello “debole” di offensività. 4. Gli orientamenti della Corte costituzionale. 5. Il principio di offensività come criterio ermeneutico. 6. Il ruolo sistemico dell'art. 131-*bis* c.p. 7. Segue. Il principio di offensività nella prospettiva di alcune recenti (e discutibili) scelte del legislatore in materia penale. 8. Il paradigma dell'offensività in Europa. 9. Considerazioni finali.

1. *Cenni introduttivi. L'offensività della condotta come presupposto generalizzato per l'applicazione di una sanzione penale* 1.1. Il principio di offensività è oggi pacificamente inteso in ambito penale *tanto* come parametro costituzionale, funzionale alla produzione normativa da parte del legislatore ed alla verifica di legittimità da parte della Consulta delle norme che compongono il sistema, *quanto* in termini di categoria dogmatica di diritto sostanziale, e quindi come paradigma fruibile in sede applicativa dall'interprete¹.

Si tratta di un concetto oggi accolto in un'accezione “relazionale”, poiché ogni tentativo di definizione dello stesso implica il collegamento con un'altra entità, rappresentata dal bene giuridico²; in questa prospettiva, si può peraltro notare che il termine “offensività” in materia penale assume notoriamente un significato assai diverso rispetto al linguaggio comune, atteso che esso sta ad

¹ Si parla dunque del principio di offensività “in astratto” ed “in concreto”. In questi termini vd. anche BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 28 ss; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, aggiornamento a cura anche di G.L. GATTA, Milano, 2017, 10-11.

² DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1088 ss.

indicare una vasta gamma di effetti sul bene giuridico medesimo, che spaziano dalla sua totale e definitiva compromissione alla messa in pericolo³.

Si è subito al cospetto di alcuni elementi centrali dell'analisi che verrà condotta, considerato che – come meglio si dirà da qui a breve – la carenza di punti di riferimento certi ed immutabili in ordine a quali valori possano giustificare l'intervento del legislatore in materia penale, e secondo quali schemi tipici, ed ancora in ordine a “quanta offesa” sia necessaria all'affermazione di responsabilità in sede giudiziaria rappresentano elementi di forte tensione sistematica, ed alimentano un incessante e vivace dibattito⁴.

Già da queste prime battute si evince allora, innanzitutto, il motivo per il quale una parte consistente delle censure rivolte dalla dottrina ad alcune scelte attuate dal legislatore in tempi recenti (talora volte a contrastare fenomeni criminosi a carattere emergenziale, o all'acquisizione del consenso che solo la natura simbolico-espressiva del diritto penale può garantire, almeno in tempi brevi, alla politica)⁵ siano mosse proprio da motivi che attengono al rispetto del principio di offensività.

Così come ben si comprende che detto principio, inteso come parametro costituzionale implicito⁶, nel *test* di legittimità della Consulta finisca con lo spiegare, seppur attraverso variegati stilemi argomentativi, portata applicativa pressoché esclusivamente in “combinato disposto” con quello di ragionevolezza⁷ che, operando attraverso il meccanismo del *tertium comparationis*, evidentemente viene considerato dalla Corte costituzionale uno strumento più idoneo a garantire il tradizionale *self restraint* rispetto alle scelte del legislatore, rivelandosi indubbiamente criterio (almeno tendenzialmente) più oggettivo rispetto a valutazioni puramente valoriali.

Sul versante critico-applicativo, infine, ciò che si è detto spiega perché il sistema risulti esposto ad eccessiva discrezionalità da parte degli organi giudiziali.

³ MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 1; ALEO, LANZA, *Il sistema penale*, Milano, 2016, 5.

⁴ PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss.

⁵ Su questi temi, nella sterminata letteratura, vd. anche SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, 127 ss; SESSA, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Ind. Pen.*, 2016, 785 ss.

⁶ DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1577, lo definisce come il «più inespresso dei principi».

⁷ Sull'argomento vd. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Torino, 2006, 313 ss; MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1720 ss; BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato costituzionale sulle scelte di criminalizzazione*, *ibidem*, 1540 ss.

ri in riferimento *tanto* alle molte fattispecie che nella prospettiva dell'individuazione del bene giuridico tutelato si rivelano "ostinatamente dubbie"⁸ (e che talora aprono all'etichettatura in termini di plurioffensività)⁹ *quanto* dell'entità del danno o del pericolo necessaria a definire il confine tra lecito e illecito¹⁰; e ciò, in un contesto ove si contrappongono senza tregua *da un lato* la spinta securitaria (generata dalla *public opinion*) e la tendenza a "colpire" soggetti che si siano già dimostrati "pericolosi" per la società, e *dall'altro lato* l'esigenza di un razionale contenimento delle conseguenze talora inique che possono promanare da sistemi sanzionatori obiettivamente ipertrofici e ben lontani dall'idea dell'*extrema ratio*, come quello italiano¹¹. Volendosi prospettare sin d'ora qualche esempio in ordine alle tematiche che verranno affrontate, si pensi allora al delitto di peculato (art. 314 c.p.), che genera costantemente orientamenti giurisprudenziali ondivaghi in ordine ai casi in cui le condotte ascrivibili al soggetto qualificato, seppur in qualche misura lesive del buon andamento/imparzialità dell'azione amministrativa, si rivelano totalmente inoffensive sul lato patrimoniale¹²; e poi, in materia di

⁸ TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, 22 febbraio 2017, in www.archiviopenale.it; BELFIORE, *La giurisprudenza costituzionale attraverso la lente del penalista*, in S. Lorusso (a cura di), *Costituzione e ordinamento giuridico*, Milano, 2009, 163; su questo tema vd. anche SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 1346 ss (l'A. ha proposto infatti l'introduzione di un obbligo di "rubrica" per il legislatore, finalizzato anche ad evitare l'arbitrio in sede applicativa nell'individuazione del bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici). Su alcune problematiche correlate all'identificazione del bene giuridico derivanti dalla trasposizione di norme complementari all'interno del codice per l'effetto del principio della "riserva di codice" di cui all'art. 3-bis c.p. vd. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, 14 maggio 2018, in www.penalecontemporaneo.it; BORGOGNO, *La "riserva di codice" e le altre modifiche al codice penale introdotte dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21*, 17 maggio 2018, in www.archiviopenale.it.

⁹ EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1668 ss.

¹⁰ Su questi argomenti vd. anche BALBI, *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia*, 2015, 377 ss.

¹¹ Cfr. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass., Pen.*, 2017, 13 ss. Sull'eccedenza sanzionatoria nelle attuali politiche criminali vd. anche FORTI, *Una prospettiva "diabolicamente umana" sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, tomo I, a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta, Milano, 2018, 201-214; M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, 1 ss.

¹² Sicché, in un caso è stata riconosciuta la responsabilità del pubblico ufficiale che aveva concesso a terzi l'uso del lampeggiante blu identificativo dei veicoli delle forze dell'ordine (Cass., Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 34940, in *Dejure*); in un altro, è stata affermata l'irrilevanza di condotte appropriative di beni di scarso valore economico (carta e toner della stampante), sebbene in un contesto in cui la condotta aveva provocato una qualche alterazione del regolare svolgimento dell'attività della P.A. (Cass., Sez. VI, 9 giugno 2010, n. 35150, sempre in *Dejure*). Su questo tema vd. P. PISA, *Trasmissione indebi-*

stupefacenti, agli oscillanti orientamenti sulla rilevanza delle condotte di coltivazione finalizzate all'esclusivo uso personale (c.d. "coltivazione domestica")¹³; ed ancora, sempre nella legislazione complementare, alle problematiche che (a fronte del rigore determinato da una maggiore sensibilità giudiziaria rispetto ai reati contro l'economia)¹⁴ attengono alla riconducibilità nell'alveo della bancarotta fraudolenta prefallimentare di condotte distrattive di beni dell'impresa poi dichiarata fallita perpetrate talora su beni di modico valore (quindi inoffensive rispetto all'evento-fallimento) e realizzate in alcuni casi molto tempo prima della successiva sentenza dichiarativa (e addirittura della crisi che la determina)¹⁵.

ta di fax tra peculato d'uso, abuso d'ufficio e irrilevanza penale del fatto, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 221 ss; CATENACCI, *I delitti di peculato*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'Amministrazione della Giustizia*, in Trattato teorico-pratico di Diritto penale diretto da Palazzo e Paliero, vol. V, Torino, 2016, 40 ss; PELISSERO, *I delitti di peculato*, in Grosso - Pelissero (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, in Trattato di Diritto penale diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Parte speciale, vol. VI, Milano, 2015, 98; BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in Trattato di Diritto penale - Parte speciale diretto da Marinucci e Dolcini, vol. I, Padova, 2013, 235 ss; FORNASARI, *Peculato*, in Bondi - di Martino - Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2008, 115-116; VINCIGUERRA, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008, 343; GUIDI, *Il delitto di peculato*, Milano, 2007, 1-27; CUPELLI, *Il delitto di peculato*, in C. Fiore (a cura di), *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2004, 42; STORTONI, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 1998, 95-96; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1994, 52-55.

¹³ Su tale figura vd. Corte cost., n. 109 del 2016 (annotata da MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di cannabis*, in *Giur. Cost.*, 2016, 941 ss) che, pur rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 nella parte in cui non prevede tra le condotte sottoposte alla sola sanzione amministrativa prefettizia la coltivazione ad uso personale, ha rilevato la necessità di verifica giudiziale della "concreta offensività" della condotta di coltivazione, omettendo tuttavia l'indicazione di validi criteri applicativi. Nella giurisprudenza di legittimità vd. Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 9156, in *Dejure* per l'irrilevanza penale di condotte di piccola coltivazione; *contra* Cass., Sez. VI, 10 febbraio 2016, n. 10169, in *Cass. Pen.*, 2016, 3847. In dottrina sull'argomento vd. GAMBARDELLA, *I reati in materia di stupefacenti*, in Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2016, 136 ss; LA ROSA, *Coltivazione domestica di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto*, in *Giur. It.*, 2016, 196 ss; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 234 ss; per una posizione intransigente vd. G.C. AMATO, *I reati in materia di stupefacenti: le fattispecie previste dall'art. 73 d.P.R. n. 309/1990*, in *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in Trattato teorico-pratico di Diritto penale diretto da Palazzo e Paliero, vol. IX, Torino, 2012, 315.

¹⁴ FOFFANI, *Introduzione. Una "nouvelle vague" del diritto penale dell'economia in Italia?*, in Foffani - Castronuovo (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. I, Bologna, 2015, 1-21.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 23 giugno 2017, n. 38396, in *Dejure*, secondo la quale la distrazione di beni non più inseriti nel ciclo produttivo dell'impresa poi dichiarata fallita, e di scarso seppur apprezzabile valore economico, rappresenterebbe condotta inoffensiva e quindi penalmente irrilevante rispetto alla fattispecie di cui all'art. 216 r.d. 16 marzo 1942, n. 267; su una diversa linea, anche in ordine all'irrilevanza del

1.2. Il principio di offensività rappresenta senza dubbio uno dei più originali prodotti della scienza penalistica italiana¹⁶, ed il suo significato attuale è frutto di una lunga e complessa elaborazione; volendo allora indicare in maniera sintetica gli epiloghi del processo di sviluppo che l'ha interessato si può rilevare che:

a) come principio di rango costituzionale, esso promana dall'art. 25 comma 2 Cost. (nella misura in cui per "fatto commesso" deve intendersi implicitamente un "fatto offensivo"), trovando posto tra i parametri dello scrutinio di legittimità costituzionale delle disposizioni incriminatrici, anche in virtù della correlazione col finalismo rieducativo della pena ed il principio di proporzionalità, di cui all'art. 27 comma 3 Cost.¹⁷;

b) la natura "relazionale" del principio risiede nel fatto che esso può assumere reale significato solo nella prospettiva del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, che a sua volta dovrebbe avere una "fonte democratica" perché il legislatore può ricorrere allo strumento penale, perseguendo anche finalità promozionale di valori e preventive, soltanto per la protezione di interessi «dotati di autentica e riconosciuta consistenza» e non per «ottenere da parte dei consociati l'adesione a modelli di comportamento arbitrariamente configurati in sede politico-legislativa»¹⁸;

c) l'offensività è stata eletta a categoria dogmatica di diritto penale sostanziale di portata generale, ed in tale ambito la lesione o la messa in pericolo del be-

lasso temporale intercorso tra condotta distrattiva e fallimento, vd. Cass., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, sempre in *Dejure*. Su questi argomenti, vd. N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, 33 ss; C. FARINA, *I delitti di bancarotta*, in Rampioni (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2017, 235-241; AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in Ambrosetti - Mezzetti - Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 290; MELCHIONDA, *La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2016, 61 ss; FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli anelatici percorsi dell'offensività penale: l'essere ed il dover essere della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2015, 469 ss; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Milano, 2014, 10-18; MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 443 ss; MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2013, 223-225; ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2014, 111 ss.

¹⁶ DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2013, 4.

¹⁷ G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura ed attuazione*, Napoli, 2018.

¹⁸ DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2012, 119; sul tema vd. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 453 ss. A sostegno dell'impostazione "eteropoietica", non autoreferenziale, del diritto penale nella prospettiva del principio di offensività vd. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, 109 ss.

ne giuridico rappresentano elementi da valutarsi ai fini dell'integrazione della fattispecie tipica¹⁹, oltre che della misura della sanzione irrogabile *ex art.* 133 comma 1 n. 2 c.p.²⁰ Sicché essa condiziona *an* e *quantum* della risposta sanzionatoria ad una verifica in concreto della condotta realizzata dal reo;

d) l'effettiva lesione di un bene giuridico identificabile assume nel contesto del sistema penale la funzione di assicurare che la pena possa conseguire i propri obiettivi (ed in particolare quello rieducativo), ma anche quella di garanzia del singolo rispetto all'arbitrio punitivo dello Stato e, nel contempo, di parametro attraverso il quale valutare la meritevolezza della tutela invocata dalla vittima del reato²¹;

e) la primazia del principio d'offensività ha condotto il legislatore all'inserimento nel sistema dell'art. 131-*bis* c.p. (d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28) che regola una causa di non punibilità ruotante proprio sul perno dell'offensività, nonché di altre norme che nel panorama del diritto vigente esaltano il ruolo del suddetto principio (*infra*);

f) il principio di offensività, in realtà, ha avuto una limitata applicazione come parametro di valutazione (per lo meno in via autonoma) della legittimità costituzionale delle norme penali, stante il palese *self restraint* della Consulta rispetto alla discrezionalità delle scelte del legislatore e l'incapacità della nozione di "bene giuridico" di spiegare efficacia realmente selettiva;

g) ben più ampio è invece il ruolo progressivamente assunto dal principio in fase esegetico-applicativa, ove esso tuttavia, pur assurgendo al ruolo di indispensabile valvola di sicurezza per il sistema (strumentale a scongiurare il rischio di soluzioni giudiziarie inique), ha esteso enormemente i poteri discrezionali del giudice, aumentando giocoforza il tasso di incertezza degli esiti del processo.

Nonostante questi "punti fermi", come evidente il principio in disamina si presta, come già detto, ad interpretazioni assai diversificate in ordine alla sua effettiva portata: si è dinnanzi, allora, ad uno dei grandi temi del diritto penale contemporaneo, che viene rivitalizzato in continuazione tanto dalle novità legislative quanto dal formante giurisprudenziale.

¹⁹ Sul tema si veda anche VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, 3 ss.

²⁰ Che stabilisce che «nell'esercizio del potere discrezionale» nell'irrogazione della pena tra minimo e massimo edittale «il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta... dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa del reato».

²¹ Cfr. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1760 ss; MASARONE, *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 399.

Si tratta di argomenti di tale vastità da non consentire in questa sede altro che qualche accenno; sicché nelle prossime pagine, dopo una breve panoramica sugli orientamenti della dottrina, si volgerà l'attenzione ad alcune recenti scelte normative, che verranno analizzate proprio attraverso la "lente" del principio di offensività.

2. *Approcci dogmatici contemporanei al principio di offensività in ambito penale e la lettura di Franco Bricola. L'offensività come parametro costituzionale*

2.1. Con la caduta del fascismo ed il passaggio alla democrazia repubblicana (e quindi a quella che potrebbe definirsi, non senza imprecisione, "era contemporanea"), si è cominciata a porre all'attenzione dell'interprete la questione dei limiti dello *jus puniendi* nella prospettiva della Carta costituzionale²², che ha generato ampie riflessioni da parte della dottrina penalistica sul tema dell'offensività, ed un dibattito che si è reso particolarmente intenso negli anni '70 per poi svilupparsi anche nei decenni avvenire, consentendo il definitivo superamento delle teorie "formalistiche" (l'indirizzo tecnico-giuridico e l'approccio metodologico) che avevano accompagnato la nascita del Codice del 1930 ed i suoi primi anni di vita.

Già qualche anno dopo l'entrata in vigore del Codice, per il vero, cominciarono ad affacciarsi nel panorama dogmatico, con sfumature molto varie, delle impostazioni che (facendo leva su criteri valoriali e ponendo l'accento sulla necessità di indagare lo "scopo della norma" incriminatrice o le sue "finalità") sollecitarono timidamente, al fine di evitare aberrazioni in sede applicativa, un qualche sforzo ulteriore rispetto alla mera esegesi del dato letterale delle norme: si tratta del "realismo" e della concezione "teleologica" del reato²³.

²² *Id est* della legittimazione dell'intervento del legislatore in materia penale; vd. diffusamente ANGIONI, *Contenuti e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

²³ In questo contesto vd. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1939, 3 ss, che sottolineò l'importanza in sede esegetica-applicativa dell'individuazione dello scopo *realmente* perseguito dalla norma incriminatrice, per verificare se la condotta tipica avesse leso l'interesse da essa tutelato. Si tratta tuttavia di una tesi che non negò affatto, ed anzi ribadì, il vincolo dell'interprete alla scelta attuata dal legislatore, e al dato positivo (vd. anche ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1991, 32-33; 156-164; 437-442). Vd. inoltre G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, che notoriamente, già in molti scritti precedenti a quello da ultimo citato [vd. in proposito anche per i riferimenti bibliografici RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol*, in *Criminalia*, 2007, 147 ss; RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato democratico di diritto allo Stato di polizia? Attualità del problema penale nel trentesimo dall'ultima lezione di Giuseppe Bettiol*, Padova, 2012], sostenne la necessità di un approccio "teleologico" alla norma incriminatrice da parte dell'interprete, da valutarsi in base al contesto sociale di riferimento, rimarcando tuttavia costantemente l'obbligo dell'interprete di ancorare l'individuazione degli interessi tutelati alla *ratio* impressa dal legislatore alle singole disposizioni (vd. ID., *Diritto penale*, Padova, 1978, 77-87; 129-133).

Su queste basi si generò poi, caduto il regime, la tesi della c.d. “adeguatezza sociale” che, attraverso varie declinazioni dottrinali, sempre al fine di temperare il rigore del Codice Rocco, giunse a negare la legittimità della reazione punitiva dello Stato (per difetto di tipicità, o per carenza di antiggiuridicità) nei casi di condotte, pur astrattamente conformi al tipo, non contrarie agli obiettivi perseguiti dalla collettività, ovvero poste in essere proprio per coltivare gli interessi tutelati dalla medesima norma incriminatrice di riferimento, solo formalmente violata²⁴.

I successivi sviluppi teorici trovarono poi linfa vitale dall'intuizione (propria della concezione realistica del reato, evoluzione della tesi dell'Antolisei) che l'art. 49 comma 2 c.p., nello stabilire che la «punibilità è esclusa quando per l'idoneità dell'azione è impossibile l'evento dannoso o pericoloso», lungi dal rappresentare un inutile duplicato di quanto sancito nell'art. 56 c.p. in tema di tentativo inidoneo, costituisse in realtà principio generale dell'ordinamento; si parlò dunque di una norma di adeguamento sistematico, indispensabile cioè all'adattamento continuo dell'ordinamento alle rinnovate esigenze del contesto sociale, o comunque alla valorizzazione della portata lesiva del fatto in concreto rispetto al bene tutelato dalla norma incriminatrice di riferimento²⁵.

2.2. È allora sulla base di tali premesse che venne alla luce la tesi di Franco Bricola, compendiata nelle pagine che compongono la celeberrima “Teoria

²⁴ Vd. ad esempio C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966 (ora vd. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2016, 318-325) che dopo aver ricondotto l'offensività nell'alveo della tipicità, ha sostenuto in questa prospettiva che alcune condotte non risulterebbero punibili perché generalmente ammesse dalla società organizzata (ad es. i festeggiamenti dei tifosi per la vincita della propria squadra, che dunque non rientrerebbero nell'alveo dell'art. 659 c.p. in tema di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone). Ed ancora vd. M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto d'interessi dell'amministratore della società per azioni*, Milano, 1967 (ora vd. ID., *Commentario sistematico al codice penale*, Tomo I, Milano, 2004, ed in particolare 321 e 511-518). L'A. ha innanzitutto negato che l'art. 49 comma 2 c.p. costituisca espressione di un principio generale dell'ordinamento, ed ha affermato che la mancanza di offensività renderebbe il fatto atipico in base alla lettura di ciascuna norma incriminatrice, e dell'individuazione del bene giuridico da essa tutelato; ha sottolineato inoltre che comportamenti, pur vietati dall'ordinamento, se finalizzati al raggiungimento dello scopo prefissato dal legislatore dovrebbero essere giudicati non sanzionabili perché non antiggiuridici, sulla base di un'esimente implicita (è l'esempio dell'amministratore societario che pur non ottemperando all'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio - e quindi in violazione delle disposizioni penali compendiate nel codice civile - abbia agito perseguendo l'interesse della società stessa).

²⁵ In questo senso ad es. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965 (ed ID. *Reato impossibile*, voce in *Nov. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1967, 974 ss, ove si legge: «costituisce una indiscussa esigenza logico-giuridica e, prima ancora, equitativa, la necessità di adeguare l'astratta fattispecie normativa alla realtà degli accadimenti concreti, alla infinita varietà di manifestazioni che può assumere un fatto rilevante per il diritto»). Ed inoltre M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 750 ss (ed in particolare 786 ss).

generale del reato”²⁶, destinata a modificare in maniera irreversibile l’approccio dogmatico al sistema positivo italiano.

Tale costruzione, pur riconoscendo alcuni meriti all’indirizzo tecnico-giuridico in termini di depurazione dell’analisi del diritto penale da criteri metagiuridici, prese le mosse dal fatto che nel rinnovato contesto costituzionale il ruolo dell’interprete non avrebbe potuto più limitarsi ad una mera analisi metodologica del sistema penale costituito dalla legge ordinaria, dovendo assumere invece una funzione critica, anche delle scelte già attuate del legislatore, prima ovviamente impedita dal sistema autoritario.

In questa prospettiva, i principi dettati dalla Carta costituzionale, ed in particolare quello dell’inviolabilità della libertà personale di cui all’art. 13 Cost., per l’A. sarebbero stati indicativi della natura della sanzione penale in termini di *extrema ratio*, con la conseguenza del condizionamento della scelta da parte del legislatore di tipizzare una determinata condotta alla «violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (liberà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale».

Tale ultima locuzione, si precisò, non avrebbe potuto essere letta nel senso di una legittimazione di qualsivoglia scelta legislativa finalizzata alla tutela di valori meramente «non antitetici» con quelli costituzionali, bensì come una limitazione dell’estensione del diritto penale ad uno strumentario minimo, edificato per tutelare soltanto quei beni giuridici (individuali o riferibili alla collettività) esplicitamente riconosciuti dalla Carta costituzionale, o da fonti internazionali/europee, o impliciti alla Costituzione, o ancora legati in rapporto di presupposizione necessaria con quelli espressamente menzionati nella Carta stessa, ove cioè «la lesione *dei primi* sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo»²⁷.

In tale ambito, la “significatività” del valore costituzionale tutelato dalla norma incriminatrice, e cioè l’importanza del bene di riferimento, avrebbe dovuto rappresentare poi, in ossequio ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, parametro: a) per il legislatore nel momento dell’individuazione della misura della sanzione in astratto; b) per la Consulta per valutare la congruità della scelta in questo senso attuata dal legislatore; c) per il giudice in sede di quantificazione della pena.

²⁶ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce in *Nov. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1974, 7-93.

²⁷ Talché, ad esempio, la legittimità di norme incriminatrici di alcune condotte pericolose per la circolazione stradale, in quanto strumentali alla tutela di beni giuridici primari quali la vita e l’integrità psichica.

La Teoria, come noto, ha rappresentato sviluppo della citata concezione realistica (o materiale) perché, pur sostenendo anch'essa il ruolo dell'art. 49 comma 2 c.p. in termini di norma-cardine del sistema, giunse ad attribuire all'offensività un crisma costituzionale, svelando il contenuto implicito della locuzione «fatto commesso» di cui all'art. 25 comma 3 Cost., rappresentato dalla natura "offensiva" del fatto medesimo.

La soluzione di ancorare la sanzione penale alla lesione di soltanto alcuni, limitati valori, riconosciuti come fondamentali dalla collettività organizzata, e quindi assunti ad entità "pre-positive", intendeva inoltre rimarcare l'esigenza del rispetto del principio compendiato nell'art. 27 comma 3 Cost. (che sancisce la funzione rieducativa della pena), coltivabile secondo Bricola solo attraverso un diritto penale "minimo", costituito da norme di contrasto di condotte offensive di valori universalmente riconosciuti (talché il richiamo operato anche al principio di colpevolezza).

Tale impostazione dunque, trasponendo la concezione realistica nel quadro dei principi di rango costituzionale, prima ancorata soltanto all'art. 49 comma 2 c.p., aveva l'ambizione di rendere il principio insuscettibile di eccezioni operabili dal legislatore in sede ordinaria, ponendo giocoforza in crisi molte figure tradizionali, ed in particolare i reati di pericolo astratto-presunto, di sospetto, e più in generale le molteplici figure incriminatrici disseminate nel sistema incardinate su condotte improduttive di effetti lesivi, ed essa mirava ad aprire nuovi orizzonti allo scrutinio di legittimità da parte della Corte costituzionale.

La Teoria tuttavia, come subito appresso si dirà, è stata contestata sotto molteplici profili da alcuni studiosi, tra i quali Pietro Nuvoione, maestro dello stesso Bricola, che pur essendo tra i primi ad approfondire le nuove prospettive del diritto penale sostanziale rispetto al rinnovato contesto costituzionale, negò recisamente la sussistenza di vincoli in capo al legislatore ordinario nel senso prospettato dall'allievo²⁸.

3. La posizione della dottrina rispetto alla tesi della costituzionalizzazione del principio di offensività ed ai criteri di individuazione dei beni giuridici tutelabili attraverso la sanzione criminale. Il modello "debole" di offensività 3.1. La tesi di Bricola, che ha proposto un modello "forte" del principio di offensività, ha indubbiamente trovato in dottrina alcuni consensi, che sono peraltro sfociati anche in rielaborazioni originali, finalizzate evidentemente a limitare

²⁸ NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 49 ss.

l'intervento del legislatore in ambito penale, e a rinviare la funzione di tale ramo del diritto in termini di autentica *extrema ratio*²⁹; valga ad esempio il richiamo alla concezione “costituzionale-culturale” del bene giuridico, sostenuta da Alberto Cadoppi sulla base della teoria tedesca delle *Kulturnormen*, per la quale il legislatore sarebbe tenuto a mantenere i confini dello strumentario sanzionatorio alla funzione di tutela di beni giuridici ritenuti rilevanti dalla coscienza sociale³⁰.

Nel contempo molti studiosi italiani hanno mostrato un certo interesse anche per costruzioni che si fondano su diversi criteri (valorizzabili in prospettiva *de iure condendo*), enucleati in altri contesti (quelli di *common law*, soprattutto anglo-americani), ed in particolare per i concetti di *harm* e *offence principle*³¹; in estrema sintesi, si tratta di teorie che operano ponendo l'accento sul disvalore sociale dell'offesa o della molestia arrecate ad altri individui, e quindi sugli aspetti interrelazionali dell'illecito.

Dette teorie predicano allora la limitazione del magistero penale a queste forme di aggressione; e ciò anche al fine di evitare il processo di svalutazione del bene giuridico ed il continuo, ed illiberale, accrescimento dell'apparato sanzionatorio, provocati da norme di contrasto di condotte dall'offensività

²⁹ Sul tema dell'ipertrofia del diritto penale, e sull'esigenza di una modifica dell'orientamento “simbolico”, e di una politica criminale “integrata”, attraverso l'ausilio delle scienze sociali, vd. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla cultura penale*, 20 settembre 2018, in www.archiviopenale.it.

³⁰ Vd. CADOPPI - VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 109-112. Per una costruzione aderente a quella di Bricola vd. anche MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2017, 244 (l'A. sostiene che, in ossequio al ruolo del diritto penale come *extrema ratio*, l'intervento del legislatore dovrebbe ritenersi legittimo solo ai fini della predisposizione di tutela per beni primari, o per la creazione di avamposti a tutela di essi). Vd. anche RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesioni tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 573 ss; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, 11-16; FIORELLA, *Reato in generale*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 793; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 111 ss, ed inoltre, con alcune importanti sfumature rispetto all'impianto eretto da Bricola, MANNA, *Diritto penale e costituzione*, in *Trattato di diritto penale diretto da Cadoppi - Canestrari - Manna - Papa, Parte generale*, vol. I, Torino, 2012, 61 ss, che partendo dal presupposto della natura “aperta” della tavola dei valori costituzionali determinata dall'art. 2 Cost. sostiene che l'intervento penale dovrebbe essere limitato alla tutela di beni di espresso rilievo costituzionale e a quelli di “consistenza sociale”, individuati sulla base dell'importanza assegnata ad essi dalla collettività, dalla frequenza degli episodi di lesione, e dall'allarme sociale che tali episodi sollevano. Aderisce pienamente alla tesi di Bricola, sottolineandone la funzione rispetto agli “eccessi di criminalizzazione”, F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, 28-32. Sull'importanza del riconoscimento collettivo del bene giuridico tutelato in sede penale anche ai fini della prevenzione del reato vd. MAZZUCATO, *Consensus alle norme e prevenzione dei reati: studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, 2006.

³¹ Tra le più recenti ed approfondite elaborazioni, che affondano le radici nelle origini del pensiero liberale, vd. J. FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, New York - Oxford, 1984 - 1988.

talora inafferrabile (si tratta di schemi che ricorrono per illeciti di mera disubbidienza, di pura intenzione o opinione, o per taluni comportamenti sanzionati perché genericamente “immorali”³²), a volte solo perché contrarie a principi discutibilmente eletti dal legislatore a valori “universali”, senza una reale mediazione politica e con finalità spesso simboliche³³.

3.2. Non sono mancate tuttavia, come già accennato, critiche alla Teoria di Bricola, formulate da molti studiosi del diritto penale³⁴, che per sintetizzare sono state articolate secondo le seguenti, principali direttrici:

a) la limitazione delle scelte del legislatore in campo penale rispetto ad un catalogo “fisso” di beni giuridici produrrebbe una crisi del sistema a seguito dell'emersione di nuovi valori, non presi in considerazione originariamente dal Costituente, provocando la necessità del ricorso continuo alla procedura di revisione, ai fini dell'adattamento della Carta alle rinnovate esigenze sociali; b) correlativamente, l'accoglimento dell'impostazione di Bricola importerebbe, per coerenza logica, come effetto immediato ed incontrollabile, un obbligo di criminalizzazione in capo al legislatore ordinario per erigere strumenti di tutela dei beni riconosciuti dalla Carta³⁵;

³² Sulla tutela del sentimento religioso ed il problema dell'offensività vd. anche MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, 651 ss.

³³ Sull'argomento vd., tra gli altri, PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 447 ss (che sottolinea tuttavia la distanza delle suddette teorie dal giuspositivismo); DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 938 ss; SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1209 ss; MANACORDA, “Dovere di punire”? *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 1364 ss (che ne rimarca l'incapacità selettiva); TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, 313 ss. Su questi concetti, e per un ulteriore approccio critico, vd. inoltre BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018; FORNASARI, *Offensività: beni e tecniche di tutela*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1514, che pure sottolinea la scarsissima capacità selettiva di dette impostazioni.

³⁴ Vd. ad esempio DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 54-56 (ed ID., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, 47 ss); F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 184; RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 78-80; B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016, 67-77; DE VERO, *Corso di diritto penale, op. cit.*, 118-127; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 69-72; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 86-90; MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, Torino, 2006, 28; GIUNTA, *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 54; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 234-238; MILITELLO, *Dogmatica e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, 411 ss.

³⁵ Sebbene per la verità la sussistenza di tale obbligo in capo al legislatore fosse stata chiaramente negata dallo stesso Bricola nella propria *Teoria generale*. Su questo tema, vd. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 41-46.

c) l'apertura della Teoria a valori "impliciti", o "strumentali", seppur finalizzata al superamento dell'obiezione *sub a)*, finirebbe con svuotarne il contenuto essenziale, rendendola inidonea a fornire linee guida utili al legislatore, alla Corte costituzionale e al giudice in sede applicativa, e più in generale a perseguire l'obiettivo di limitazione dell'intervento penale;

d) le difficoltà nell'individuazione di una scala gerarchica attraverso la quale ordinare i valori costituzionali renderebbe particolarmente ardua la verifica di legittimità delle scelte sanzionatorie attuate dal legislatore sulla base del canone della "significatività";

e) correlativamente, la Teoria risulterebbe "difettosa" nella misura in cui non fornirebbe criteri per l'individuazione dell'entità dell'offesa (in termini di danno o pericolo) sufficiente a far scattare in sede applicativa la responsabilità penale.

Altri analitici rilievi sono stati inoltre mossi, proprio nella prospettiva da ultimo delineata, con riferimento ai reati di pericolo astratto-presunto; la Teoria, difatti, aveva sollevato ed affrontato il problema della legittimità costituzionale di tali figure prospettando l'espunzione, in sede esegetica-applicativa, da parte del giudice, di qualsivoglia presunzione normativamente prevista *contra reum*, e propugnando un'indagine in ordine alla concreta pericolosità della condotta realizzata³⁶.

Se allora si tratta di una lettura che, come si dirà da qui a breve, è stata per certi versi recepita anche dalla giurisprudenza della Consulta e da quella ordinaria, non di meno – si è notato – essa è destinata a rivelarsi inidonea a sciogliere uno dei nodi portanti della questione, e cioè ancora una volta quello dell'individuazione del *quantum* di pericolo sufficiente ad integrare la responsabilità penale³⁷.

Non mancano poi neppure in dottrina delle posizioni che rimarcano l'opportunità, nella moderna era del rischio, di scelte legislative estrinsecanti nell'introduzione (o conservazione) di fattispecie di pericolo astratto-presunto, seppur in alcuni delimitati settori, laddove correlate alla tutela di beni fondamentali, ed altre che si spingono fino al riconoscimento della legittimità di figure criminose imperniate, sostanzialmente, sul controverso principio di precauzione³⁸, e che quindi giocoforza si pongono in netta antitesi con i fondamenti della descritta Teoria.

³⁶ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, op. cit., 86.

³⁷ Su questi temi, nella sterminata letteratura, vd. PULITANÒ, *Dommatica e giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 2015, 4277 ss.

³⁸ Vd. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 535 ss; per una seppur

Se quelli sopra succintamente evidenziati rappresentano allora i rilievi più frequenti mossi all'impostazione di Bricola³⁹, si può notare, sempre in estrema sintesi, che una parte della dottrina riconosce un'ampia discrezionalità in capo al legislatore nelle scelte di criminalizzazione, attuabile anche per la tutela di valori semplicemente non incompatibili con la Costituzione, seppur con il limite costituito dal divieto di prevedere fattispecie che sanzionino condotte che rappresentino esercizio legittimo di diritti fondamentali previsti dalla Carta, secondo un'accezione "debole" del principio di offensività, che come si dirà nel prossimo paragrafo è stata anche in effetti sposata dalla Corte costituzionale in diverse pronunce.

4. *Gli orientamenti della Corte costituzionale* 4.1. Come anticipato, anche in ossequio all'art. 28 l. 11 marzo 1953, n. 87 (che stabilisce che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento»), la Consulta - che ha avuto modo di affrontare questioni relative al principio di offensività in relazione a molteplici figure di parte speciale - è giunta all'accoglimento di una concezione "debole" di detto principio.

Volendo evidenziare le "tappe" principali attraverso le quali si è snodato il percorso della giurisprudenza costituzionale, si può rammentare allora innanzitutto la sentenza manipolativa Corte cost., 23 aprile 1974, n. 108 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 415 c.p. nella parte in cui detta disposizione, sanzionando l'istigazione all'odio tra le classi sociali, non specificava «che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità».

A ben vedere, la pronuncia (che ha importato la trasformazione della figura in un reato di pericolo concreto)⁴⁰ si è basata sulla violazione dell'art. 21 Cost., e

limitata apertura alla legittimazione del legislatore fondata su detto principio vd. anche PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2017, 202; ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva*, Parte generale, Tomo I, Torino, 2010, 76-81. Sulla "capacità espansiva" del principio di precauzione nel diritto italiano vd. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, 21 luglio 2011, in www.penalecontemporaneo.it. Sul principio di precauzione in relazione agli illeciti ambientali vd. anche SEVERINO, *Il nuovo diritto penale ambientale*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2018, 194.

³⁹ Per una ricostruzione del dibattito sulla funzione del bene giuridico si veda anche MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006.

⁴⁰ PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. Merito*, 2006, 1960 ss (vd. in particolare *sub* nota n. 35); su tale pronuncia vd. anche A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi*

sul rilievo detta disposizione avrebbe avuto tale estensione da giungere a sanzionare anche legittime forme di espressione del pensiero, senza neppure operare un cenno al principio di offensività, che invece avrebbe potuto costituire parametro perlomeno concorrente per lo scrutinio della norma.

Con la successiva sentenza Corte cost., 26 marzo 1986, n. 62 la Corte, invece, essendo chiamata a decidere di una fattispecie criminosa in materia di armi, pur manifestando dubbi in ordine al crisma costituzionale del principio di offensività, ha rimarcato che il giudice sia tenuto a verificare in concreto la reale portata lesiva della condotta contestata al reo, sottolineando dunque la funzione del principio in chiave ermeneutico-applicativa, che per la verità fino a quel momento si era affermata quasi esclusivamente nella giurisprudenza ordinaria in tema di reati di falso (e in relazione al c.d. “falso grossolano”)⁴¹.

Di ben altro tenore si rivelano invece alcune affermazioni compendiate nella ben nota sentenza Corte cost. 23 marzo 1988, n. 364, che per il vero è generalmente richiamata dalla dottrina per le statuizioni relative al principio di colpevolezza, ma che in realtà ha affrontato anche il tema del principio di offensività con un importante inciso compendiato nel “considerato in diritto” (punto 17) che val la pena qui di riportare: «va qui, subito, precisato che le garanzie di cui agli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano “riconoscibili”. Il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali... rinvia... alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, *dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale”* (il corsivo è nostro) e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente

meta-giurisprudenziale, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 143 ss.

⁴¹ Cfr. CIANI, *Sub. art. 49*, in *Esposizione di giurisprudenza sul codice penale* diretta da Brancaccio e Gius. Lattanzi, vol. I, Milano, 1972; GROSSO, *Su alcuni problemi generali del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 18 ss. Sui problemi dell'individuazione del bene giuridico tutelato nei reati di falso, e sul tema dell'offensività vd. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 68 ss; GIACONA, *La problematica dell'offesa nei reati di falso documentale*, Torino, 2007; SANCUNI, *Una sentenza dotta: il Tribunale di Foggia al bivio tra concezione realistica del reato e tipicità apparente*, in *Cass. Pen.*, 2004, 3412 ss; si veda inoltre, in ordine alle falsità nei “segni distintivi”, il recente lavoro di VALENTINI, *Il diritto penale dei segni distintivi*, Pisa, 2018 (ed in particolare 31-41); ed inoltre CINGARI, *Il contrasto alla contraffazione: evoluzioni e limiti dell'intervento penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 1064 ss.

vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

Si tratta dunque di una incondizionata adesione all'accezione "forte" del principio di offensività proposta da Bricola (palese è peraltro anche la riproposizione del *link* operato dall'A. tra i principi di colpevolezza e offensività); a detta pronuncia è seguita poi peraltro l'ordinanza Corte cost. 18 luglio 1989, n. 437, con la quale la Corte, nel declinare una questione di legittimità sottoposta, per quel che qui più interessa, ha ulteriormente ribadito la portata del principio di offensività nella prospettiva esegetico-applicativa, e quindi come parametro per il giudice ordinario.

Con la successiva sentenza Corte cost., 10 luglio 1991, n. 333, la Corte ha poi affrontato la questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni incriminatrici in tema di stupefacenti nella prospettiva del principio di offensività, esprimendo concetti generali, applicabili a tutte le fattispecie di pericolo; in particolare, ed in estrema sintesi, la Consulta ha rimarcato in quella occasione che il legislatore potrebbe operare in materia penale con ampia discrezionalità, con il limite della «manifesta irragionevolezza»¹².

In tale prospettiva, il legislatore potrebbe cogliere dall'esperienza i comportamenti che, generalmente, sfociano nella lesione di beni giuridici che s'intendono tutelare, con piena legittimazione di interventi innovativi del sistema nel caso di fenomeni criminosi "emergenziali"; quanto alle figure di pericolo astratto-presunto, si tratterebbe inoltre - ha proseguito la Corte - di forme di incriminazione non incompatibili con i principi cardine dell'ordinamento, fermo il limite anche in questo caso della razionalità della scelta del legislatore, che risulterebbe valicato laddove le stesse giungessero a sanzionare condotte che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, non siano idonee a ledere il bene giuridico rispetto al quale esse rivestono la funzione di avamposto di tutela.

Il *self restraint* della Corte (o meglio il "*retro front*" rispetto alla sentenza n. 364/1988 cit.) si appalesa poi nell'ulteriore rilievo attraverso il quale la Consulta ha adombrato dubbi circa la natura costituzionale del principio di offensività, attraverso un inciso solo in parte "controbilanciato" in chiusura dal rilievo (con implicito riferimento all'art. 49 comma 2 c.p.) che «rimane precipuo dovere del giudice di merito - nelle ipotesi peculiari in discorso - apprezzare» se in base alle circostanze del caso concreto «la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati e conse-

¹² Concetto questo ribadito di recente dalla sentenza Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141 sul tema della legittimità delle fattispecie di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione.

guentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante», esprimendo dunque in questo caso un principio destinato a cristallizzarsi nella giurisprudenza costituzionale attraverso successive pronunce⁴³.

Di particolare interesse è poi la sentenza Corte cost., 17 ottobre 1996, n. 370; con tale provvedimento la Consulta è intervenuta, tra l'altro, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 708 c.p., che era stata sollevata in ordine a tale figura in quanto essa, sanzionando il possesso ingiustificato di valori da parte di soggetti gravati da determinati "precedenti", si sarebbe appalesata - secondo il giudice *a quo* - in tensione con il principio di offensività.

La Corte, allora, nell'accogliere la questione ha fatto leva *da un lato* sulla indeterminatezza della fattispecie (e quindi alla violazione del principio di legalità), e *dall'altro* sull'irragionevolezza "sopravvenuta" della norma a motivo dell'inidoneità della stessa a fronteggiare, nel rinnovato contesto criminologico, forme illecite di accumulazione di ricchezza, e quindi facendo leva sul difetto di offensività.

Tale pronuncia, per il vero, evidenzia il ruolo che verrà in seguito ad assumere il principio di offensività nel giudizio di legittimità costituzionale, e come in realtà lo stesso tenderà a trovare applicazione nella giurisprudenza della Consulta non in via autonoma, bensì attraverso il principio di ragionevolezza⁴⁴.

La validità di tali conclusioni sembra per il vero trovare conferma dalla successiva pronuncia Corte cost., 10 luglio 2002, n. 354⁴⁵ con la quale la Corte

⁴³ Cfr. ad es. Corte cost., 13 luglio 1995, n. 360 (in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti); Corte cost., 18 luglio 1997, n. 247 (sulle fattispecie di pericolo riconnesse alla tutela dell'ambiente); Corte cost., 6 luglio 2000, n. 263 (sulla violata consegna di cui all'art. 120 c.p.m.p.); Corte cost., 23 giugno 2005, n. 265 e Corte cost., 11 giugno 2008, n. 225 (entrambe sulla fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 707 c.p. Sul tema vd. ACQUAROLI, *Possesso ingiustificato di chiavi alterate e grimaldelli*, in Viganò - Piergallini, *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da Palazzo e Paliero, vol. VII, Torino, 2015, 968). Tra le più recenti vd. Corte cost., 8 febbraio 2017, n. 99 (in ordine alla fattispecie di cui all'art. 76 comma 7 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 - Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione - che sanziona l'omessa comunicazione alla polizia tributaria, da parte dei soggetti gravati di misura preventiva, delle variazioni del patrimonio del proposto).

⁴⁴ Su questi temi vd. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e tassatività*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1999, 944 ss; MICHELETTI, *Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3373 ss; TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, Torino, 2006, 41. Più di recente SALVADORI, *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016.

⁴⁵ A ben vedere tuttavia rilievi analoghi possono essere sviluppati anche sul noto precedente Corte cost., 21 maggio 1987, n. 189 sul reato di esposizione non autorizzata di bandiera di Stato estero. Sul punto cfr. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in Cartabia -Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 137-138.

ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 688 comma 2 c.p. nella misura in cui tale disposizione sanzionava a titolo contravvenzionale lo stato di ubriachezza in luogo pubblico o aperto al pubblico di soggetti già gravati da precedenti per reati non colposi contro la vita e l'incolumità individuale; la Corte, infatti, in questo caso ha sancito l'illegittimità di tale figura rilevando sincretisticamente che la stessa colpisse fatti in sé considerati privi di disvalore sociale, e che essa determinasse una violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza nella misura in cui sanzionava «una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assume alcun disvalore sul piano penale».

Ed ancora, nello stesso senso, si veda la successiva sentenza Corte cost., 5 luglio 2010, n. 249 che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p. che prevedeva una circostanza aggravante comune nell'ipotesi in cui un fatto previsto dalla legge come reato fosse stato commesso da soggetto che si trovasse illegalmente sul territorio dello Stato; nell'occasione la Corte ha rilevato infatti che tale disposizione fosse totalmente sganciata da valutazioni in termini di offensività del fatto, e che essa nel contempo importasse una ingiustificata disparità di trattamento, tanto da implicare la violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.⁴⁶

Ed inoltre, sempre nella stessa prospettiva si colloca la sentenza Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 69 comma 4 c.p. nella formulazione *illo tempore* vigente; e ciò sul presupposto che detta disposizione, non consentendo al giudice l'applicazione in prevalenza della figura attenuata di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 in tema di stupefacenti rispetto alla recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p., violava i principi di offensività e (ancora una volta) di uguaglianza-ragionevolezza⁴⁷ (alla citata sentenza sono poi seguite analoghe pronunce della

⁴⁶ Su questo tema, ancor prima della pronuncia della Consulta, vd. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 1634 ss; BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, 77-80; vd. poi MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante*, in *Dir. Immig. Cittadin.*, 2010, n. 3, 37 ss; MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 1 ss; VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 1334 ss; SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, *ibidem*, 1425 ss; PIGHI, *La sicurezza urbana indivisibile. Le politiche locali di prevenzione integrata*, Milano, 2014, 67; BERTOLINO, *Il "crimine" della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 1371 ss.

⁴⁷ La sentenza è stata commentata da BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzionalità*, in *Giur. Cost.*, 2012, 4057 ss; NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla*

Corte, sulla stessa questione, in riferimento ad altre fattispecie di parte speciale)⁴⁸.

Ancor più di recente⁴⁹, si veda inoltre la sentenza Corte cost., 17 aprile 2019, n. 88 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 222 comma 2 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada) nella parte in cui prevedeva la revoca della patente di guida per tutte le ipotesi disciplinate dagli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p. (in tema di omicidio e lesioni stradali), sancendo un trattamento indifferenziato per fatti di diversa offensività, e quindi incompatibile con i principi di uguaglianza-ragionevolezza e proporzionalità.

4.2. Dal veloce e certamente incompleto affresco che si è tracciato, è ben percepibile dunque la posizione assunta dalla Consulta rispetto al principio di offensività; se allora inizialmente erano stati sollevati alcuni dubbi sul suo crisma costituzionale, nelle più recenti pronunce di cui si è dato conto (pur riaffermandosi, a determinate condizioni, la legittimità dei reati di pericolo, e la tendenziale incensurabilità delle scelte di politica legislativa) la Corte ha progressivamente riconosciuto a detto principio un "posto" tra i valori cardine dell'ordinamento, anche se facendolo operare soltanto in combinazione col principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., ed assegnando dunque al parametro una sorta di funzione ancillare.

Sembra allora difficilmente contestabile, sulla base della posizione assunta dalla Corte (che in realtà si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità solamente in casi *monstre*), che il principio, oggi pacificamente derivato dall'art. 25 comma 2 Cost., sia comunque destinato a spiegare efficacia prevalentemente sotto il profilo esegetico-applicativo; sicché qui di seguito verranno sviluppate alcune brevi riflessioni anche a tale riguardo.

5. *Il principio di offensività come criterio ermeneutico.* 5.1. L'analisi della giurisprudenza della Cassazione costituisce per l'interprete un indefettibile banco di prova in ordine alle modalità di penetrazione nel sistema del principio di offensività⁵⁰, ed in questo ambito di particolare interesse è innanzitutto

recidiva reiterata, in *Cass. Pen.*, 2013, 1755 ss.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 18 aprile 2014, nn. 105 e 106; Corte cost., 7 aprile 2016, n. 74; Corte cost., 17 luglio 2017, n. 205.

⁴⁹ Oltre alla sentenza Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222 in tema di sanzioni accessorie per i reati di bancarotta.

⁵⁰ Ove, come rilevato da LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale*, Napoli, 2016, il principio di offensività rappresenta una "metaregola interpretativa".

la verifica degli orientamenti della Corte di legittimità rispetto ai *reati di pericolo*, anche in ragione della loro ampissima diffusione⁵¹.

Per quanto concerne le figure di pericolo *concreto* (nelle quali cioè il legislatore ha già previsto a monte che l'illecito si realizzi solo a condizione che la condotta abbia effettivamente provocato un pericolo di lesione per il bene giuridico tutelato), la Corte in molte occasioni ha dimostrato di valorizzare adeguatamente detto principio giungendo, solo per prospettare qualche esempio:

- in un caso in cui un soggetto era stato accusato del delitto di cui all'art. 434 comma 1 c.p. (in tema di crollo di costruzioni o altri disastri dolosi) per aver aperto la bombola del gas all'interno di un esercizio commerciale al fine di provocarne la distruzione, a rimarcare la necessità di una verifica tecnica volta ad accertare se la condotta concretamente realizzata potesse effettivamente causare l'evento lesivo descritto dalla predetta norma incriminatrice⁵²;

- a ribadire che nel contesto delle operazioni c.d. "infragrappo" gli atti di disposizione patrimoniale debbano essere considerati ai fini dell'affermazione della responsabilità per bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216 LF nell'ottica dei c.d. "vantaggi compensativi" perseguiti dal soggetto che li abbia posti in essere, essendo questi elementi imprescindibili per l'accertamento *tanto* del dolo *quanto* dei requisiti oggettivi di fattispecie e dell'offensività⁵³.

Per i reati di pericolo astratto e presunto, invece, innanzitutto c'è da notare che una parte della dottrina ha segnalato che pur trattandosi di figure che operano attraverso schemi di criminalizzazione differenti tra loro⁵⁴, sforzi di catalogazione autonoma si rivelerebbero oggi infruttuosi, atteso che l'interprete - anche in ossequio ai principi espressi al riguardo dalla Corte costituzionale di cui si è dato conto - sarebbe tenuto comunque a verificare la concreta pericolosità della condotta posta in essere rispetto al bene giuridico tutelato dalle singole disposizioni incriminatrici⁵⁵.

⁵¹ CANESTRARI, *Reati di pericolo*, voce in *Enc. Giur.*, vol. XXVI, Milano, 1991, 8 ss.

⁵² Cass., Sez. I, 5 luglio 2018, n. 48027, in *Dejure*. Sul tema vd. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *Cass. Pen.*, 2017, 3879 ss.

⁵³ Cass., Sez. V, 5 marzo 2018, n. 41411, in *Dejure*. In argomento vd. BOZHEKU, *L'offensività nella bancarotta fraudolenta per operazioni distrattive infragrappo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 340 ss; MASUCCI, *Vantaggi del gruppo e dell'impresa collegata nel governo penale degli abusi di gestione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, 885 ss.

⁵⁴ Sul tema vd., *ex multis*, PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.

⁵⁵ Così MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, *op. cit.*, 289 ss. Su questo tema vd. anche PREZIOSI, *Il pericolo come evento e l'abbandono dello schema di accertamento prognostico nei reati di pericolo concreto*, in *Giur. Comm.*, 2012, 379 ss; MALINVERNI, *L'offesa nella teoria del reato*, in *Evo-*

Indipendentemente da ciò, volendo mantenere salda in questa sede la distinzione per ragioni di chiarezza espositiva, ed in merito alla categoria dei reati generalmente qualificati come di pericolo *astratto*⁵⁶ si registrano orientamenti giurisprudenziali particolarmente ondivaghi nella prospettiva del principio di offensività.

Ad esempio la suprema Corte, chiamata a decidere sull'applicazione di una delle fattispecie disciplinate dall'art. 5 l. 30 aprile 1962, n. 283 ha escluso che la violazione dei protocolli per la conservazione degli alimenti e delle bevande possa integrare *ex se* il reato in disamina⁵⁷; in altro caso, invece, la Cassazione ha affermato che il reato di cui all'art. 55 comma 1 lett. d) d.lgs. 9 aprile 2008, n. 89, che sanziona la violazione dell'obbligo di nomina del medico competente da parte del datore di lavoro, «non richiede lo svolgimento di particolari attività lavorative né l'esposizione del lavoratore a rischi elevati», ponendo dunque in non cale elementi invece valorizzabili nella prospettiva della verifica della concreta offensività della condotta omissiva tenuta dall'imputato⁵⁸ (ma, sui reati omissivi propri, vd. *infra*)⁵⁹.

Per quanto concerne poi le fattispecie di pericolo *presunto*⁶⁰ quali, ad esempio, secondo l'accezione comune, la falsa testimonianza (art. 372 c.p.) e l'incendio di cui all'art. 423 comma 1 c.p., alcune pronunce hanno ribadito la necessità di una verifica anche in questo ambito della pericolosità in concreto della condotta contestata rispetto all'interesse tutelato dalla singola norma in-

luzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli, vol. I, Milano, 1991, 162-170.

⁵⁶ Nei quali il pericolo secondo il legislatore è insito nella condotta, essendo impossibile o particolarmente difficoltosa in concreto la valutazione del rischio dell'avveramento di eventi lesivi, tanto che il giudice dovrebbe limitarsi a constatare la conformità della condotta al tipo-legale.

⁵⁷ Cass., Sez. III, 4 novembre 2011, n. 439 in *Dejure*. Sull'argomento vd. STEA, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, in *Riv. Dir. Alim.*, 2018, n. 2, 42 ss.

⁵⁸ Cass., Sez. III, 11 maggio 2018, n. 30918, in *Dejure*. In argomento vd. MUSCATIELLO, *La tutela altrove. Saggio sulla tutela dell'homo faber nel codice penale*, Torino, 2004, 121 ss.

⁵⁹ Questa stessa posizione è stata assunta dalla Corte anche in riferimento ad ipotesi che sanzionano la mera violazione di una prerogativa funzionale della P.A. Cfr. Cass., Sez. V, 17 aprile 2018, n. 21927, in *Dejure* intervenuta sulla fattispecie di esercizio non autorizzato dell'attività di intermediazione finanziaria di cui all'art. 132 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, e con la quale la Cassazione ha rimarcato l'irrelevanza di qualsivoglia deduzione difensiva relativa all'insussistenza di un pregiudizio economico per la collettività. Sul tema, diffusamente, M. MANTOVANI, *L'esercizio di attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003. Vd. inoltre ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 374 ss; DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli, 1999, 89.

⁶⁰ Per le quali la valutazione della sussistenza del pericolo, pur essendo possibile, sarebbe preclusa da presunzioni *iuris et de iure*.

criminatrice (buon andamento della funzione giudiziaria, ed incolumità pubblica, per quanto concerne le ipotesi menzionate)⁶¹.

Di contro rispetto ad alcune altre ipotesi della stessa natura (perlomeno secondo alcuni interpreti) che attengono alla mera violazione di un obbligo di autorizzazione preventiva che debba promanare dalla P.A., come ad esempio alcune fattispecie in materia di edilizia e di tutela del paesaggio⁶², la Corte ha - in numerose occasioni - affermato che la responsabilità penale scatterebbe alla mera inosservanza del precetto, trattandosi di una sorta di “offensività *in re ipsa*”.

Sicché, in definitiva, si è dinnanzi a orientamenti che sembrerebbero tendere timidamente ad una progressiva riconduzione di tutte le fattispecie previste dal sistema nelle sole due macrocategorie di reati di danno e di pericolo concreto, ma non senza tentennamenti ed eccezioni⁶³.

⁶¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 4 maggio 2018, n. 38529, in *Dejure*, che ha affermato che la falsa testimonianza non si integra nell'ipotesi in cui la narrazione infedele riguarda fatti o circostanze non rilevanti ai fini del giudizio nel corso del quale la deposizione è assunta. Sul tema, anche per un'ampia casistica giurisprudenziale, vd. PECCIOLI, *I delitti di falsa dichiarazione nel processo*, in P. Pisa (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, in Trattato di Diritto penale diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Parte speciale, vol. VII, Milano, 2009, 134-137; vd. anche D'ASCOLA, *I reati contro l'amministrazione della giustizia*, in Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, op. cit., 695 ss. Cfr. anche Cass., Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 14263, in *Dejure*, che ha rimarcato che la condotta tipizzata dall'art. 423 comma 1 c.p. sia rappresentata dalla provocazione di un incendio, e quindi di un fuoco di tale entità e vastità da risultare concretamente idoneo a porre in pericolo l'incolumità pubblica.

⁶² Cfr. Cass., Sez. III, 2 ottobre 2018, n. 54692, in *Dejure* che in ordine alla figura di cui all'art. 181 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ha affermato l'irrilevanza di qualsivoglia accertamento volto a verificare l'effettiva ed apprezzabile lesione del territorio o del paesaggio eventualmente arrecata da opere realizzate in assenza dei prescritti titoli abilitativi. Su questi temi vd. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, 165 ss.

⁶³ È il tema ricorrente nei c.d. “reati di scopo” o “senza offesa”, in ragione dell'eccessiva anticipazione dell'intervento penale o dell'insussistenza radicale di un bene giuridico da tutelare (vd. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 208), quali i “reati di sospetto” (vd. sull'art. 707 c.p. in tema di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli Cass., Sez. II, 3 novembre 2016, n. 52523, in *Dejure*, con la quale la Corte ha confermato la sentenza di condanna nei confronti di un imputato che trovandosi nelle condizioni soggettive previste dalla norma, colto in possesso di strumenti quali cacciavite e martello, aveva riferito di detenerli per la propria attività hobbistica, consistente in piccoli lavori di carrozzeria), ed i “reati ostativi” (per questa definizione vd. DE SIMONE, *Attori del conflitto*, in Canestrari - Cornacchia - De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 327) o *délits obstacles* (vd. Cass., Sez. II, 5 dicembre 2017, n. 39752, in *Dejure*, che ha affermato che il reato di cui all'art. 2 comma 3 della l. 18 aprile 1975, n. 110 in tema di armi si applicherebbe anche al porto di una pistola lanciarazzi seppur in difetto di alcuni componenti necessari al suo funzionamento). A tale ultimo riguardo si possono inoltre segnalare i severi orientamenti della suprema Corte in ordine alla configurabilità dei reati associativi, ed in particolare quelli disciplinati dagli artt. 416 e 416-bis c.p., pur a fronte di organizzazioni assai “rudimentali” ed in difetto di una concreta valutazione dell'idoneità della struttura a realizzare il programma criminoso (vd. ad esempio Cass., Sez. II, 12 novembre 2013, n. 7491, in *Dejure*).

Se tale operazione ermeneutica sembra rivelarsi allora frutto di una lettura orientata al rispetto del principio di offensività, non di meno – al di là della frizione con il principio di legalità che deriva dalla trasfigurazione di fattispecie “disegnate” con una diversa *ratio* dal legislatore – si è al cospetto di orientamenti non univoci della suprema Corte, e che quindi generano enorme incertezza in sede esegetico-applicativa.

Inoltre, il principio espresso in talune decisioni dalla Cassazione secondo il quale nei reati di pericolo astratto e presunto la prova dell’insussistenza di un effettivo pericolo per il bene giuridico, dalla quale dipenderebbe l’irrelevanza del fatto, sarebbe a carico della difesa dell’imputato⁶⁴ risulta assai poco condivisibile, specie nell’ottica di quanto dispone l’art. 27 comma 2 c.p. in ordine alla presunzione d’innocenza.

5.2. Per quanto concerne *il tentativo*, è ben noto che gli elementi dell’idoneità e dell’univocità degli atti richiamati nell’art. 56 c.p. costituiscono il nodo interpretativo dal quale dipende l’individuazione del confine tra lecito e illecito, e che rispetto ad essi si confrontano ancora un approccio giurisprudenziale “soggettivistico” (che importa la dilatazione dell’area del penalmente rilevante) ed uno “oggettivistico” (che ne importa la restrizione, e che è certamente maggiormente in linea con il principio di offensività).

Pur non potendosi allora affrontare in questa sede la complessa problematica della “soglia di punibilità” del delitto tentato, occorre rimarcare nella prospettiva oggetto del presente studio che in molte occasioni la suprema Corte ha assunto, nel contesto di episodi di particolare allarme sociale, una posizione molto rigida, giungendo ad abbracciare delle soluzioni in forte tensione col principio in disamina; valga considerare, ad esempio, che la Cassazione in un caso ha affermato la responsabilità per il delitto di tentato omicidio di alcuni soggetti, appartenenti a consorterie criminali, che dotandosi di armi da fuoco si erano posizionati al fine di tendere un agguato ad un rivale, procurandosi anche un’autovettura al fine di trasportare il cadavere altrove, dopo la programmata uccisione.

Sulla tensione di tali orientamenti con il principio di offensività vd. INSOLERA, *I delitti associativi*, in Insolera - Guerini, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, 57; VISCONTI - MERENDA, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell’art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, 24 gennaio 2019, in www.penalecontemporaneo.it; E. BASILE, *Gli incerti confini dell’associazione per delinquere nel contesto della criminalità d’impresa*, in *Giur. Comm.*, 2014, 511 ss; per un’analisi delle problematiche relative al rapporto tra tipizzazione e offensività nelle fattispecie associative vd. anche DI MARTINO, *Tipicità di contesto*, in *Arch. Pen.*, 2018, 54-58).

⁶⁴ Cfr. Cass., Sez. IV, 17 dicembre 2015, n. 2548, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5254, in *Dejure*; Cass., Sez. V, 17 settembre 2015, n. 3977, in *Dejure*.

Tuttavia i *killer* si erano accordati preventivamente nel senso di astenersi dall'azione omicidiaria laddove la vittima si fosse presentata in compagnia di terzi, autoimponendosi dunque una clausola di risoluzione dell'accordo delinquenziale; inoltre tale articolato piano criminoso era stato scoperto dall'autorità giudiziaria, in tutti i suoi dettagli, attraverso attività di intercettazione telefonica. Sicché, la vittima predesignata, preavvertita dalle forze di Polizia con un largo anticipo, non si presentò affatto sul luogo dell'agguato, e gli attentatori si determinarono alla fine ad allontanarsene senza esplodere neppure un colpo, avvedutisi della presenza *in loco* di imponenti forze dell'ordine, intervenute anche attraverso un elicottero⁶⁵.

5.3. Altro ambito in cui deve essere monitorata la penetrazione del principio di offensività è poi quello dei *reati a dolo specifico*, tra i quali assumono rilievo, anche statistico, quelli di furto, rapina, appropriazione indebita e ricettazione.

Quanto al furto (art. 624 c.p.) si può notare che la giurisprudenza più recente ha affermato, ad esempio, il difetto di tipicità/offensività in casi di furto: di un vecchio ed arrugginito cartello di segnaletica stradale, già sostituito dalla P.A., in carenza di prova da parte dell'accusa della rilevanza storica o artistica del bene⁶⁶; di alcuni modici quantitativi di carburante, prelevati abusivamente da una pompa di benzina⁶⁷; di una modesta quantità di legname di proprietà di un ente locale del valore commerciale di pochi euro⁶⁸. Il tutto superando progressivamente alcune precedenti posizioni, ben più severe⁶⁹.

Si tratta di orientamenti di notevole apertura alla valorizzazione del principio di offensività che però non si registrano per le altre fattispecie; se infatti in or-

⁶⁵ È la sentenza Cass., Sez. I, 6 marzo 2007, n. 22722, in *Dejure*. Su questi temi vd. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 951 ss; LO MONTE, *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2013, 82 ss; PALAZZO, *Il tentativo. Un problema ancora aperto?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 38 ss; GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità nel tentativo*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3363 ss. Per quanto riguarda le problematiche sul terreno dell'offensività relative alle fattispecie di attentato vd. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, 689 ss; tra i contributi più recenti RIVERDITI, *Manuale teorico-pratico di diritto penale. Parte generale e speciale*, Vicenza, 2018, 328 ss.

⁶⁶ Cass., Sez. IV, 2 febbraio 2017, n. 23032, in *Arch. Giur. Circ. Sin.*, nn. 7-8/2017, 614.

⁶⁷ Cass., Sez. IV, 28 settembre 2018, n. 46437, in *Dejure*.

⁶⁸ Cass., Sez. V, 19 dicembre 2018, n. 4011, in *Dejure*.

⁶⁹ Vd. Cass., Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 7451, in *Dejure*, che aveva affermato la rilevanza del furto di due lattine di birra in un supermercato; Cass., Sez. V, 14 ottobre 2008, n. 43407, in *Dejure*, che aveva riconosciuto la responsabilità dell'imputato per il furto di un attrezzo di lavoro di scarso valore (una "mazzola") e di una confezione di latte. Si tratta di condotte che, perlomeno *ex se*, denotano infatti uno scarso disvalore; e ciò se sganciate da un contesto di abitualità. Ma sul sull'argomento si tornerà allorché si tratterà dell'istituto disciplinato dall'art. 131-bis c.p.

dine alla rapina (art. 628 c.p.), la Cassazione, prendendo le mosse dalla natura plurioffensiva della fattispecie, e del disvalore insito nelle condotte tipiche di minaccia/violenza, generalmente tende a ritenere irrilevante nella prospettiva della configurabilità del delitto il tenue valore del bene oggetto di sottrazione⁷⁰, analoghe posizioni intransigenti si registrano anche in ordine a reati di minor gravità, quali l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.)⁷¹ e la ricettazione (art. 648 c.p.)⁷².

5.4. In tema di *reati omissivi propri*, di contro, gli orientamenti della giurisprudenza si rivelano molto più uniformi, e mostrano la refrattarietà di molte fattispecie incriminatrici ad una interpretazione fondata su una reale verifica del requisito dell'offensività: così, ad esempio, nell'omissione d'atti d'ufficio (art. 328 c.p.), ove la Cassazione ritiene irrilevante il fatto che la condotta non abbia provocato alcun danno per l'Amministrazione o per il cittadino⁷³; nell'omissione di referto (art. 365 c.p.) atteso che si ritiene il reato configurato ogniqualvolta il medico non abbia piena certezza dell'insussistenza di fattispecie delittuose perseguibili d'ufficio⁷⁴; nell'omissione di soccorso (593 c.p.), che per la Corte di legittimità si configura anche laddove venga accertato che la condotta doverosa ed omessa non avrebbe consentito il salvataggio, riconoscendosi l'esenzione dall'obbligo solo nel caso in cui il soggetto "vulnerabile" fosse addirittura già morto⁷⁵.

5.5. Problemi relativi al rispetto del principio di offensività si pongono poi, notoriamente, anche rispetto alla dinamica del concorso di persone nel reato, e della cooperazione colposa, ove pure si confrontano senza sosta imposta-

⁷⁰ Cfr. Cass., Sez. II, 27 ottobre 2017, n. 53587, in *Dejure*, in relazione alla contestazione di sottrazione violenta di due sgabelli ubicati in un magazzino, ove la Corte ha affermato l'irrelevanza della deduzione dell'imputato con la quale era stato segnalato lo scarso valore della *res*.

⁷¹ Cfr. Cass., Sez. II, 9 novembre 2012, n. 46629, in *Dejure*, in merito all'appropriazione indebita di tre paia di ciabattine da mare per bambini di valore irrisorio.

⁷² Cfr. Cass., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28689, in *Dejure*, relativamente alla ricettazione di un'autoradio di scarso valore commerciale, per la quale è stata addirittura esclusa anche la configurabilità dell'ipotesi attenuata di cui all'art. 648 comma 3 c.p. Sulle problematiche relazioni tra i reati di dolo specifico e principi costituzionali vd. anche MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, Torino, 2013, 162-168. Per analoghe questioni relative del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte di cui all'art. 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 vd. A. PERINI, *Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte: reato di pericolo e limiti costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1190 ss; A. LANZI - ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Milano, 2017, 5-37; MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in Trattato di diritto penale diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Parte speciale, vol. XVII, Milano, 2010, 566-567. In relazione alla corruzione in atti giudiziari vd. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino, 2017, 182 ss.

⁷³ Cfr. Cass., Sez. VI, 7 aprile 2008, n. 20056, in *Dejure*.

⁷⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2013, n. 51780, in *Dejure*.

⁷⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 13 febbraio 2013, n. 18840, in *Dejure*.

zioni giurisprudenziali “soggettivistiche” ed “oggettivistiche”; si è dinanzi allora a temi di tale vastità da non consentire in questa sede un’analisi specifica. Non di meno si può rilevare che il paradigma dell’offensività, come criterio-guida di carattere ermeneutico, potrebbe certamente guadagnare ulteriori e significativi spazi anche in questi ambiti, consentendo la ricostruzione costituzionalmente orientata del nucleo contenutistico anche di tali istituti di parte generale⁷⁶.

5.6. Come dimostrato anche dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 364/1988 cit. la capacità espansiva del principio di offensività, e la sua potenzialità di innervare l’intero sistema penalistico, è tale da determinare un intreccio con altri principi cardine dell’ordinamento, tra i quali quello di colpevolezza; in questa prospettiva non può stupire dunque che un argomento quale quello dei criteri di accertamento del nesso eziologico, a ben vedere, possa essere analizzato nella prospettiva di entrambi i paradigmi costituzionali⁷⁷.

Pur non essendo questa la sede per affrontare il tema dei criteri ascrittivi della responsabilità nei reati d’evento, si può aggiungere allora che l’ancoraggio dell’accertamento della causalità materiale al meccanismo della *conditio sine qua non* guidato dalla sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, secondo lo schema ormai generalmente accolto dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite “Franzese”⁷⁸, consente di evitare forme di attri-

⁷⁶ Su questi temi, per quanto riguarda la cooperazione colposa ex art. 113 c.p., vd. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 376-377; nella prospettiva della responsabilità medica vd. MASSARO, *Principio di affidamento e obbligo di vigilanza sull’operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. Pen.*, 2011, 3857 ss. Per quanto concerne il concorso ex art. 110 c.p., nella sterminata letteratura, vd. MASULLO, *In tema di condivisione dei luoghi di detenzione della sostanza stupefacente e partecipazione nell’altrui reato*, in *Cass. Pen.*, 2015, 3078 ss; ARGIRÒ, *La responsabilità dei capi-clan per i reati-fine commessi dagli associati: tra regole d’esperienza e criteri di imputazione oggettiva*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1189 ss; diffusamente RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007; GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997; INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986; MONACO, *La riforma dell’art. 110 del Codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in Vassalli (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, 120 ss.

⁷⁷ In questo senso vd. CARUSO, *La c.d. causalità della colpa nel prisma dell’offensività del torto penale*, in Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 229 ss.

⁷⁸ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, n. 30328, in *Foro italiano*, 2002, 601 ss, con nota di DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite, ibidem*, 608 ss. Su questi temi vd. D’ALESSANDRO, *La Cassazione sul caso Cucchi: ancora un discostamento dalla sentenza Franzese per malintesi fini di giustizia sostanziale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 301 ss; F. CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della Quarta Sezione della suprema Corte di cassazione, ibidem*, 2133 ss; LONGOBARDO, *Sui rapporti tra causalità e responsabilità obiettiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 649 ss. Nella prospettiva della responsabilità medica vd. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 84 ss; ROIATI,

buzione della responsabilità penale in contrasto col principio di personalità (quale declinazione del più generale principio di colpevolezza), ma nel contempo di assicurare che la risposta punitiva promani da una valutazione effettiva della portata lesiva della condotta rispetto al bene giuridico tutelato, anziché dal disvalore ad essa assegnato su pura base soggettiva, che ancora oggi assume un peso prevalente in alcuni pronunciamenti giurisprudenziali⁷⁹.

5.7. Gli istituti e le figure criminose sopra descritti hanno formato oggetto in molti casi di interpretazioni giurisprudenziali ispirate al garantismo, che hanno preso in considerazione il ruolo centrale ormai assunto dal principio di offensività nell'ambito del sistema penale; si è tuttavia al cospetto di orientamenti evidentemente non univoci, e di un principio generale che non si è chiaramente irradiato uniformemente sulla *matière pénale*.

Come subito appresso si dirà, inoltre, anche il legislatore – a fronte dei limiti al potere di controllo di legittimità da parte della Consulta – negli ultimi tempi ha assunto delle posizioni particolarmente ondivaghe, introducendo *in taluni casi* norme che esaltano il principio in disamina, *in altri* ancora disposizioni, dal puro sapore simbolico-espressivo, che se ne discostano in maniera evidente.

6. *Il ruolo sistemico dell'art. 131-bis c.p.* 6.1. L'introduzione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.⁸⁰ ha destato un vivo interesse da parte della dottrina⁸¹; si tratta di un istituto che trova applicazione per reati con pe-

L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità penale medica, in *Cass. Pen.*, 2006, 2158 ss; DI LANDRO, *L'accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni Unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico legale*, in *Ind. Pen.*, 2005, 101 ss. Per i rapporti tra accertamento del nesso eziologico e principio di offensività vd. anche, diffusamente, CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013.

⁷⁹ Sul tema vd. MANCA, *“Molta colpa + poca causalità = condanna”*. *Crepuscolo di un “culto misterico” coltivato nell'ombra delle camere di consiglio*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2015, 1205 ss; DE LIA, *Dal nesso di causalità a quello di “casualità” attraverso le solite formule magiche*, in *Giust. Pen.*, 2017, II, 580 ss.

⁸⁰ Sul tema GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, 6 ss.

⁸¹ Sul tema vd. NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 160 ss; CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo art. 131-bis c.p.*, in *Trattato di Diritto penale diretto da Cadoppi - Canestrari - Manna - Papa, Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, 111 ss; MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, 20 dicembre 2015, in www.archiviopenale.it; AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p.*, in *Studium Iuris*, 2015, 968 ss; POMANTI, *La particolare tenuità del fatto*, 30 agosto 2015, in www.archiviopenale.it; V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto*, in *Diritti &*

na edittale non superiore a 5 anni di reclusione, laddove si tratti di fatti di scarsa offensività non connotati dal carattere dell'abitudine, e non ricorrano ulteriori condizioni preclusive previste dal legislatore.

Come evidenziato nei lavori preparatori (cfr. Relazione ministeriale allo schema del decreto legislativo), la disposizione è destinata ad operare solo nel caso in cui si tratti di un fatto non inoffensivo, atteso che in quest'ultimo caso si tratterebbe di condotte prive di tipicità, e quindi già rientranti nell'alveo dell'art. 49 comma 2 c.p.⁸²

In quest'ottica, dunque, si può rilevare che il legislatore abbia confermato la portata generale della disposizione da ultimo indicata e abbia inteso disciplinare con il nuovo istituto una vasta "area grigia" al fine di evitare, nella logica della sussidiarietà, che il magistero penale debba intervenire rispetto a fatti tutto sommato bagatellari che, al più, possono essere regolati attraverso strumenti previsti da altri rami dell'ordinamento, ed in particolare dal diritto civile.

Tale disposizione si è dunque affiancata ad altri istituti preesistenti che hanno a base l'irrelevanza/inoffensività del fatto, ed in particolare quello contemplato dal rito minorile (art. 27 d.P.R. 22.9.1988, n. 448) e quello previsto per il processo davanti al giudice di pace (art. 34 d.lgs. 28.8.2000, n. 274), che hanno condizioni operative assai diverse.

L'art. 131-*bis* c.p. ha generato subito molti dubbi interpretativi, che hanno impegnato in molte occasioni la Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, che ha espresso delle soluzioni non universalmente condivise dalla dottrina. Più in particolare la Cassazione ha affermato: a) l'applicabilità dell'istituto ai reati che sanzionano la violazione di prerogative funzionali della P.A.⁸³, ed anche per fattispecie che prevedano delle "soglie di punibilità"⁸⁴; b) l'esclusione dell'operatività della disposizione per reati di competenza del giudice di pace⁸⁵.

Ma, indipendentemente da ciò, il nuovo art. 131-*bis* c.p. sta ottenendo una larga applicazione pratica, e sembra costituire uno dei più importanti mezzi per consentire, a fronte di un sistema indubbiamente ipertrofico, un'effettiva

Giurisprudenza, 2015, 24.

⁸² Vd. BORSARI, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, 15 marzo 2016, in www.lalegislazionepenale.it.

⁸³ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Arch. Giur. Circ.*, 2016, 374 ss.

⁸⁴ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13682, in *Riv. Pen.*, 2016, 753 ss. Per un commento vd. CATERINI, *Inoffensività e tenuità del fatto nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2017, 624 ss.

⁸⁵ Cass., Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 53683, in *Dejure*.

deflazione giudiziaria, e l'auspicabile riassegnazione al diritto penale dell'autorità che può derivare solo dal rispetto della logica della sussidiarietà; si è allora dinnanzi ad uno dei più apprezzabili effetti dell'applicazione da parte del legislatore del principio di offensività.

6.2. Analoghe considerazioni possono poi essere sviluppate circa l'introduzione dell'art. 162-ter c.p. (l. 23 giugno 2017, n. 103); tale disposizione, come noto, prevede infatti una nuova causa di estinzione del reato per l'effetto di condotte riparatorie *post-delictum* che si applica, in relazione a reati procedibili a querela rimettibile, laddove l'imputato - prima dell'apertura del dibattimento - abbia riparato integralmente il danno prodotto dal reato mediante risarcimento e restituzioni⁸⁶.

Sebbene allora la dottrina abbia mosso diverse critiche anche in relazione a tale ultimo istituto, segnalandone tra l'altro il distacco rispetto alle logiche della "giustizia riparativa"⁸⁷ e lo sbilanciamento verso finalità deflative⁸⁸, in questa sede preme rimarcare solo che *tanto* la causa di non punibilità disciplinata dall'art. 131-bis c.p. *quanto* la nuova figura estintiva di cui all'art. 162-ter c.p. mostrano una certa sensibilità del legislatore rispetto al principio di offensività⁸⁹; ciò nonostante si tratta di soluzioni che si pongono in netto contrasto con alcuni recenti interventi normativi, sui quali appare ora opportuno soffermarsi brevemente.

7. *Segue. Il principio di offensività nella prospettiva di alcune recenti (e discutibili) scelte del legislatore in materia penale.* Il legislatore, anche alla luce della posizione assunta dalla Consulta, raramente interviene per "sfrondare" il sistema, abrogando fattispecie "critiche", al fine di conformarlo all'idea dell'*extrema ratio*⁹⁰; ed anzi gli istituti richiamati nel paragrafo precedente, in

⁸⁶ Anche in questo caso si tratta di un istituto che opera sulla base di un meccanismo già in precedenza sperimentato dal legislatore in specifici settori, come ad esempio in materia di tributi.

⁸⁷ Su questo concetto vd. MANNOZZI - LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; in precedenza FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999. Per profili di comparazione vd. SUMMERER, "Diversión" e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento in Austria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 143 ss.

⁸⁸ Sul tema vd. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, 13 novembre 2017, in www.lalegislazionepenale.eu; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1274 ss.

⁸⁹ Sotto alcuni aspetti tale considerazione può essere estesa anche all'art. 168-bis c.p. (introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67) in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne, che pure contempla condotte riparatorie volte alla rimozione dell'offesa provocata dall'illecito.

⁹⁰ Su questo tema, e sulla funzione "costitutiva" dell'illecito vd. anche LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006, 174 ss. Sul principio dell'*extrema ratio* vd. inoltre MARRA, *Il*

definitiva, affidano il perseguimento di tale ultimo obiettivo sostanzialmente alla magistratura.

Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, con il quale è stato varato il microsistema del “diritto punitivo civile”, attraverso la degradazione di illeciti penali caratterizzati da microconflittualità tra soggetti privati (si tratta dei delitti di atti osceni in luogo pubblico, ingiuria, sottrazione di cose comuni, danneggiamento di cui all’art. 635 comma 1 c.p., alcune fattispecie di falso) rappresenta dunque una vera e propria eccezione alla regola⁹¹.

All’immobilismo del Parlamento rispetto a fattispecie dall’offensività obiettivamente evanescente si affiancano poi delle iniziative che, nella prospettiva del principio in disamina, appaiono altrettanto discutibili; valga in proposito, solo per prospettare alcuni esempi, la recente modifica della cornice edittale dell’art. 646 c.p. in tema di appropriazione indebita che con la l. n. 1 lett. u) l. 16 gennaio 2019, n. 3 (c.d. “legge spazzacorrotti”) è stata elevata prevedendo ora la reclusione da due a cinque anni, oltre la multa.

Allo stato, dunque, l’appropriazione indebita prevede un trattamento sanzionatorio più elevato di quello sancito dall’art. 624 c.p. per il furto semplice, con la conseguenza che il legislatore, in maniera del tutto irrazionale, ha provocato un’alterazione di un equilibrio *tanto* tradizionale *quanto* necessario tra le fattispecie in esame, giustificato dal maggior disvalore sociale della condotta descritta dalla disposizione da ultimo citata, e quindi da profili attinenti all’offensività del fatto. Il tutto esponendo dunque l’art. 646 c.p. a possibili censure sotto il profilo della legittimità costituzionale (secondo i parametri di ragionevolezza, offensività e proporzionalità).

Sul tema si può inoltre segnalare il recente intervento operato con il c.d. “decreto sicurezza” (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. l. 1 dicembre 2018, n. 132) che ha innovato il sistema penale - tra l’altro - (re)introducendo la fattispecie contravvenzionale di cui al nuovo art. 669-*bis* c.p. in tema di esercizio molesto dell’acquattonaggio; modificando l’art. 7 comma 15-*bis* del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e quindi varando la fattispecie contravvenzionale dell’esercizio

paradosso della legalità nella modernità penalistica, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 725 ss.

⁹¹ Su questi temi vd. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma*, in *questa Rivista*, 2014, 417 ss; SERENI, *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica*, in *Riv. Dir. Pen. Econ.*, 2015, 557 ss; LOSAPPIO, *Riflessioni critiche sul preteso effetto abrogativo della delega di penalizzazione specifica*, 24 febbraio 2016, in www.penalecontemporaneo.it; BOTTALICO, *Il falso in assegno bancario non trasferibile tra tipicità e offensività dell’art. 491 c.p.*, in *Giur. It.*, 2019, 413 ss; PETRINI, *L’onore come bene giuridico*, in Pettrini - Pacileo, *Reati contro la persona*, Tomo II, *Contro l’onore e la reputazione*, in Trattato di diritto penale diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, Parte speciale, Milano, 2016, 5-9.

abusivo dell'attività di parcheggiatore o guardiamacchine; (re)introducendo il reato di "blocco stradale" (con la modifica dell'art. 1 comma 1 del d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 66) che non risulta "agganciato" alla sussistenza di un reale rischio per la sicurezza della circolazione.

Pur non essendo questa la sede per affrontare l'analisi di tali figure criminose, si può senza dubbio rilevare che, ancora una volta, il legislatore al fine di tutelare l'impalpabile bene giuridico della "tranquillità pubblica" abbia fatto ricorso allo strumentario penale per colpire "autori" ("nemici" della società in quanto soggetti devianti da *standard* desiderabili) piuttosto che "fatti"⁹²; come si dirà nel prossimo paragrafo, peraltro, profili di criticità nella prospettiva del principio di offensività si pongono anche rispetto ad alcune scelte operate nel tempo dal Parlamento al fine di adeguare il sistema interno alle "indicazioni" provenienti dall'Europa.

8. *Il paradigma dell'offensività in Europa.* 8.1. Nella prospettiva del diritto dell'Unione europea il principio di offensività, così come quello di colpevolezza, non trova un esplicito riconoscimento nei Trattati, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. "Carta di Nizza") e nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)⁹³.

Per di più, l'art. 49 della Carta di Nizza e l'art. 7 CEDU, esprimendo il principio di legalità, rispetto all'art. 25 Cost. (dal quale è ricavabile implicitamente, nei termini anzidetti, il principio di offensività) fanno riferimento all'azione e all'omissione anziché al "fatto", e quindi a concetti certamente meno evocativi dell'offensività della condotta⁹⁴.

Se poi si guarda alla tradizione giuridica degli Stati membri sembra potersi affermare che il principio di offensività, quale espressione dei limiti dello *jus puniendi* e quindi come diritto/garanzia dell'individuo meritevole di tutela rispetto all'arbitrio sanzionatorio, possa essere considerato assunto a principio generale dell'Unione sulla base dell'art. 6 § 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE) al più in un'accezione "debole"⁹⁵.

⁹² Su questi temi vd. *amplius* RISCATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 15 ss; CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano"*, 21 gennaio 2019, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹³ Cfr. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1724 ss.

⁹⁴ Vd. MASARONE, *Il diritto penale europeo al vaglio dell'offensività, fondamento ed esiti*, 21 marzo 2019, in www.archiviopenale.it.

⁹⁵ In Germania, ad esempio, il principio di offensività secondo alcuni è ricavabile dalla legge fonamen-

tale del 23 maggio 1949 (*Grundgesetz*), ed in particolare dai §§ 1 sulla dignità umana e 103 (2) sul principio di legalità, che richiama (come l'art. 25 Cost. italiana) la nozione di "fatto" (*Tat*). In ogni caso il *Bundesverfassungsgericht* in più occasioni ha rimarcato l'incensurabilità delle scelte di criminalizzazione del legislatore se non nel caso dell'assoluta irrazionalità (cfr. sentenza BVerfG, 17 gennaio 1979, 1 BvR 25/77, sul reato di violazione dell'obbligo di prestare alimenti di cui al § 170b dello *Strafgesetzbuch*; BVerfG, 28 maggio 1993, 2 BvR 2/90 sul tema dell'aborto). Molto noto è poi il caso "Stübing", deciso dalla Corte tedesca con la sentenza BVerfG, 26 febbraio 2008, 2 BvR 392/07, relativo all'incesto tra fratelli (punito dal § 173 n. 2 ultimo periodo *StGB*); nell'occasione la Corte ha rimarcato il ruolo del diritto penale nell'ordinamento, in termini di *extrema ratio*. Il tutto ribadendo però che le questioni di costituzionalità potrebbero essere accolte solo in ordine a scelte legislative del tutto irrazionali, attesa l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore nelle opzioni d'incriminazione (su questi temi, con ampia casistica giurisprudenziale e con numerosi riferimenti bibliografici vd. GÄRDITZ, *Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz*, in *JuristenZeitung*, 2016, 641 ss). Quanto alla legge ordinaria, con particolare riferimento al codice del 1975, il sistema tedesco ha una matrice spiccatamente soggettivistica (PALAZZO - PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 83), come attesta ad esempio la disciplina del tentativo (cfr. § 23 *StGB* in base al quale il tentativo "può" essere punito meno gravemente del reato consumato, ed il tentativo impossibile "può" condurre il giudice a non infliggere la pena), e la diffusione dei c.d. "*Verhaltensdelikte*" (reati di comportamento, senza effettivo bene giuridico). Non mancano tuttavia disposizioni che valorizzano in qualche misura il principio di offensività. È il caso del § 153 *Strafprozeßordnung*, il codice di procedura penale, che disciplina l'archiviazione (*Einstellung*) per particolare tenuità del fatto [*Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit*]. Sul punto si veda anche JESCHECK, *Introduzione*, in De Simone - Foffani - Fornasari - Sforzi (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 1994, 9]. Sicché, di fronte a tale complesso quadro, mentre alcuni studiosi hanno sottolineato un certo "ritardo" della dottrina tedesca rispetto al dibattito che si è sviluppato in seno alla scienza penalistica italiana (vd. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, op. cit., 21), altri hanno segnalato le «aporie che accompagnano l'utilizzo del bene giuridico» come parametro nel sistema giuridico d'oltralpe (MANES, *Il principio di offensività*, op. cit., 12). Su questi temi, e sulla limitata capacità del principio di offensività di fungere da reale argine alle iniziative legislative in ambito penale, vd. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, Padova, 2013, 379 ss. Anche in Spagna il principio di offensività non è esplicitamente menzionato nella Carta costituzionale del 1978, anche se viene comunemente desunto da diverse disposizioni, tra le quali l'art. 1 che stabilisce lo "Stato di diritto" [tra i contributi dottrinali più recenti vd. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia (debilitada)*, in *Foro FICP*, 2018, n. 3, 8 ss]. Al riguardo il *Tribunal Constitucional* ha in più occasioni rilevato che il sacrificio della libertà dell'individuo attraverso l'applicazione della norma penale è legittimo costituzionalmente laddove la norma incriminatrice sia finalizzata alla tutela, diretta o *indiretta*, di beni giuridici di rilievo costituzionale o comunque riconosciuti come rilevanti dalla collettività. Il tutto rimarcando chiaramente che tale requisito costituisca un *prius* logico-giuridico rispetto alla valutazione di proporzionalità della sanzione astrattamente prevista dalla fattispecie incriminatrice (cfr. STC, 20 luglio 1999, n. 136; STC, 24 febbraio 2004, n. 24). È chiaro tuttavia che anche nel sistema spagnolo si possa carpire l'incapacità del bene giuridico ad assumere una effettiva capacità limitativa dell'intervento del legislatore in materia penale; tant'è che si possono rintracciare in quel sistema molte ipotesi criminose in tensione con il principio di offensività, tra le quali diverse figure di pericolo astratto (sul punto vd. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte general*, Madrid, 1996, 82; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, Barcellona, 2010, 150; GARCIA - DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*, vol. I, Madrid, 2012, 538 ss; BAGES SANTACANA, *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*, Valencia, 2018), e si assiste ad un progressivo ingrossamento degli strumenti di tutela anticipata dell'ordine pubblico (il riferimento è alla *Ley Organica* 30 marzo 2015, n. 3 sulla protezione della sicurezza cittadina, c.d. "*Ley mordaza*", cioè "legge museruola"). In Francia il principio di offensività è sostanzialmente espresso a livello Costituzionale; la

Per quanto concerne poi le fonti di diritto derivato, il quadro mostra un'ampia apertura, oltre che al concetto di "obbligo di criminalizzazione" rispetto a beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela⁹⁶, a strumenti di protezione particolarmente anticipata, che talora riguardano per il vero condotte dalla portata offensiva assai discutibile; si pensi solo per proporre qualche esempio: - alla Decisione-quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, che ha poi determinato (cfr. art. 1 lett. b) n. iii) l'introduzione in Italia della discussa figura della pedopornografia "virtuale" (art. 609-*quater*.1 c.p. introdotto con l. 6 febbraio 2006, n. 38)⁹⁷; - alla Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente (Dir. 2008/99/CE del 19 novembre 2008) - alla quale è seguita la l. 22 maggio 2015, n. 68 e l'introduzione del Titolo VI-*bis* c.p. in tema di "ecoreati"⁹⁸ - che seppur rife-

Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, richiamata dal Preambolo del 1946 e della Costituzione del 1958, afferma infatti che «la legge ha diritto di vietare solo le azioni *noctive* alla società» (art. 5), principio questo che si lega all'esplicita previsione dell'*extrema ratio* dell'intervento del legislatore in materia penale sancita dal successivo art. 8 («la legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie»). La dottrina francese tuttavia non ha sviluppato una vera e propria teoria del bene giuridico e sul principio in disamina, come emerge anche dall'esame della manualistica più diffusa. L'ordinamento prevede ipotesi che sostanziano *infraction formelle* [vd. ad es. l'art. 433-1 del *Code pénal* in tema di istigazione alla corruzione; nel *Code du travail* l'art. 4741-1 che sanziona la mera violazione di norme poste a tutela della sicurezza del lavoro, indipendentemente dalla realizzazione di un pericolo per l'integrità psicofisica dei lavoratori. Su questo tema vd. anche CASTRONUOVO, *Salute e sicurezza sul lavoro. Un breve studio di diritto penale comparato ed europeo*, in Foffani (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI Secolo*, Milano, 2006, 209 ss] e *infraction-obstacle* (ad es. la "*association de malfaiteurs*" disciplinata dall'art. 450-1 del *Code pénal*), che si contrappongono alle *infraction matérielle* (vd. MAYAUD, *Droit pénal général*, Parigi, 2018, 250-254). Accanto a queste categorie vi sono poi le c.d. *infactions de mise en danger de la personne*, che rappresentano fattispecie di pericolo (*CP* art. 223-1 ss. Sul tema vd. DESPORTES - LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Parigi, 2009, 421-422). Chiaro è che il dibattito, come già detto, risulti molto più povero di quello che si è sviluppato, sul tema, in Italia ed in Germania (come rimarcato, anche alla luce dell'esame della giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, da PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, Parigi, 2010, 155 ss). Peraltro in Francia, ove si susseguono negli ultimi tempi interventi del legislatore che rispondono alla *logique sécuritaire* (DREYER, *Droit pénal général*, Parigi, 2016, 49 ss), il tentativo (cfr. art. 121-4 *CP*) è punito con la stessa pena prevista per l'illecito consumato. Si tratta di una previsione che non potrebbe sopravvivere al giudizio di legittimità costituzionale della Consulta nella prospettiva dei principi di offensività-proporzionalità-ragionevolezza.

⁹⁶ Su questo tema vd. SICURELLA, *I vincoli sovranazionali di criminalizzazione*, in AA.VV. (con prefazione di Flora), *Riscrivere il codice penale*, Pisa, 2014, 37 ss; MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, *op. cit.*

⁹⁷ Sull'argomento vd. BERNARDI, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 557 ss; PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica tra le fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1099 ss.

⁹⁸ Su questi temi vd. anche CONSULICH, *Il giudice nel mosaico. La tutela dell'ambiente tra diritto dell'Unione e pena nazionale*, 27 luglio 2018, in www.la-legislazionepenale.eu; M. SCOLETTA, *Obblighi*

rendosi a macro-eventi lesivi, all'art. 4 imporrebbe obblighi di incriminazione anche di condotte di mera istigazione;

- alla Decisione-quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, che ha poi determinato il legislatore italiano ad introdurre le disposizioni in tema di “negazionismo”⁹⁹;
- alla Direttiva 2011/26/UE del 5 aprile 2011 sulla tratta degli esseri umani (che ha condotto all'introduzione dell'art. 603-*bis* c.p. in tema di caporalato, con la l. 13 agosto 2011, n. 138, ed ha influenzato la successiva modifica operata alla disposizione con la l. 29 ottobre 2016, n. 199)¹⁰⁰. Il tutto stabilendo obblighi di criminalizzazione di condotte di “sfruttamento” non ben definite, e quindi potenzialmente, in taluni casi, anche scarsamente offensive¹⁰¹;
- alle varie fonti che hanno condotto all'inserimento nel sistema interno del reato di “autoriciclaggio” di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p. (l. 15 dicembre 2014, n. 186), in ordine al quale si può dubitare di un'effettiva offensività in difetto di un apprezzabile impatto sul libero gioco del mercato e sulla concorrenza¹⁰²;
- alla Direttiva 2017/541/UE del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, che ha sostituito la precedente Decisione-quadro 2002/475/GAI, accentuando l'anticipazione della tutela ed i connotati soggettivistici di alcuni illeciti¹⁰³;
- alla Direttiva “PIF” (Dir. 2017/1371/UE del 5 luglio 2017, da recepirsi entro il 6 luglio 2019) per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione, per la quale gli Stati membri sarebbero obbligati (art. 5) a prevedere come reato l'istigazione (oltre al concorso) nella realizzazione di alcune condotte.

europei di criminalizzazione e responsabilità degli Enti per reati ambientali, in *Riv. Giur. Amb.*, 2012, 17 ss; VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2010, 449 ss.

⁹⁹ Su questi argomenti, anche per i riferimenti normativi, vd. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, 8 febbraio 2018, in www.lalegislazionepenale.eu; BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, *op. cit.* Sul tema del negazionismo, in precedenza, vd. anche LEOTTA, *Limiti penalistici alla libertà di espressione: il caso del negazionismo del genocidio armeno*, 1 maggio 2016, in www.archiviopenale.it.

¹⁰⁰ Vd. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti della nuova disciplina*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2018, 1759 ss; *ibidem*, 2018, 2055 ss.

¹⁰¹ Per i problemi relativi all'offensività delle condotte descritte dall'art. 603-*bis* c.p. vd. anche TORRE, *Agricoltura senza (il reato di) caporalato*, 16 dicembre 2017, in www.rivistacriticadeldiritto.it.

¹⁰² Su questo tema vd. F. BASILE, *L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al money-laundering e il nodo gordiano del concorso di persone*, in *Cass. Pen.*, 2017, 1277 ss.

¹⁰³ Vd. BERNARDI, *Lotta senza quartiere al terrorismo fondamentalista in Europa: riflessi sulla funzione della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1049 ss.

Sembra allora a questo punto opportuna, al fine di completare la disamina, una breve analisi anche della posizione assunta dalla giurisprudenza europea, a partire da quella della Corte di Strasburgo, per verificare in che maniera detto principio trovi applicazione in quella sede.

8.2. Quanto alla Corte EDU, si deve rilevare che la stessa ha affrontato in diverse occasioni questioni relative all'obbligo di criminalizzazione di condotte lesive di diritti fondamentali dell'individuo, o meglio delle obbligazioni "positive" degli Stati membri di protezione della sfera dei singoli cittadini e della collettività¹⁰⁴.

Valga in proposito segnalare l'ampia casistica che si è formata sulle violenze endofamiliari e di genere¹⁰⁵, rispetto alle quali la Corte *se da un lato* ha affermato che la CEDU non garantirebbe il diritto della persona offesa a che lo Stato membro instauri procedimenti penali a carico dei responsabili di fatti lesivi¹⁰⁶, *dall'altro* in diverse occasioni: a) ha rilevato un dovere per gli Stati di istituire e applicare un quadro normativo adeguato che offra una protezione contro gli atti di violenza che possono essere commessi da privati¹⁰⁷; b) ha censurato in alcuni casi gli Stati membri per non aver posto in essere misure idonee a prevenire condotte violente da parte di terzi, come nel ben noto "caso Talpis"¹⁰⁸, per il quale l'Italia è stata sanzionata per aver violato l'art. 2 della CEDU che tutela il diritto alla vita, non contrastando una serie di condotte violente di un uomo che, in *escalation*, erano sfociate nel tentato omicidio della ricorrente e nell'omicidio di un figlio di quest'ultima.

Per altri versi, la Corte di Strasburgo ha esaminato diverse questioni sollevate in ordine alla legittimità di sanzioni penali irrogate, sulla base della normativa vigente in vari Stati membri, nei confronti di soggetti che avevano lamentato, a fronte della compromissione della propria sfera di libertà, la carenza di un'offesa a beni giuridici di rilievo.

Così, con la sentenza Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2018, *Navalnyy c. Russia*, si è stabilito che la mera violazione di disposizioni che im-

¹⁰⁴ Su questi temi vd. V. ZAGREBELSKY, *L'applicabilità della Convenzione*, in V. Zagrebelsky - Chenal - Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2016, 115 ss.

¹⁰⁵ Si veda DE VIDO, *La violenza di genere contro le donne nel contesto della famiglia: sviluppi nell'Unione Europea alla luce della Convenzione di Istanbul*, 27 dicembre 2017, in www.federalismi.it.

¹⁰⁶ Cfr. Corte EDU, Sezione Prima, 3 dicembre 2015, M. e M. c. Croazia.

¹⁰⁷ Cfr. Corte EDU, Sezione Prima, 24 luglio 2012, Đorđević v. Croazia.

¹⁰⁸ Si tratta della sentenza Corte EDU, Sezione Prima, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*. Sull'argomento vd. anche PECORELLA - P. FARINA, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi*, 10 aprile 2018, in www.penalecontemporaneo.it.

pongano il divieto di partecipazione ad assemblee pubbliche non previamente autorizzate, ed il generico riferimento alla necessità di tutela dell'ordine pubblico, non possano giustificare l'irrogazione di sanzioni di natura penale, e si è statuito che in tali casi l'applicazione della legge ordinaria si porrebbe in contrasto con l'art. 11 della CEDU che riconosce, entro certi limiti, la libertà di riunione ed associazione.

Con la più recente sentenza Corte EDU, Sezione Prima, 7 marzo 2019, *Salusti c. Italia*, è stato deciso il ricorso promosso dal noto giornalista italiano che, in esecuzione della condanna per diffamazione irrogata dall'Autorità giudiziaria italiana per omesso controllo in ordine alla veridicità di una notizia diffusa su un quotidiano nazionale del quale era direttore responsabile, aveva subito seppur per un breve periodo una limitazione della propria libertà personale.

Con tale pronuncia la Corte, dunque, ha parzialmente accolto le richieste dell'*applicant* rilevando che rispetto all'offesa al bene giuridico determinata dalla pubblicazione degli articoli la sanzione non fosse proporzionata (talché l'utilizzo combinato dei due parametri), e quindi rimarcando la violazione dell'art. 10 CEDU che garantisce la libertà di espressione.

Di particolare interesse ai fini del tema affrontato in questa sede è anche la sentenza Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, con cui la Corte - oltre ad affrontare come ben noto il problema dell'ammissibilità del *bis in idem* sanzionatorio - ha rilevato che la valutazione del grado di «offensività sociale» di determinate condotte debba costituire una linea-guida per i legislatori nazionali nell'ambito della politica criminale.

Nondimeno, al di là di singole pronunce, una più generale analisi della casistica giurisprudenziale fa emergere che la Corte di Strasburgo non abbia finora affrontato *ex professo* il principio di offensività, al fine di esplicarne contenuto ed eventuali limiti; per di più occorre sottolineare che la stessa Corte in più occasioni ha affermato che gli Stati membri sarebbero pienamente legittimati alla previsione di norme incriminatrici in relazione a condotte che non si estrinsechino «in un normale esercizio dei diritti riconosciuti dalla Convenzione», potendo in questi casi ciascun ordinamento interno definire liberamente gli elementi costitutivi del reato, come ribadito dalla Grande Camera nel recente caso “G.I.E.M.”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, sulla quale vd. ESPOSITO, *Il dialogo imperfetto sulla confisca urbanistica. Riflessioni a margine di sentenze europee e nazionali*, 22 maggio 2019, in www.archiviopenale.it

Emblematico effetto di tali orientamenti dominanti e dell'assenza di una chiara presa di posizione rispetto al tema dell'offensività, è allora il caso deciso con la sentenza Corte EDU, Grande Camera, 15 ottobre 2015, Kudrevičius e altri c. Lituania: alcuni agricoltori, in particolare, avevano subito delle condanne perché, nel corso di una manifestazione di protesta autorizzata, che era stata organizzata in riferimento a questioni che attenevano alla politica di sostegno del Governo al settore, avevano operato un blocco stradale, rallentando la circolazione.

La Corte, allora, pur dando atto del fatto che i manifestanti non avevano perpetrato alcun atto di violenza nell'occasione, e che la condotta realizzata dagli agricoltori avesse importato effetti assai trascurabili rispetto alla regolarità della circolazione (i ricorrenti, peraltro, durante la protesta avevano più volte rimosso i trattori dalla strada al fine di consentire il passaggio di mezzi di trasporto e di altri autoveicoli) è pervenuta al rigetto del ricorso, ritenendo non irragionevole l'irrogazione della sanzione penale nei confronti degli *applicant* medesimi.

Inoltre la Corte ha finito col riconoscere in altre occasioni la legittimità anche di scelte incriminatrici operate attraverso fattispecie meramente omissive, volte a sanzionare la violazione di doveri di collaborazione con l'autorità amministrativa, come nel caso dell'inadempimento da parte di un cittadino britannico, proprietario di un veicolo, dell'obbligo di comunicazione dei dati del conducente che aveva ecceduto, peraltro minimamente, i limiti di velocità imposti, e quindi in riferimento ad un fatto dall'offensività del tutto inconsistente¹¹⁰.

In conclusione, il tracciato della giurisprudenza evidenzia che secondo la Corte EDU il principio di offensività si estrinsecerebbe:

- a) nell'obbligo per i legislatori nazionali di criminalizzare condotte di particolare gravità, lesive della sfera individuale o della collettività;
- b) nel divieto di sanzionare penalmente condotte che risultino manifestazione di diritti sanciti a livello europeo, specie laddove - in ragione dell'identità dell'autore della condotta tipica - le scelte del legislatore o la decisione dell'autorità giudiziaria possano avere ripercussioni rilevanti sui principi democratici che reggono l'Unione;

¹¹⁰ Il riferimento è alla sentenza Corte EDU, Grande Camera, 29 giugno 2007, O'Halloran e Francis c. Regno Unito.

c) nel riconoscimento di un'ampia discrezionalità, fatto salvo quanto detto *sub* a) e b), in capo ai legislatori dei Paesi membri nelle scelte di criminalizzazione finalizzate alla tutela dei più disparati beni/interessi¹¹¹.

Sicché in questo contesto il requisito di offensività della condotta, e la connessa questione della meritevolezza dei beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici non sembrano costituire elementi centrali del giudizio della Corte, che è ben più attenta invece nella verifica del rispetto del principio di legalità (in termini di conformità della condotta alla norma vigente al momento del fatto commesso e di comprensibilità del precetto da parte del cittadino)¹¹².

8.3. Analoghe considerazioni possono essere sviluppate anche in ordine alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, come dimostra la casistica che si è formata in ordine a procedimenti relativi a questioni sollevate in via incidentale.

Si prescindereà allora in questa sede dall'esame della posizione assunta dalla Corte rispetto al complesso tema degli "obblighi di criminalizzazione", nel quale si inserisce peraltro la ben nota "vicenda Taricco", e si innestano le tensioni provocate dalla sentenza CGUE, Grande Camera, 8 settembre 2015, C-105/2014 (c.d. "sentenza Taricco 1"), con la quale la Corte europea aveva rilevato (all'inizio della "saga"), tra l'altro, l'obbligo degli Stati membri di introdurre norme dissuasive, tali da garantire una tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione, ricorrendo allo strumento penale nei casi di condotte di rilievo particolarmente offensivo, omettendo tuttavia delle valutazioni imprescindibili circa i principi fondanti dell'ordinamento giuridico interno¹¹³.

Venendo al resto, si può richiamare la recente sentenza CGUE, Sezione Settima, 28 febbraio 2019, C 9/18, pronunciata su rinvio pregiudiziale del Tribunale Superiore del Land di Karlsruhe con la quale la Corte ha affermato la legittimità di una norma incriminatrice tedesca che sanziona penalmente la

¹¹¹ La posizione della Corte è ben percepibile anche nella sentenza Corte EDU, Sezione Quinta, 24 settembre 2012, *Stübing c. Germania*, che rappresenta l'epilogo della vicenda giudiziaria originata dall'incesto di cui *supra*. La Corte nell'occasione, pur dando atto della circostanza che la condotta contestata al ricorrente non risultasse punibile in tutti gli Stati membri, e del fatto che il rapporto fosse intercorso tra soggetti consenzienti, ha affermato di non poter entrare nel merito delle scelte attuate dal *Bundestag* nel settore del diritto penale, rigettando il ricorso presentato anche in ragione del fatto che le condanne irrogate nei confronti dell'*applicant* trovassero giustificazione nell'esigenza di tutela di qualcosa che risuona un po' come "l'integrità e sanità della stirpe".

¹¹² Nell'accezione accolta, ad esempio, nelle sentenze Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia* e Corte EDU, Sezione Quarta, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

¹¹³ La vicenda è stata oggetto di numerosissimi contributi dottrinali. Per una ricostruzione degli *step* e delle problematiche sollevate vd. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, 4 giugno 2018, in www.penalecontemporaneo.it.

guida senza patente, pur nel caso in cui l'imputato abbia comunque conseguito un titolo abilitativo in altro Stato membro, laddove per la legge tedesca risulti invalido in territorio di Germania.

In un precedente più risalente, inoltre, la Corte ha ritenuto conforme ai principi che regolano l'Unione una norma incriminatrice del sistema francese che sanziona la commercializzazione non autorizzata di prodotti alimentari a scopo dietetico, sebbene fosse stato rilevato nell'occasione il difetto di pericolosità di tali prodotti per la salute umana; e ciò sottolineando l'irrilevanza della circostanza che essi risultassero commercializzati regolarmente in altri Paesi dell'Unione¹¹⁴.

Così, in altri casi, la Corte ha rimarcato che gli interessi perseguiti dagli Stati membri, in determinati settori "sensibili", quali la tutela dell'ambiente, potrebbero legittimare norme incriminatrici di illeciti puramente formali, basati sul principio di precauzione (che del resto è riconosciuto dal diritto positivo europeo), e quindi tali da determinare la responsabilità penale in difetto di una prova scientifica in ordine alla portata lesiva della condotta tenuta¹¹⁵.

Sicché, prima di rassegnare le conclusioni, si può senza dubbio rilevare che il principio in disamina, in difetto di un chiaro supporto normativo, rappresenti ancora un terreno quasi completamente inesplorato *tanto* per le Corti *quanto* per il legislatore dell'Unione; così come appare evidente, a tale ultimo riguardo, la necessità di una partecipazione più attenta da parte delle autorità italiane al processo di formazione della normativa sovranazionale, al fine di evitare i problemi legati al recepimento di norme e principi che, talvolta, sono incompatibili con l'ordinamento e la tradizione giuridica interna.

9. *Considerazioni finali.* Si è mostrato che l'accezione "forte" del principio di offensività proposta in Italia da Bricola negli anni '70, finalizzata ad informare il sistema penale all'idea dell'*extrema ratio*, non ha trovato unanime consenso in dottrina, che non ha mancato di rilevarne alcune aporie; in prospettiva *de jure condendo*, risultano peraltro al momento abbandonati i (buoni) propositi di una riforma organica e complessiva del codice penale, che peraltro si sono estrinsecati in diversi tentativi che, in vario modo, avevano in passato anche prospettato una certa valorizzazione del principio in disamina¹¹⁶.

¹¹⁴ CGUE, Sezione Sesta, 5 febbraio 2004, C-95/01.

¹¹⁵ Vd. CGUE, Sezione Decima, 28 marzo 2019, C-487/17 e C-489/17.

¹¹⁶ Sul tema vd. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, op. cit., 271-277; DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, op. cit.

Il legislatore *da un lato*, anche alla luce di un atteggiamento particolarmente prudente della Corte costituzionale, continua ad introdurre nuove fattispecie che si pongono in tensione anche con i “contenuti minimi” di detto principio, e *dall'altro* ha in tempi recenti inserito a sistema degli istituti (il riferimento è in particolare all'art. 131-*bis* c.p.) che affidano alla magistratura il compito di individuare quali condotte debbano essere sanzionate sul presupposto della lesività.

Se tali ultime novità rispondono allora all'esigenza di dotare il sistema di una “via di fuga” per scongiurare soluzioni ingiuste che deriverebbero dall'applicazione “formalistica” del diritto penale, specie in sistemi giuridici quale quello italiano che è particolarmente ampio e caotico, non di meno si tratta di istituti che implementano il potere e la discrezionalità della magistratura, alimentando un'applicazione del diritto criminale *case to case*, e quindi l'imprevedibilità dell'esito giudiziario, già riscontrabile per altri versi nell'approccio giurisprudenziale a molti altri contesti critici (reati di pericolo, tentativo, reati omissivi etc.).

La prospettiva di una maggiore penetrazione del principio di offensività nell'ordinamento interno non potrà peraltro probabilmente trovare nuova linfa, almeno in tempi brevi, nel diritto e nella giurisprudenza sovranazionale, ove come si è accennato le riflessioni sul tema sono ben lungi dal raggiungere il grado di sviluppo italiano.

Non si deve ritenere però che si debba approdare alla conclusione che il principio di offensività abbia già condotto ai risultati massimi conseguibili¹¹⁷, e che quindi l'interprete sia costretto ad abbandonarsi alla rassegnazione di fronte ad un sistema che, espellendo di tanto in tanto qualche minimo elemento distonico e acquisendone di nuovi, sembra rimanere sostanzialmente sempre invariato, almeno nei suoi tratti essenziali¹¹⁸.

La presa d'atto che i grandi principi del diritto hanno “bisogno di tempo” per affermarsi pienamente; l'individuazione delle criticità che importerebbero (*tanto* rispetto alle scelte future del legislatore, anche europeo, *quanto* in ordine all'applicazione del diritto vigente) la rinuncia alla valorizzazione del contenuto offensivo della condotta e derive soggettivizzanti o basate sul mero formalismo (che richiamano l'antico brocardo *malum quia prohibitum*); l'esigenza di assegnare al diritto penale la necessaria funzione di *extrema ratio*

¹¹⁷ FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale*, in *Foro It.*, 2000, V, 137-145.

¹¹⁸ Immagine questa, secondo alcuni, evocata metaforicamente dal titolo della raccolta di poesie di Eugenio Montale “Ossi di seppia”, pubblicata a Torino nel 1925.

(indissolubilmente correlata alla riduzione dell'intervento penale ad un più ristretto catalogo di valori, e attraverso schemi di incriminazione che tengano maggiormente in considerazione il profilo della effettiva pericolosità/dannosità) debbono fungere infatti da sprone per la dottrina per continuare a valorizzare il ruolo indispensabile del principio di offensività e del bene giuridico nella produzione, nella critica e nell'applicazione del diritto, e da stimolo alla ricerca di sempre nuovi spazi di sviluppo. Così come emerge anche il delicatissimo compito dell'avvocatura, che è destinata ad assumere il ruolo di ultimo baluardo per la libertà del cittadino, nell'impervio terreno del giudizio penale.