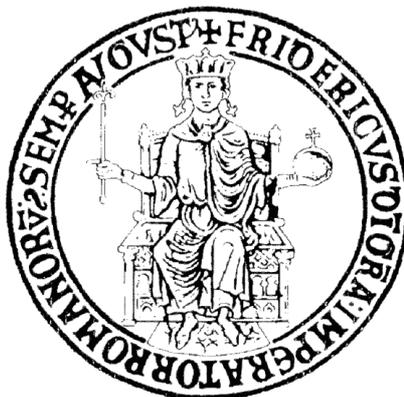


**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA

IN

“DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI”

XXX CICLO

Tesi di Dottorato

**L’anticipazione della tutela penale tra opzioni di
politica criminale e *ratio* di tutela. Limiti ad un uso
simbolico del diritto penale.**

Il principio di sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle opzioni legislative.

Relatore:

Ch.mo Prof. Carlo Longobardo

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Dottoranda:

Dott.ssa Serena Ucci

Anno Accademico 2016/2017

*“Ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall’assoluta
necessità è tirannico”*
Cesare Beccaria¹

*“Lo stato di diritto non può impugnare l’affilata spada del diritto penale
che rende possibili le più dure di tutte le intromissioni statali nella libertà
del cittadino, quando altri mezzi di politica sociale potrebbero
proteggere ugualmente o addirittura con maggior efficacia un
determinato bene giuridico”.*
Claus Roxin²

*“La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della
necessità resta soltanto il male”.*
Claus Roxin³

¹ C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, nell’edizione della collana *Civiltà del diritto*, Milano, 1964.

² C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. spagnola della 2ª edizione tedesca, 2003, p. 66.

³ C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius* 1996, p. 37.

INDICE

PARTE I

Il principio di offensività ed il suo rapporto con il bene giuridico

Capitolo primo

Il bene giuridico e la selezione degli oggetti della tutela penale

1.1. Premessa: breve ricognizione	6
1.2. Le radici storico culturali del bene giuridico	9
1.3. Il bene giuridico come <i>ratio</i> della tutela.....	17
1.4. Il bene giuridico come oggetto della tutela	23
1.5. Il bene giuridico come dato prepositivo alla norma: il rinnovato interesse per la categoria.....	27
1.5.1. <i>L'impostazione in chiave sociologica e la dottrina della dannosità sociale: un tentativo di superamento della categoria del bene giuridico</i>	30
1.6. La Costituzione come schema di selezione degli oggetti di tutela penale	33
1.6.1. <i>I limiti della teoria costituzionale del bene giuridico</i>	37
1.6.2. <i>Prospettive attuali dell'approccio costituzionale</i>	40
1.7. L'offesa al bene giuridico tra tecniche di tutela e <i>ratio</i> della norma	44
1.8. Il bene giuridico tra dogmatica e politica criminale: nuove esigenze di tutela	47
1.8.1. <i>Il bene giuridico come categoria insuperabile</i>	51

Capitolo secondo

Il principio di offensività come canone di controllo delle scelte di politica criminale

2.1. Premessa: dannosità sociale vs offensività	54
2.2. Il ruolo dell'offesa nel sistema penale	60
2.3. Il fondamento costituzionale del principio di offensività.....	64
2.3.1. <i>La posizione della Corte Costituzionale: il principio di offensività come canone di politica criminale e come criterio ermeneutico.</i>	67
2.3.2. <i>Offensività e ragionevolezza</i>	72
2.4. Il fondamento normativo del principio di offensività e la c.d. concezione realistica del reato	74
2.4.1. <i>Le critiche alla c.d. concezione realistica del reato</i>	79
2.5. Il principio di offensività nella costruzione dell'illecito penale.....	82
2.5.1. <i>L'offensività come elemento del fatto tipico: disvalore d'azione o disvalore di evento?</i>	84
2.5.2. <i>L'art. 49, comma 2, c.p. e la dimensione oggettiva dell'offesa</i>	87

2.5.3. <i>La dimensione soggettiva dell'offesa: l'art. 43 c.p. come rovescio psicologico dell'art. 49 c.p.</i>	90
2.6. L'innoffensività come causa di esclusione della tipicità. Il fatto tipico come offensività tipizzata.....	92
2.6.1. <i>Irrilevanza, tenuità dell'offesa e inoffensività</i>	96
2.7. L'offensività come canone di politica criminale e criterio guida di interpretazione teleologica: dalla funzione della pena alla concretizzazione dell'offesa.....	98
2.8. Conclusioni.....	104

PARTE II

L'anticipazione della tutela penale tra opzioni di politica criminale e *ratio* di tutela.

Capitolo primo

L'anticipazione della tutela penale e tecniche di tipizzazione della fattispecie: la soglia legittima delle attività punibili.

1.1. Premessa: fotografia del problema	107
1.2. Il grado di anticipazione della tutela e l'opportunità del ricorso alla sanzione penale	110
1.3. Il principio di offensività come limite all'anticipazione della tutela penale	116
1.4. Tecniche di tipizzazione della fattispecie e principio di offensività	121
1.4.1. <i>I reati senza bene giuridico e senza offesa</i>	125
1.4.2. <i>I c.d. limiti-soglia come ulteriore tecnica di tipizzazione della fattispecie</i>	129
1.5. Il principio di proporzione e la soglia legittima delle attività punibili	132

Capitolo secondo

La legittimità del ricorso a forme di tutela anticipata: i reati di pericolo.

2.1. Premessa: la legittimità del ricorso a forme di tutela anticipata.....	136
2.2. Reati di pericolo vs reati di danno	139
2.2.1. <i>Il pericolo come relazione di possibilità o probabilità. La misura della probabilità</i>	142
2.3. L'anticipazione della tutela penale nei reati di pericolo.....	147
2.4. I reati di pericolo concreto.....	151
2.5. I reati di pericolo astratto.....	157
2.5.1. <i>Il problema della necessaria offensività della condotta</i>	159

2.5.2. <i>Le ragioni politico-criminali che giustificano l'adozione dei reati di pericolo astratto</i>	164
2.6. I reati di pericolo astratto-concreto.....	167
2.7. I reati di pericolo presunto: cenni.....	170
2.8. I reati di pericolo diretto e indiretto.....	173

Capitolo terzo

I reati di pericolo presunto tra dogmatica e politica criminale. Verso una nuova sistematica della categoria.

3.1. Premessa: breve ricognizione sul punto	177
3.2. Le ragioni politico criminali (non del tutto condivisibili) che legittimano il ricorso ai reati di pericolo presunto	181
3.3. Il problema della legittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto	185
3.3.1. <i>La punizione della mera disobbedienza...</i>	190
3.3.2. <i>... e dell'inosservanza di provvedimenti amministrativi di autorizzazione</i>	191
3.3.3. <i>Ulteriore profilo di presunta illegittimità costituzionale: i problemi processuali di accertamento del pericolo</i>	194
3.4. Un tentativo di superamento delle aporie della categoria dei reati di pericolo presunto	196
3.4.1. <i>La teoria della presunzione relativa</i>	197
3.4.2. <i>L'esperienza tedesca: l'Alternativ-Entwurf</i>	200
3.4.3. <i>La ragionevolezza come parametro di controllo delle scelte del legislatore penale</i>	202
3.4.4. <i>Il principio di precauzione come limite all'anticipazione della tutela penale.</i>	204

PARTE III

Il principio di sussidiarietà come limite all'anticipazione della tutela penale e canone ermeneutico di controllo delle opzioni legislative. Verso nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie.

Capitolo primo

Il principio di sussidiarietà come limite all'anticipazione della tutela penale.

1.1. Premessa: la "necessità" della sussidiarietà breve ricognizione sul punto.....	207
1.2. Dalle origini della sussidiarietà al suo riconoscimento come carattere del diritto penale.....	210

1.3. Il fondamento costituzionale del principio di sussidiarietà	215
1.4. Il principio di sussidiarietà come canone di politica criminale	218
1.5. ... e limite all'anticipazione della tutela penale	220
1.6. I modi di operare: la depenalizzazione come concreto esercizio del principio di sussidiarietà	223
1.6.1. <i>Le istanze sottese alla depenalizzazione</i>	224
1.6.2. <i>I criteri discretivi di scelta tra sanzione penale, amministrativa e civile</i> ...	226
1.6.3. <i>Le principali tappe della depenalizzazione in Italia: cenni</i>	230

Capitolo secondo

La sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle scelte del legislatore e valido limite ad un uso simbolico del diritto penale.

2.1. Premessa: diritto penale simbolico ed uso simbolico del diritto penale.....	235
2.1.1. <i>Le figure sintomatiche del diritto penale simbolico: l'anticipazione della tutela penale</i>	240
2.2. La sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle scelte “discrezionali” del legislatore.....	245
2.2.1. <i>La sussidiarietà come principio metodologico</i>	247
2.2.2. <i>Il ruolo del principio di sussidiarietà nel procedimento di formulazione della legge penale</i>	249
2.2.3. <i>La sussidiarietà quale criterio di controllo della ragionevolezza strumentale della legge penale</i>	251
2.3. La scienza della sussidiarietà.....	253

Capitolo terzo

Verso nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie alla luce di una sistematica del reato teleologicamente orientata all'eliminazione del “penalmente rilevante inutile”.

3.1. Premessa: l'avvio ad una possibile conclusione.....	256
3.2. L'ossimoro del penalmente “rilevante-inutile” e la necessità dell'offesa	260
3.3. Una sperimentazione nuova del principio di sussidiarietà	263
3.3.1. <i>Forme alternative di tutela per la riduzione del “penalmente rilevante inutile”</i>	265
3.3.2. <i>... e per una rifondazione del sistema</i>	268
3.4. La reciproca dipendenza tra garanzia, efficienza ed effettività	270
3.5. Verso nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie.....	271
3.6. Prospettive <i>de jure condito</i> e <i>de jure condendo</i>	272

Bibliografia	275
---------------------------	-----

PARTE I

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITA' E LA TEORIA DEL BENE GIURIDICO

Capitolo primo

Il bene giuridico e la selezione degli oggetti della tutela penale

SOMMARIO: 1.1. Premessa: breve ricognizione; 1.2. Le radici storico culturali del concetto di bene giuridico; 1.3. Il bene giuridico come *ratio* della tutela; 1.4. Il bene giuridico come oggetto della tutela; 1.5. Il bene giuridico come dato prepositivo alla norma: il rinnovato interesse per la categoria; 1.5.1 *L'impostazione in chiave sociologica e la dottrina della dannosità sociale: un tentativo di superamento della categoria del bene giuridico*; 1.6. La Costituzione come schema di selezione degli oggetti di tutela penale; 1.6.1. *I limiti della teoria costituzionale del bene giuridico*; 1.6.2. *Prospettive attuali dell'approccio costituzionale*; 1.7. L'offesa al bene giuridico tra tecniche di tutela e *ratio* della norma; 1.8. Il bene giuridico tra dogmatica e politica criminale: nuove esigenze di tutela; 1.8.1. *Il bene giuridico come categoria insuperabile*.

1.1. Premessa: breve ricognizione.

Quando ci si occupa dell'ampio tema dell'anticipazione della tutela penale, imprescindibile punto di riferimento dell'indagine condotta non può che essere il bene giuridico¹, categoria dogmatica dalle mille sfaccettature della cui irrinunciabilità, almeno per la dottrina maggioritaria, oramai non si discute².

Senza pretesa di poter, in questo lavoro, ripercorrere pedissequamente le tappe evolutive sulla definizione ed inquadramento di questa categoria, una breve ricognizione risulta necessaria in quanto la "tutela del bene giuridico" da un lato, ed il "grado (di anticipazione) dell'offesa" dall'altro, rappresentano i due poli del discorso che qui si intende portare avanti.

La necessità di individuare l'oggetto della tutela penale, e cosa sia effettivamente da considerare bene giuridico, risulta imprescindibile sotto una serie di aspetti; in primo luogo con riferimento al problema della tutela e della misura della stessa, ossia della

¹ Nell'ampio e vasto tema dell'anticipazione della tutela penale, non si può evitare di far riferimento al concetto di bene giuridico pensato come punto fisso di riferimento. «In particolare, è proprio in quel "pensare il bene giuridico come punto fisso" che si può individuare la massima difficoltà, per chi voglia affrontare lo studio dei reati di pericolo in un'ottica complessiva, e non si rassegni passivamente a ricalcare le scelte e le indicazioni terminologiche (o sostanziali) già operate dal legislatore, ma voglia anche valutare le fattispecie penali alla luce delle esigenze di politica criminale e delle superiori istanze costituzionali». Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 9.

² Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006; C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. spagnola della 2ª edizione tedesca, 2003; Id., *Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfes*, in *ZStW*, 1969; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2013.

qualità e quantità dell'offesa degna di rilevanza penale³; in secondo luogo, dato che con la sanzione penale si incide negativamente su un bene di rilievo primario, ossia quello della libertà personale –diritto umano per eccellenza⁴-, si impone come necessario rinvenire un criterio di legittimazione dell'intervento dello strumento penalistico⁵, il cui ricorso troverà giustificazione solo se diretto a tutelare beni socialmente apprezzabili⁶. Inoltre, cercare di ricostruire e rintracciare una percorribile e praticabile definizione di bene giuridico, risulta, oltremodo, necessario sia per vincolare il legislatore nelle scelte degli oggetti tutelabili e quindi offendibili⁷, sia per rinvenire un limite garantistico all'intervento punitivo dello Stato⁸.

Ancora, l'individuazione dell'oggetto dell'offesa si rivela di fondamentale importanza anzitutto perché si tratta di un'operazione irrinunciabile per chiarire se una certa fattispecie incriminatrice sia strutturata in termini di reato di danno o di pericolo;

³ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 11.

⁴ Sottolinea S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 19, «In effetti è proprio perché con la pena si può incidere sui diritti fondamentali dell'individuo che alla definizione dei presupposti per la sua applicazione, sia in fase generale ed astratta – la previsione legislativa-, sia in fase individuale e concreta – il singolo giudizio-, va dedicata una cura particolare».

⁵ Osserva D. PULITANÒ, *Laicità e Diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 65, poiché il diritto penale «è lo strumento “più autoritario” fra quelli che appartengono al normale arsenale di uno Stato di diritto, esso ha bisogno in un orizzonte liberale, di una legittimazione particolarmente forte, sia per quanto concerne i fini, sia nella scelta dei mezzi».

⁶ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, p. 13. Inoltre la necessità di individuare un congruo criterio di legittimazione dello strumento penalistico è d'obbligo in quanto «la pena resta comunque la più grave limitazione che lo Stato apporta alla libertà e personalità dell'individuo. Questo dato, raffrontato con i principi costituzionali di tutela della libertà e personalità, artt. 2, 3, 13, 25, comma 2, e 3 Cost., impone il ricorso alla sanzione penale solo quando venga in discussione un bene di significatività comparabile a quello della libertà individuale», così S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 112. Ancora, «va da se che il bene giuridico non è un concetto esclusivamente penalistico, appartiene alla teoria generale del diritto: infatti i beni giuridici non sono un'esclusiva del diritto penale, ma sono presenti anche nelle discipline giuridiche non penalistiche. Perciò la prevenzione di eventi lesivi non appartiene al solo diritto penale –che costituisce, peraltro, l'ultima *ratio* nella gerarchia degli strumenti giuridici di controllo sociale, ma anche agli altri settori dell'ordinamento». Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, p. 15.

⁷ Posto che l'intervento penale trova la sua legittimazione sul piano etico-politico nella finalità di tutela di un bene giuridico, si tratta di vedere quali beni il diritto penale, nella sua funzione di difesa sussidiaria di beni giuridici, deve o può tutelare in alternativa ad altri strumenti proibitivi (amministrativi civili), e contro quali specie e gradi di offesa, se esistono parametri vincolanti di che cosa è socialmente dannoso e cosa no; cioè se vi sono per il legislatore dei vincoli nella scelta dei beni da tutelare e della misura di tutela da accordare ai singoli beni. Si rinvia ad A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico.*, cit., p. 22 e ss.

⁸ Cfr. sempre Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico.*, cit., p. 25: «La questione del bene giuridico, che è anche il luogo dove si scaricano tutte le tensioni sociali, e il terreno sul quale collidono esigenze collettive e contrastanti interessi individuali, richiama le questioni fondamentali della funzione e dei limiti del diritto penale all'interno di un moderno Stato di diritto, delle ragioni ultime dell'attività punitiva dello Stato, e prima ancora dei criteri di legittimazione e di plausibilità dell'intervento punitivo sul piano sociale ed etico-politico».

ciò, a sua volta, rileva con riferimento al problema del grado di anticipazione della tutela realmente approntata con le singole fattispecie o del grado di anticipazione giuridicamente ammissibile o politicamente opportuno, posto che i concetti di lesione o pericolo sono concetti “relativi”, nel senso che si concretizzano a seconda dell’oggetto che si assume come loro termine di riferimento⁹. Inoltre, la conoscenza del termine di relazione del fatto offensivo è, altresì, necessaria in termini di tecnica della tutela, per la scelta del modo, più o meno astratto o concreto, di tipizzazione del fatto¹⁰.

Tuttavia la “questione del bene giuridico” e delle tecniche di tutela, è stata da sempre oggetto di disputa dottrinale e non ha ancora trovato nel dibattito penalistico attuale soluzioni indiscusse¹¹ rivestendo, ancora oggi, un ruolo centrale nella dottrina del reato in quanto costituisce oggetto privilegiato della discussione politico-criminale.

Posto che il bene giuridico ha sempre rivestito un ruolo di “pietra angolare”¹² nella qualificazione e comprensione di ciò che risulta tutelabile e quindi offendibile, in vista di una ricostruzione di un diritto penale orientato a realizzare gli scopi di politica criminale¹³, e, nell’obiettivo di circoscrivere l’oggetto della tutela penale, non si può prescindere da una ricostruzione, seppur breve, ed in chiave storicistica¹⁴ delle tappe

⁹ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 85 e ss., il quale sottolinea come un fatto possa essere qualificato contemporaneamente di lesione o di pericolo a seconda dell’oggetto di riferimento: così il furto è un fatto di lesione se si considera come oggetto della tutela e dell’offesa la detenzione della cosa sottratta; fatto di pericolo, invece, se si considera come oggetto dell’offesa la proprietà.

¹⁰ *Ibidem*. L’Autore fonda questa seconda ragione sul presupposto che ci possano essere dei vincoli alla libertà del legislatore nella scelta delle modalità tecniche di costruzione della fattispecie, e che quindi in certe ipotesi possano essere illegittime, sempre a seconda del bene oggetto della tutela, certe fattispecie con contenuto offensivo troppo astratto.

¹¹ Come osserva C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 71, «il concetto materiale di reato e la teoria del bene giuridico continua anche oggi ad essere annoverata tra i problemi basilari del diritto penale chiariti con meno esattezza».

¹² L’espressione è di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 5. Si vedano anche C. ROXIN, *Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfes*, cit., p. 623; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974, p. 58 e ss.

¹³ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 14, secondo cui «Il bene giuridico, in chiave politico-criminale, diviene istanza di raffronto e di giudizio» -non più in chiave critica bensì- «deduttivo che permette di inquadrare il sistema in una prospettiva valutativa, offrendosi come parametro “trascendente il sistema” in grado di guidare le scelte del legislatore penale, o comunque, *de lege lata*, di giudicarlo».

¹⁴ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 5: «E’ da ritenere che se si vuole arrivare ad una chiarificazione, e ad un’utilizzazione del concetto non tacciabile di artificiosità, l’unica impostazione corretta sia quella storicistica, all’insegna del principio, divenuto un luogo comune della storiografia, “comprendere ed affrontare il presente attraverso la conoscenza del passato”». Si veda anche M. BLOCH, *Apologie pour l’histoire ou métier d’historien*, 1949, trad. it. C. PISCHEDDA, ed. 1969, p. 50 e ss.; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, 1972, p. 2 e ss.: «Un’argomentazione

evolutive del concetto di bene giuridico di volta in volta costruite -anche nei loro risvolti ideologici¹⁵-, nel tentativo di elaborare una sintesi che non appaia un “vuoto schizzo di programma”¹⁶.

1.2. Le radici storico-culturali del concetto di bene giuridico.

Il concetto di bene giuridico¹⁷, che ha mostrato nel corso dell’evoluzione storica una progressiva dilatazione dell’area degli oggetti penalmente tutelabili, è il risultato di uno sviluppo in varie tappe che rispecchiano l’influenza della cultura e delle ideologie sui sistemi penali¹⁸. Difatti nel periodo pre-illuminista il concetto di bene giuridico risente della concezione del reato come “peccato”, ossia come trasgressione di una legge divina, ed i reati assumono una connotazione etica e religiosa in quanto non sono contro la società e l’individuo ma contro Dio¹⁹. È solo nell’età dei Lumi che il pensiero filosofico-politico teorizza una struttura dello Stato secolare e segna, sul piano ideale, l’ingresso del diritto penale nella dimensione della laicità. Si passa da una visione teologica del diritto penale, ad una visione umana e secolarizzata: la violazione della legge non è più un peccato contro Dio bensì reato contro la comunità, con la conseguente ‘materializzazione’ degli oggetti della tutela. Infatti, la concezione del

puramente giuridica, cioè che prescinda dall’analisi storica, a favore o contro l’uno o l’altro concetto di bene giuridico corre facilmente il pericolo di cadere nel superficiale».

¹⁵ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 8-9: «si sa che l’approfondimento della matrice o dell’atmosfera ideologica delle singole concezioni illumina qualsiasi ricerca, come la giuridica, che rientri fra quelle delle scienze sociali, fornendo, tra l’altro, ben spesso la chiave per la ricostruzione dell’esatta portata di singole impalcature concettuali. Trascurando questo profilo, molte ricerche, condotte per lungo tempo in Italia all’insegna della distillazione di una pretesa categoria autonoma del “giuridico”, si sono espote al rischio di risolversi in esegesi sottili ma prive di spessore o in costruzioni dommatiche venate di concettualismo; né sono state bastevoli per un mutamento di rotta le sporadiche, candide prediche di giuristi dotati di innato buon senso». Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940, pp. 14 e ss. Inoltre cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 154, secondo cui: «la componente ideologica è sempre stata presente nella storia del concetto del bene giuridico. Esso si è dovuto adattare a situazioni culturali, politiche e antropologiche molto diverse tra loro, prestandosi a ricevere tutti i contenuti, anche i più contingenti ed arbitrari». Per una ampia disamina del ruolo dell’ideologia nel sistema penalistico, si veda S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 21 e ss.

¹⁶ La citazione è di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 157.

¹⁷ La cui storia è legata all’evoluzione del concetto stesso di reato.

¹⁸ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 156.

¹⁹ Per una testimonianza della concezione del reato come violazione della *lex Divinae* si veda B. CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* del 1635. Si rinvia, inoltre, per una trattazione del tema a S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, p. 24: «Volendo svolgere qualche considerazione sulla teoria generale del reato carpzoviano, ci sembra opportuno ribadire che la sua caratteristica più evidente è data dall’equiparazione, espressa o tacita, di delitto e peccato, da cui deriva che nella scala dei reati i fatti più gravi risultano i *crimina laesae Majestatis Divinae* e le sanzioni ad essi connesse sono fatte derivare direttamente dalla *lex Divinae*».

diritto penale quale strumento di protezione dei beni giuridici ha origini illuministiche. Essa supera la valutazione di un sistema dei delitti e delle pene ancorato alla realizzazione di un ideale di giustizia ultraterreno, perseguendo un obiettivo pratico e socialmente utile di tutela di quei beni atti a garantire una pacifica convivenza tra i consociati nei limiti della stretta necessità, e circoscrivendo l'intervento della sanzione punitiva ai soli casi in cui essa pare irrinunciabile²⁰.

È nell'originaria concezione illuministica dello Stato liberale²¹ che il diritto penale viene posto a tutela di diritti individuali²², in quanto il nucleo del reato, espressione della rottura dei doveri giuridici assunti da ciascun uomo con il contratto sociale, è costituito dalla lesione di un bene preesistente al diritto e in funzione critica nei confronti delle valutazioni del legislatore consacrate nel diritto penale positivo. Il reato è concepito come violazione di diritti soggettivi facenti capo ai vari componenti della società civile o allo Stato come persona morale²³. Quindi, in questo primitivo concetto di bene giuridico²⁴, l'oggetto della tutela penale coincide con la tutela di un diritto soggettivo²⁵. Seppur tale nozione di diritto soggettivo aveva il pregio di svolgere una

²⁰ La prospettiva della protezione dei beni giuridici circoscritta nei limiti della stretta necessità dell'intervento penale, risale a Beccaria in Italia (cfr. C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, nell'edizione della collana *Civiltà del diritto*, Milano, 1964) e a Feuerbach in Germania (cfr. L. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen*, in *Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 5ª ed., Giessen, 1812).

²¹ Le dottrine illuministiche, che si fanno risalire soprattutto a GROZIO, PUFFENDORF, THOMASO, VICO (per quanto riguarda le dottrine sul diritto naturale), nonché ad HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU, VOLTAIRE (per quanto riguarda le dottrine sul contratto sociale), svilupparono una concezione che considerava il diritto penale non tanto in funzione dello Stato quanto in funzione dell'individuo. Il diritto penale, secondo tali teorizzatori, persegue lo scopo fondamentale che al singolo come alla comunità non vengano cagionati danni; da ciò deriva che l'esercizio della giustizia penale viene a perdere ogni riferimento al modello divino. Anche l'attività di penalizzazione viene ad avere una sua razionalità strumentale; pertanto l'utilizzo del diritto penale viene giustificato solo nei casi di stretta necessità ed in funzione di un risultato pratico e socialmente utile, ossia la difesa della libertà dei singoli e la salvaguardia dei loro diritti.

²² Cfr. F. PALAZZO, *Corso di Diritto penale, parte generale*, Torino, 2016, p. 64: «Posta, infatti, la centralità assunta dall'individuo –coi suoi diritti naturali- nell'organizzazione sociale, ne discende automatica la conseguenza teorica che il potere punitivo è legittimamente esercitato nella misura in cui esso sacrifica la libertà personale del colpevole per la migliore salvaguardia delle libertà fondamentali degli altri consociati. È certamente anche la visione contrattualistica a fondare questa legittimazione del diritto di punire limitatamente alla tutela dei diritti individuali: poiché gli uomini cedono parte della loro libertà per vedere meglio garantita la parte restante di libertà, è chiaro che sarebbe illegittimo quel potere punitivo che pretendesse di dilatare il suo oggetto di tutela oltre i diritti individuali dei cittadini».

²³ Cfr. L. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen*, cit., p. 49, § 23: «Da Erhaltung der Rechte überhaupt Zweck der Strafgesetz ist, so sind sowohl die Rechte der Unterthanen, als auch die dem Staate (als moralischer Person) zukommenden Rechte, Gegenstand ihrer schützenden Drohungen».

²⁴ Cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il principio di offensività*, Bologna, 2011, p. 82.

²⁵ Secondo le concezioni giuridico-politiche dell'epoca di Feuerbach, l'essenza del diritto sta nella violazione dei diritti soggettivi dei singoli e dello Stato, protetti dalla legge penale: possono essere penalizzate solo quelle azioni che violano tali diritti. L'idea del reato come violazione di un diritto

funzione critica di limite al potere statale, vincolando a dati più certi le scelte di penalizzazione del legislatore²⁶, appariva, tuttavia, inidoneo a spiegare la punizione di fatti lesivi di beni considerati di particolare rango, ancorché non riconducibili al paradigma del diritto soggettivo²⁷. Tale inadeguatezza fu sottolineata da Birnbaum, a cui si fa risalire la paternità²⁸ del concetto di bene giuridico quale oggetto della tutela penale. Egli elaborò una nozione di bene capace di materializzare il contenuto criminoso di tutti i reati, definendo il bene giuridico come un bene materiale cui lo Stato attribuisce tutela, di appartenenza del singolo o della collettività e per sua natura violabile²⁹, e quindi, offendibile³⁰. Per egli solo qualcosa di cui si può subire una limitazione (vita, forza fisica, onore, libertà personale, patrimonio) può e deve formare oggetto di tutela da parte dello Stato³¹. Secondo Birnbaum, la nozione a quel tempo dominante di reato, come lesione di un diritto soggettivo (*Rechtsverletzung*)³², risultava inadeguata a fungere da termine di riferimento di fatti offensivi: un diritto non può essere né leso né messo in pericolo, mentre un bene sì³³. Inoltre, il concetto di bene, con

soggettivo si presenta, all'epoca, come strumento concettuale per porre un limite alla legislazione penale: al di là di tale limite lo Stato non era legittimato a sottoporre a pena le azioni dei singoli. Cfr. L. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinenm*, cit., § 22.

²⁶ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 22, nt. 2. La concezione del reato come violazione di un diritto soggettivo appariva, secondo alcuni autori, più garantista per quanto riguarda l'esigenza di un diritto penale minimo e più efficace nella sua funzione critica di limite del potere statale. Cfr. H. AMELUNG, *Recensione a Marx, Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, in *ZStW*, 1972, p. 1015.

²⁷ Si pensi, ad esempio, alla moralità pubblica o al sentimento religioso. Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 7.

²⁸ Infatti Birnbaum è stato definito il “padre della teoria del bene giuridico”. Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. Italiana*, 1973, p. 4, nt. 4.

²⁹ Secondo F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 22, nt. 2, Birnbaum rappresenta un obbligato punto di riferimento e di premessa per ogni riflessione sul problema della funzione critica del bene giuridico. La sua figura appare variegata. Egli era – così come l'illuminista Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 25 e ss.), individualista e perfino *lato sensu* egualitarista, laddove dichiara conforme alla natura delle cose e ragionevole che i beni siano da garantire in maniera eguale per tutti, e dove, a proposito della tutela dell'onore presuppone la pari personalità di tutti.

³⁰ Risalente com'è noto a M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, pp. 175 e ss.

³¹ Cfr. M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, cit., pp. 149 e ss.

³² Tale concezione, come precedentemente specificato, è stata elaborata da Feuerbach, seppur, in modo del tutto singolare. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 24, attribuisce per intero a Feuerbach la paternità dell'idea di bene giuridico e tace del tutto sul ruolo svolto da Birnbaum.

³³ Cfr. M. F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung*, cit., pp. 172 e ss.: «bisogna considerare delitto secondo la natura delle cose o come razionalmente punibile nello Stato ogni lesione o messa in pericolo, imputabile alla volontà umana, di un bene che deve essere tutelato dallo Stato, sempreché questa tutela generale non possa non possa essere attuata in altro modo che mediante la minaccia contro ogni trasgressore». Si veda anche M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e*

la sua connotazione più ampia rispetto al diritto soggettivo, contrariamente a quest'ultimo ha la capacità di riferirsi, senza forzature, anche al campo dei reati riguardanti la sfera etica e religiosa, la cui presenza, nell'ordinamento allora vigente, era approvata incondizionatamente³⁴.

Tuttavia, la nuova figura di bene, così come teorizzata, seppur vantava il pregio di aver individuato una nozione materiale di bene giuridico³⁵, non ebbe funzione critica di limite alla penalizzazione, svolgendo, invece, un compito opposto; ossia finì con il dilatare l'area dei fatti penalmente rilevanti giustificando la punizione di comportamenti contrari a valori etici o religiosi, che i teorici del reato come violazione di un diritto soggettivo avevano decisamente contestato³⁶.

È con Franz v. Liszt che si ha un concetto di bene giuridico capace di fungere da limite alla potestà punitiva dello Stato³⁷. Egli, proclamando che il diritto penale trova il suo fondamento in uno *scopo*, ossia quello di mantenere le condizioni della vita in comune³⁸, propose un concetto materiale di bene giuridico³⁹ preesistente alla valutazione del legislatore e come tale idoneo a garantire la corrispondenza tra realtà

politica criminale, cit., p. 12, secondo cui poiché il concetto di *Rechtsverletzung* si identifica con quello di "azione in contrasto con il diritto altrui", da tale punto di vista (della contrarietà al diritto) tentativo e consumazione, lesione e pericolo sono del tutto equivalenti; soltanto il riferimento ai beni della vita nella loro concretezza consente di graduare l'entità dell'offesa.

³⁴ Cfr. M. F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung*, cit., pp. 178 e ss.: «Sebbene in uno stato possano esistere religioni positive le più svariate, sempre vi sarà una somma di convinzioni religiose ed etiche riguardata come un bene comune del popolo, degno di essere posto sotto la garanzia generale. La conservazione di questo bene comune è così intimamente legato con la conservazione della stessa costituzione, che anche indipendentemente da un determinato divieto assistito da sanzione penale, certe specie di azioni immorali o irreligiose non possono non essere repute già in se stesse come anti-giuridiche».

³⁵ Come sostenevano i liberali, l'idea del bene presupponeva un collegamento del reato con la vita, richiedendo la lesione di realtà concrete, preesistenti alla norma giuridica e non create da questa. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 19 e ss., che, sul punto, riporta il noto passo tratto da H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, 1957, p., cit., 2: «I beni giuridici sono situazioni permeate di valore che possono essere modificate dalla condotta umana e che perciò possono essere tutelate tramite prescrizioni penali contro tali modificazioni; in una parola, sono situazioni offendibili, tutelabili».

³⁶ Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 12 e ss.

³⁷ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 8 e ss.

³⁸ Il diritto, ed in particolare il diritto penale, serve alla soddisfazione di bisogni sociali che si impongono come dei dati preesistenti alla valutazione del legislatore. Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 9.

³⁹ L'Autore ravvisa nei beni giuridici "interessi tutelati dal diritto". Cfr. F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ZStW*, 1883, p. 9. Il bene giuridico consiste in quella realtà materiale alla cui modificazione o alla cui non modificazione ciascun componente del corpo sociale attribuisce un interesse. Il bene giuridico è per von Liszt il luogo di incontro tra l'idea evoluzionistico/teleologica della penalità e l'idea naturalistica di azione, come volontaria causazione o volontario non impedimento di una modificazione nel mondo esteriore, affinché l'azione si possa manifestare come modificatrice di esso. Così M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico*, cit., p. 83, nt. 62.

sociale e realtà normativa, con la precisazione che il contenuto materiale (antisociale) è indipendente dal suo giusto apprezzamento da parte del legislatore: «*La norma giuridica lo trova già, non lo crea*»⁴⁰. Da qui l'illazione che il bene giuridico debba possedere una materialità esteriore affinché l'azione causale possa manifestarsi come una sua modificazione, ossia come una sua lesione o messa in pericolo⁴¹. Tuttavia l'impostazione lisztiana, di tendenza marcatamente liberale, ha avuto con se il limite di non essere riuscita a prospettare precisi criteri atti a selezionare i dati "pregiuridici" che dovrebbero materializzare il concetto di bene giuridico⁴², la cui nozione «*smarrì il valore originario idoneo a delimitare, secondo il principio della libertà, il campo del diritto penale*»⁴³. Ma le stesse sorti ebbe anche il pensiero dottrinario opposto, sempre di matrice tedesca, di quegli anni che si ascrive a Karl Binding il quale, partendo dall'assunto che l'oggetto della tutela viene creato dal legislatore, quest'ultimo non deve occuparsi della difesa dei singoli interessi giuridici, ma del mantenimento delle condizioni complessive di una sana "vita del diritto"⁴⁴. Binding definisce bene giuridico «*tutto ciò che agli occhi del legislatore costituisce un valore per l'ordinamento giuridico e che egli si è sforzato di tutelare da lesione a messa in pericolo attraverso le norme*»⁴⁵, annullando del tutto qualsivoglia funzione critica del bene giuridico e limitatrice nei confronti dell'esercizio del potere legislativo che risulta, al contrario,

⁴⁰ Cfr. F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21/22., Aufl., Berlin-Leipzig, 1919, p. 133.

⁴¹ Cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico*, cit., p. 83, nt. 62.

⁴² Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 8. Secondo invece altra dottrina, «nel complesso, il richiamo agli interessi sociali come fondamento e criterio orientativo per la legislazione e la giurisprudenza penale rimane certamente una conquista attribuibile al pensiero di questo Autore, e costituisce ancora oggi un riferimento imprescindibile per l'individuazione del disvalore sostanziale di reato»; così M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 15. Invece secondo A. CALVI, *Introduzione a Franz von Liszt. La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, pp. XIX-XXVI, il pensiero di von Liszt, rimasto in equilibrio fra esigenze di difesa sociale e di legalità, di prevenzione e di retribuzione, sarebbe in ultima analisi segnato da una incoerenza di fondo, per la incapacità di individuare un principio in grado di ricondurre ad unità tutte quelle esigenze.

⁴³ Cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico*, cit., p. 84, nt. 64.

⁴⁴ È proprio nel sottolineare il ruolo del legislatore nella determinazione dei beni, nonché per la loro relazione alla "vita del diritto" che essi guadagnano il nome di "beni giuridici". Cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Erster Band, 3, Aufl., Leipzig, 1916, p. 339.

⁴⁵ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., p. 340: «Bene giuridico è tutto ciò che, pur non costituendo diritto, tuttavia ha valore agli occhi del legislatore quale condizione per la sana vita della comunità giuridica, ed al cui invariato e indisturbato mantenimento questa ha interesse secondo l'opinione del legislatore. Nella creazione dei beni giuridici e nella formulazione delle norme poste a tutela di essi, la fonte giuridica è limitata soltanto dalla propria considerazione e dalla logica. Ciò che non può essere leso o annientato non può neppure essere riconosciuto come oggetto di lesione del diritto positivo, così come quest'ultimo non può far apparire per magia un nesso causale inesistente».

immenso ed incontrollabile⁴⁶. Contestualmente con Mayer si sviluppa, in una netta inversione di tendenza, un concetto culturale di bene giuridico⁴⁷ partendo dall'assunto che il reato, nel suo aspetto sostanziale, è un fatto contrario non ad interessi bensì a valori etico culturali; l'oggetto giuridico del reato viene visto come coincidente con i bisogni individuali socialmente dominanti. Di funzione critica di un tale concetto di bene giuridico non se ne può parlare: l'analisi storica mostra che i valori culturali, anche se preesistenti all'atto legislativo, potrebbero teoricamente fungere da limite alla penalizzazione solo quando ci sia contrasto tra valutazione legale e valutazione culturale⁴⁸, contrasto che, tuttavia, difficilmente si può realizzare essendo l'autorità politica espressione di valori culturali⁴⁹. In definitiva, il concetto culturale di Mayer (*Kulturnormen*) non fu nient'altro che «il tentativo di un approfondimento della teoria degli interessi e del bene giuridico»⁵⁰ nonché un «nuovo modo di comprensione della realtà sottostante alle norme ma solo nei suoi aspetti spirituali e forse ideologici, e non in quelli materiali»⁵¹, aprendo la strada che portò all'involuzione ed al declino del concetto di bene giuridico⁵².

La concezione del reato come lesione di un bene giuridico è stata sostenuta in Italia da Arturo Rocco che, in un clima di esasperato positivismo e tecnicismo giuridico, accolse nel suo sistema le ispirazioni tanto di Binding che di v. Liszt, riconducendo il bene giuridico a categoria/contenitore di ogni interesse che il giudizio sovrano del legislatore contempra come oggetto del reato⁵³. L'Autore, distinguendo il bene giuridico

⁴⁶ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 17: «Come si vede, il concetto di bene giuridico ha completamente perduto qualunque funzione limitatrice dei riguardi dell'esercizio del potere legislativo: è vero, sì, che le norme si sforzano di tutelare la "sana vita del diritto" e che i beni giuridici acquistano rilevanza proprio in ragione del loro valore sociale, ma il margine di discrezionalità di cui il legislatore può godere, rimane immenso ed incontrollabile».

⁴⁷ Cfr. M.E. MAJER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, pp. 134 e ss. Un esempio di valore culturale derivato da diritto è per Mayer insito nel dare la precedenza a destra, sorpassare a sinistra, per quanto riguarda la circolazione stradale.

⁴⁸ Nel senso che non sia ammissibile prevedere come reato un fatto che sia espressione dei fondamentali valori culturali. Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 26.

⁴⁹ Di diverso avviso è V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 19, nt. 18, secondo cui «seppur è condivisibile, storicamente, la scarsa riuscita critica del confronto tra valori culturali e diritto positivo, non può essere negata la postura critica della concezione in esame, ossia la sua prospettiva di limite nei confronti del sistema».

⁵⁰ Cfr. R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Bd. 1: *Allgemeine Grundlagen*, 1925, p. 24.

⁵¹ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 79. Inoltre, per una critica a questa dottrina, si veda K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., pp. 155 e ss.

⁵² Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 177.

⁵³ Cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico*, cit., p. 85.

tra oggetto giuridico formale, oggetto giuridico sostanziale generico e specifico⁵⁴, ritenne che per aversi reato non fosse sufficiente la lesione di un obbligo ma fosse necessaria la lesione o messa in pericolo di un *interesse*, inteso come esigenza della vita umana da tutelare attraverso la norma incriminatrice per assicurare il mantenimento delle condizioni di coesistenza. Tale interesse è una realtà (socialmente rilevante) che preesiste alla norma giuridica⁵⁵, ma che, al contempo, viene da questa “fissata” e specificata⁵⁶, finendo con il coincidere con l’oggetto di tutela della disposizione già emanata. Sullo sfondo dell’intera teoria del bene giuridico di Rocco si trova una ispirazione di fatto liberale mirante ad arginare l’onnipotenza del legislatore mediante il richiamo alle esigenze della realtà sociale e, più precisamente, a quelle incarnate nel bisogno di tutela di particolari, individuate, realtà⁵⁷. Per i fini che qui ci interessano, sicuramente la concezione del bene giuridico di Rocco appare idonea, sotto un angolo visuale, a ribadire fermamente l’importanza dell’*offesa* del bene nell’economia dell’illecito, ma risulta del tutto avulsa da qualsiasi funzione critica del bene giuridico riconoscendo, nel solo giudizio del legislatore, la sede di valutazione (un mero apprezzamento di politica) di cosa possa essere bene giuridico, finendo con l’ammettere

⁵⁴ L’oggetto giuridico formale è inteso come il diritto dello Stato all’obbedienza alle proprie norme da parte dei cittadini; l’oggetto giuridico sostanziale generico è un interesse sociale proprio di tutta la società giuridicamente organizzata, ossia l’interesse dello Stato alla assicurazione delle condizioni della vita in comune che presuppone il carattere antisociale (danno sociale, pericolo sociale) dell’azione. Infine l’oggetto giuridico sostanziale specifico è, invece, quel bene o interesse particolare proprio del soggetto direttamente offeso dal reato. Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 25. Secondo l’Autore, dalla reciproca interdipendenza dei due aspetti dell’oggetto sostanziale emergono due importanti e giuste indicazioni: 1) che non tutti i fatti lesivi di un qualche interesse riconducibile al singolo uomo siano meritevoli di tutela penale, ma soltanto quelli non compatibili con il mantenimento delle condizioni elementari della vita in comune, e 2) che non tutti i fatti socialmente dannosi sono punibili, ma soltanto quelli che si concretano nella lesione di un bene giuridico, cioè di un bene o interesse (individuale o sociale) riconducibile alle esigenze della vita umana.

⁵⁵ Cfr. A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, p. 244: «Il bene prima ancora di essere giuridico è un bene della vita umana individuale e sociale e l’interesse prima ancora di essere giuridico è un concetto è un interesse umano; cosicché il bene prima ancora di essere un concetto giuridico è un concetto sociologico, e solo determinando che cosa sia, sociologicamente, un bene si può arrivare a sapere che cosa esso sia per il diritto».

⁵⁶ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 27; A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., p. 444: «Accertare qual’ è il bene e l’interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null’altro che accertare lo ‘scopo’ che la legge penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione o omissione. Significa, in altri termini, interpretare la legge penale secondo gli scopi suoi».

⁵⁷ Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 27. L’Autore, in netta controtendenza, ravvisa una matrice liberale nel pensiero di Rocco, ravvisando a monte un’ “apertura” nei confronti del contesto sociale.

che anche un interesse futuro possa fungere da oggetto della tutela penale⁵⁸. Ed in posizione nettamente critica rispetto alle teorizzazioni del Rocco rinveniamo esimi autori della dottrina penalistica italiana, come il Carnelutti il quale evidenzia il “vero errore” della concezione di Rocco quando osserva che «*la partizione dell’oggetto sostanziale del reato in oggetto generico e oggetto specifico ha il torto di porre, una volta come oggetto ciò che, invece, è il motivo della protezione: una cosa è l’interesse tutelato dal comando, altra cosa è l’interesse all’osservanza del comando*»⁵⁹. Ed, ancora, il Manzini, nel tentativo di delineare un concetto onnicomprensivo di bene giuridico, individua nell’oggetto giuridico del reato lo stesso fatto, osservato dall’angolo visuale del legislatore⁶⁰; riflessione quest’ultima fatta propria, sotto le vesti di interpretazione teleologica, da Antolisei il quale, sul rilievo che non tutti i reati proteggono un bene già esistente, propose di sostituire alla nozione tradizionale di oggetto della tutela quella di scopo della norma poiché «*uno scopo non manca mai nella norma penale mentre un oggetto tutelato, un bene protetto può non riscontrarsi*»⁶¹. È evidente che ciò significa ammettere l’esistenza di reati non solo senza bene giuridico ma anche senza un vero e proprio danno o pericolo, svilendo completamente il ruolo dell’offesa nella costruzione della sistematica del reato⁶².

⁵⁸ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 27, v. nt. 39. Si veda, per una critica, M. DONINI, voce *Teoria del Reato*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, pp. 20 e ss., secondo il quale, proprio il confondere l’oggetto della tutela penale con la *ratio* della norma, rappresenterebbe il limite intrinseco alla concezione del bene giuridico del Rocco.

⁵⁹ Cfr. F. ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 94. Cfr. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 51, secondo cui la nozione di oggetto sostanziale generico rappresenterebbe la ragione per la quale vengono posti comando e sanzione, non l’interesse protetto mediante il comando; esso sarebbe il motivo della tutela, non l’oggetto della tutela, perché la norma non può tutelare l’interesse alla tutela, cioè, in definitiva, non può tutelare se stessa.

⁶⁰ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981, pp. 624 e ss. Ad esempio il Manzini individua l’oggetto ‘specifico’ del reato di violenza privata, il quale nel codice è inserito fra i delitti contro la libertà personale. Il predetto oggetto è ravvisato nell’interesse dello Stato di garantire la libertà individuale nel particolare aspetto della libertà psichica contro la coazione della persona a fare, tollerare od omettere qualche cosa. Basta confrontare questa formulazione con l’art. 610 c.p. per scorgere che essa nulla aggiunge a quanto risulta dal testo della disposizione e dalla rubrica del capo del codice in cui è inserita. Così, F. ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in *Riv. it.*, 1953, p. 406.

⁶¹ Cfr. F. ANTOLISEI, *Il Problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940; ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 97 e ss. Secondo l’Autore, non si dovrebbe neppure per un istante dubitare che il vero oggetto della tutela giuridica penale e, perciò, il vero oggetto del reato, sia l’interesse dell’individuo o dell’ente che è offeso dal reato medesimo. E poiché ciò che il diritto penale protegge è ciò che il reato offende, questo interesse costituisce il vero oggetto dell’offesa contenuta nel reato. Cfr. F. ANTOLISEI, *L’offesa e il danno nel reato*, cit., p. 100.

⁶² Cfr. F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., pp. 121-122: «All’indagine sull’oggetto della tutela bisogna sostituire quella sullo scopo della norma incriminatrice, perché la seconda ha veramente carattere generale, nel senso che può estendersi a tutto l’ambito del diritto penale, e giova di più

1.3. Il bene giuridico come *ratio* della tutela

L'idea del bene giuridico come scopo della norma è alla base anche della concezione metodologica, teoria elaborata in seno alla dottrina tedesca attorno agli anni '30⁶³, e riproposta in tempi recenti da una parte della dottrina italiana⁶⁴. Abbandonati gli sforzi di rinvenire un concetto sostanziale di bene giuridico con funzione critica⁶⁵, e, riconosciuta, all'epoca, l'inutilità di un concetto generale di bene giuridico con funzione meramente sistematica⁶⁶, in un'atmosfera di totale sfiducia⁶⁷, si abbandonò ogni tentativo definitorio preferendo assumere il bene giuridico come metodo teleologico per l'interpretazione della norma⁶⁸. La concezione metodologica muove da un pregiudiziale disinteresse nei confronti del sostrato materiale del bene giuridico⁶⁹ il cui ruolo risulta nettamente ridimensionato nell'ambito della fattispecie incriminatrice; si rigetta la considerazione di esso come dato prepositivo⁷⁰, svuotandolo, al contempo, di qualunque funzione di limite alle scelte di criminalizzazione⁷¹. Si muove dalla considerazione che non tutte le fattispecie sono inquadrabili nell'idea di tutela di beni giuridici, in quanto

all'interpretazione della legge. Si tratta, insomma, unicamente di mettere da parte il vecchio cliché dell'oggetto della tutela per adottare, in luogo di esso, il criterio semplice e lineare di "scopo della norma"».

⁶³ R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919; M. GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festgabe für R. Frank*, 1, 1939, p. 1 e ss.; L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930; E. SCHWINGE, *Teologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1930, p. 32.

⁶⁴ Cfr. A. PAGLIARO, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano, 1965, pp. 389 e ss.; F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., pp. 3 e ss.

⁶⁵ Cfr. H. J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Honing-Festschr.*, 1970, p. 152; Cfr. F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ZStW*, 1883, p. 9; ID., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21/22., Aufl., 1903, p. 133; K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Erster Band, 3, cit., p. 339; M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung*, cit., pp. 178 e ss.; P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962.

⁶⁶ Cfr. R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, cit.; E. SCHWINGE-L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937.

⁶⁷ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 24.

⁶⁸ Si veda A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 190.

⁶⁹ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 10.

⁷⁰ Il bene giuridico nella concezione metodologica, non viene più visto come una realtà naturale, sociale ed economica tutelata dal diritto, un interesse preesistente alla disciplina giuridica, assunto ad elemento costitutivo della fattispecie, esplicito o implicito, l'oggetto della tutela dell'offesa; ma un momento dello scopo della norma, la finalità di tutela apprestata dal legislatore. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 191.

⁷¹ Secondo Angioni (cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 29), «alla prova dei fatti la concezione metodologica mostrò di non avere alcun intento limitatore dell'ambito di operatività delle disposizioni penali: per innata predisposizione la volontà era all'opposto orientata a conferire massima efficacia di tutela ai dettati della legge penale».

una serie di reati non comportano né una lesione né una messa in pericolo del bene⁷². Il bene giuridico non è più, dunque, una realtà preesistente alla norma assunto ad elemento costitutivo della fattispecie, ma il risultato di un'interpretazione di scopo incapace di arginare l'onnipotenza del legislatore⁷³. È soprattutto con Honig⁷⁴ che, sotto l'evidente influsso della cultura neokantiana di inizio secolo, si diffonde l'idea di utilizzare il bene giuridico come strumento metodologico nella fase interpretativa⁷⁵: bene giuridico non è altro che «lo scopo riconosciuto dal legislatore alle singole disposizioni penali, espresso nella formula più breve»⁷⁶ di talché «accertare quale sia il bene e l'interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo scopo che la legge penale si propone di raggiungere... significa interpretare la legge penale secondo gli scopi suoi»⁷⁷. La concezione del bene giuridico come momento dello scopo della disposizione penale –come entità interna alla norma-, conduce ad una nozione di bene

⁷² Come sottolineato da parte della dottrina, la base comune alla maggior parte delle elaborazioni dottrinali della concezione metodologica muoveva dalla considerazione che nell'ordinamento vigente non tutte le fattispecie erano equiparabili nell'idea di messa in pericolo di un bene. Di fronte all'alternativa di riconoscere che non tutti i reati sono offesa di beni giuridici, e quindi di costruire due categorie di reati (con e senza offesa), fu proposta una radicale revisione del concetto tradizionale di bene giuridico (considerato, del resto, di per sé inadatto a spiegare l'essenza e la funzione della norma incriminatrice). Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 191.

⁷³ Con la concezione metodologica il bene giuridico da dato esterno alla norma, si trasforma in sintesi o "abbreviazione dell'idea di scopo" e perde ogni funzione di limite alle scelte di criminalizzazione conservando un valore interpretativo o, al più, una funzione sistematica o classificatoria; perde, in particolare, il suo valore di entità reale e concreta per diventare un supporto concettuale e una sintesi categoriale incapace di offrire prestazioni critiche. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 28. Si rinvia anche ad A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 195, ove l'Autrice afferma che «il concetto di bene giuridico perde la sua funzione critica in prospettiva di politica del diritto, viene svuotato della peculiare funzione di limite del potere punitivo statale: da oggetto diventa ratio della tutela, il 'perché ideologico', la ragion d'essere della norma penale, e come tale non comporta alcuna limitazione alla penalizzazione, convalidando, anzi, a posteriori, qualsiasi scelta punitiva del legislatore, anche la più arbitraria».

⁷⁴ Cfr. R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, p. 94. Secondo l'Autore «Se la norma si sforza di tutelare un valore importante per la vita del diritto, l'oggetto della tutela è quella sintesi categoriale con cui il pensare giuridico si sforza di afferrare senso e scopo delle singole disposizioni giuridiche in forma sintetica». Questa impostazione di Honig viene elaborata nel contesto di un lavoro mirante a risolvere i problemi in tema di consenso dell'avente diritto, e venne poi utilizzata per elaborare una teoria dell'interpretazione della fattispecie. Infatti è sulla scia di Honig che si colloca l'indirizzo teleologico della c.d. scuola di Marburgo, rappresentata, in particolare, da Schwinge e Zimmerl. Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Bonn, 1930, p. 32; ID., *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930; E. SCHWINGE-L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, cit., 1937.

⁷⁵ Con i termini oggetto della tutela o beni giuridici si vuole intendere nient'altro che lo scopo, assegnato dal legislatore, alle singole disposizioni penali nella sua formula più breve. Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 24.

⁷⁶ Cfr. R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, cit.

⁷⁷ Cfr. già A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., pp. 580 e ss.

coincidente con il contenuto della norma stessa⁷⁸; il bene si identifica con la fattispecie o, meglio, con tutto ciò che il legislatore si propone di raggiungere con la minaccia della sanzione, ossia il complesso di ragioni finalistiche che stanno alla base della norma integralmente considerata⁷⁹.

Con Schwinge⁸⁰ e Grünhut⁸¹ tali teorizzazioni vengono portate all'estreme conseguenze⁸² ed il bene giuridico viene completamente snaturato diventando semplicemente la *ratio legis*, confermandosi nella sola sua funzione interpretativa perdendo anche ogni traccia di funzione dommatica⁸³. Il bene giuridico cambia completamente fisionomia: da substrato del reato a mera abbreviazione del concetto di scopo, diviene un metodo d'interpretazione della fattispecie⁸⁴, che consente di superare

⁷⁸ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 68. Osserva, inoltre, F. ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, cit., p. 406, nel richiamare il modo in cui Manzini delineava l'oggetto del "specifico" del reato di violenza privata («L'interesse dello Stato di garantire la libertà individuale nel particolare aspetto della libertà psichica contro la coazione della persona a fare, tollerare od omettere qualcosa»), che «basta confrontare questa formulazione con il testo dell'art. 610 c.p. per scorgere che essa nulla aggiunge a quanto risulta dal testo della disposizione e dalla rubrica del capo del codice in cui è inserita».

⁷⁹ Il bene giuridico, così concepito, diviene, sul piano dommatico, un concetto del tutto superfluo, un travestimento verbale della fattispecie. Si identifica con la fattispecie e include, perciò, nel concetto, modalità e mezzi di commissione del fatto, elementi dell'atteggiamento interiore, l'interesse tutelato e quelli con esso in conflitto, per cui tutti gli elementi della fattispecie, anche quelli di ordine soggettivo, e persino valutazioni di tipo etico e considerazioni generali in tema di funzione della pena, di certezza del diritto, di opportunità e così via, riassunti nella formula più breve "scopo della norma", deve concorrere alla individuazione del bene giuridico. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 194; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 29. Così anche E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1937, 697; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 14, Aufl, 1970 p. 189. Ed ancora, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 10, ove si sottolinea che la concezione metodologica contesta il ruolo centrale del bene giuridico nella configurazione della fattispecie incriminatrice, evidenziandosi come assumano una importanza non minore altri elementi quali le modalità della condotta aggressiva, le caratteristiche dell'elemento soggettivo, la qualità dei motivi a delinquere, ecc.

⁸⁰ Cfr. E. SCHWINGE, *Teologische Begriffsbildung im Strafrecht*, cit., 1930; SCHWINGE- L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937.

⁸¹ Cfr. M. GRÜHNUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Frank-Festg.*, 1930, Bd. 1.

⁸² Gli autori elaborano un concetto formale omnicomprensivo di bene giuridico. Si rinvia, per un'estesa trattazione, sempre a F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 33 e ss.

⁸³ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 25.; si veda anche W. GALLAS, *Die Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Gleispach-Festchr*, 1936, p. 57; H. J. RUDOLPHI, *Die verschieden Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, cit., p. 154; Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 133. Si veda anche, A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 195, ove l'Autrice sostiene che per la concezione metodologica il bene giuridico «non è più l'oggetto materiale o ideale della tutela, il bene della vita leso o messo in pericolo dal reato e protetto dalla legge, cioè un bene costruito in termini pre-giuridici. Il bene giuridico altro non è se non una sintesi categoriale in cui si esprime in forma concisa significato e scopo della singola norma incriminatrice, la *ratio legis*». Cfr. R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, cit., p. 94.

⁸⁴ Così testualmente E. SCHWINGE – L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, cit., 1937, p. 64: «Deve essere messo in rilievo con ogni energia che nessun dubbio può esserci sul fatto che la dottrina del bene giuridico non è rimasta immobile nei cento anni della sua storia.

il formalismo giuridico e permette un più ampio collegamento con le esigenze del diritto⁸⁵. Non è più il concetto di bene giuridico a svolgere una funzione interpretativa, ma il concetto di scopo nel quale la nozione di bene giuridico si annulla⁸⁶.

Ne consegue che gli oggetti di protezione non esistono come tali, cioè come dati indipendenti dalla tutela giuridico-penale⁸⁷. Ricavato dalla struttura della norma, il bene giuridico si muove in una prospettiva immanente al sistema penale, diventa una nozione prettamente giuridica: non può porsi, quindi, in antitesi con la norma. In tal modo, il concetto di bene giuridico perde la sua funzione critica in prospettiva di politica del diritto⁸⁸. Per i metodologici, oggetto dell'offesa non è il bene giuridico ma la norma stessa: quindi la violazione consiste nell'obbligo imposto dalla norma ed il reato si configura come mera violazione dell'obbligo, come disobbedienza. Con la conseguenza che ogni offesa penalmente rilevante è un'offesa di lesione⁸⁹, senza possibilità di distinzione tra lesione e messa in pericolo del bene. È chiaro come un concetto siffatto di bene giuridico, incompatibile con una concezione realistica del reato, perde qualsiasi rilevanza sul piano politico criminale, conservando solo una funzione di mezzo di interpretazione ai fini di una ricostruzione teleologica della fattispecie incriminatrice⁹⁰, e una funzione di sistemazione della parte speciale⁹¹.

Molte sono le critiche, di diverso genere, mosse alla concezione metodologica da parte di chi⁹² vedeva in un tale concetto di bene giuridico una incapacità ontologica di

Piuttosto ha essa in questo tempo attraversato una evoluzione nella quale il concetto di bene giuridico ha assunto un significato completamente nuovo. Mentre originariamente esso riguardava il substrato del reato, c'è oggi in esso soltanto ancora un richiamo al metodo dell'interpretazione penale e della costruzione concettuale: una distinzione più netta non è pensabile».

⁸⁵ Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 31.

⁸⁶ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 197.

⁸⁷ Cfr. R. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, cit., p. 109: «Essi vengono per la prima volta in vita quando noi prendiamo in considerazione i valori della comunità come oggetti di scopo delle norme penali».

⁸⁸ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 196, secondo cui, in tal modo il bene giuridico viene svuotato della peculiare funzione di limite punitivo statale: da oggetto diventa ratio della tutela, il "perché" ideologico, la ragion d'essere della norma penale, e come tale non comporta alcuna limitazione alla penalizzazione, convalidando, anzi, a posteriori qualsiasi scelta del legislatore, anche la più arbitraria. Si veda anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 41.

⁸⁹ Cfr. M. GALLO, *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964, p. 788 per il quale «l'idea di messa in pericolo rinvia ad interessi extranormativi, o di fatto che dir si voglia».

⁹⁰ Cfr. M. E. MAJER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, pp. 134 e ss.

⁹¹ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*. Tomo I., cit. p. 54.

⁹² Così M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut». Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, 1972, p. 20; P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs*, cit., p. 94; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Bologna, 1983, p. 183; A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, p. 175; A. FIORELLA, voce "Reato in generale" (*dir. pen.*),

limitazione del contenuto della norma penale, e di chi⁹³, invece, ne sottolineava l'inadeguatezza di fondo dell'utilizzazione di un simile concetto nel processo di interpretazione, sull'assunto che, per conoscere quale sia lo scopo della norma, bisogna aver già interpretato la disposizione da cui questa è posta: il bene giuridico sarebbe piuttosto il risultato dell'interpretazione e non un momento di essa⁹⁴. Tuttavia vi è chi guarda con acritico positivismo alla concezione metodologica sottolineando come essa sia stata in grado di dare un notevole contributo alla teoria dell'interpretazione ed al metodo teleologico⁹⁵, ormai imposto come patrimonio acquisito comune della scienza giuridica⁹⁶, a integrazione e correzione del metodo formale-concettuale⁹⁷.

in *AA.VV.*, *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 790; G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi, in Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, p. 335; Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, 1937, pp. 4 e ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 90.

⁹³ Così, A. PAGLIARO, *Bene giuridico ed interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, vol. II, 1965, p. 395.

⁹⁴ Secondo autorevole dottrina (cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 32) «le due obiezioni sono in qualche modo collegate: entrambe, infatti, muovono dal presupposto che lo scopo della norma debba essere ricavato soltanto attraverso l'analisi della singola fattispecie penale. E in realtà, se così fosse, tali obiezioni coglierebbero nel segno, giacché con un concetto ricavato esclusivamente dalla legge non sarebbe davvero possibile né criticare né interpretare quella stessa legge (si tratterebbe evidentemente di un circolo vizioso). Se però si concepisse il processo ermeneutico come un'operazione che in qualche modo è necessariamente circolare – che, cioè, data una “precomprensione” degli elementi da interpretare, si serve di essa per cogliere il significato dell'intera proposizione e ritorna poi sul singolo elemento per intenderlo più a fondo, in modo completo, alla luce dell'intero sistema significativo di riferimento – allora si possono anche superare le dette obiezioni e utilizzare con una qualche, parziale utilità, il concetto metodologico del bene giuridico». Infatti M. P. GIUSINO è tra gli autori che vedono con una certa positività la concezione metodologica del bene giuridico.

⁹⁵ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 27. Nonché M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 35, nt. 56. L'Autore sottolinea come la concezione metodologica del bene giuridico può ascrivere a suo merito l'aver contribuito ad instaurare l'interpretazione teleologica della norma penale, ciò che rappresenta sicuramente un passo in avanti ed una acquisizione definitiva; il bene giuridico è inteso oggi come un mezzo insostituibile per una corretta, non formale, interpretazione degli interessi realmente tutelati dalle norme penali. Si veda anche G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1962, pp. 672 e ss. In Germania la funzione interpretativa del bene giuridico si può dire riconosciuta unanimemente da: R. MAURACH – H. ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 7, Auflage, 1988; J. BAUMANN – U. WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 9. Aufl. Bielefeld, 1985, p. 141; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 135; W. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema “Bene giuridico e riforma della parte speciale”*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, p. 369; K. H. GÖSSEL, *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeits einschränkendes Tatbestand und Norm*, in *Festschrift für Dietrich Oehler*, hrsg. von R. D. HERZBERG, Köln – Berlin - Bonn - München, 1985, p. 102.

⁹⁶ Bene giuridico è, in questa prospettiva, una perifrasi che sta per interpretazione metodologica corretta. Cfr. J. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, 1966, p. 69, nt. 27.

⁹⁷ Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come “azione”. Critica di un dogma*, 1971, p. 148; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 134; L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. It.*, 1952, pp. 149 e ss.

Ma, all'infuori dell'unico citato pregio della teoria in esame, il positivismo senza limiti⁹⁸, e l'identificazione del bene oggetto di protezione con la *ratio legis*, risulta ancora essere l'aspetto più criticato della concezione metodologica, inadatta a fornire una definizione esaustiva delle finalità di tutela penale apprestata dal legislatore⁹⁹.

Del resto, ad eccezione di alcune minime voci dissonanti¹⁰⁰, oggi si esclude che il bene giuridico possa coincidere con la *ratio* della tutela e ciò, a nostro avviso, per una serie di ragioni. Innanzitutto, come affermato da autorevole dottrina, una cosa è la *ratio*, intesa come la ragione ed i motivi, diretti ed indiretti, che presiedono alla fattispecie¹⁰¹, ed altra cosa è l'*occasio legis*, ossia l'occasione che di fatto porta all'emanazione della norma¹⁰², intesa come intenzione dell'effettivo legislatore storico o come intenzione oggettiva e impersonale scaturente dalla norma stessa¹⁰³, e condizionata dalla sua relazione sistematica con le altre norme, precedenti, contemporanee e soprattutto successive. Inoltre, se si prospetta come oggetto di tutela una nozione di bene, indentificando l'interesse tutelato con la *ratio* della norma, il bene giuridico (non essendovi scarto tra momento descrittivo e valutativo), perde ogni autonomia rispetto al tipo descrittivo, negando, in tal modo, la sua preesistenza alla norma e la sua funzione

⁹⁸ Cfr. P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, cit., p. 79; H. J. RUDOLPHI, *Die verschieden Aspekte des Rechtsgutbegriffs*, cit., p. 153; M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'*, cit., p. 20.

⁹⁹ Cfr., al riguardo, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 24; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 10.

¹⁰⁰ Cfr. G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2 Aulf., Berlin, 1999, trad. spagnola, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 11, secondo il quale il compito del diritto penale risiederebbe più che nella protezione di beni giuridici, nel confermare la validità e l'obbligatoria della norma violata, quindi bene giuridico sarebbe la pratica vincolatività della norma penale. Secondo Jakobs assumerebbe rilievo non tanto un comportamento inteso come mero accadimento esteriore che lede un bene concepito a sua volta come oggetto materiale del mondo esterno. Rileverebbe, piuttosto, un comportamento da considerare quale accadimento significativo sul piano dell'interazione sociale ed il significato consisterebbe nel rappresentare la negazione della norma penale. Lo scopo del diritto penale finirebbe col consistere nella tutela di se stesso. ID., *¿Qué protege el derecho penal? Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in *El Funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Professor G. Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 39. Sulla stessa linea H. LESCH, *La función de la pena*, Madrid, 1999, pp. 45 e ss.

¹⁰¹ Cfr. E. SCHWINGE – L. ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungdenken im Strafrecht*, cit. p. 69; si veda pure A. HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *ZStW*, 1915, p. 21, nt. 4.

¹⁰² Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 25.

¹⁰³ Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung*, cit., p. 22, secondo cui «*ratio*, in altre parole ciò che crea forza motrice o motivo per la creazione della disposizione di legge»; ed ancora W. MÜNZZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, p. 264 secondo cui la *ratio* è intesa «come il risultato della ponderata comparazione degli interessi che il legislatore deve aver effettuato quando emanò la legge». Entrambi in F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 26, nt. 13.

critica¹⁰⁴. Ed, ancora, da un punto di vista politico criminale, l'utilizzazione della *ratio* in termini di oggetto della tutela non solo è inadeguata ma anche pericolosa per le garanzie individuali in quanto risulta incapace sia di offrire una nozione significativa di bene ed è, poi, assolutamente inidonea a svolgere una funzione di delimitazione dell'area dell'intervento statale in materia penale¹⁰⁵.

Infine, l'inaccettabilità del concetto si rivela soprattutto in rapporto all'individuazione dell'oggetto dell'offesa: concepire il bene giuridico come coincidente con la *ratio* della norma stessa, comporterebbe che il contenuto di un fatto conforme alla fattispecie, si concreterebbe sempre in una lesione, senza posto per una differenziazione, in termini di offesa, tra lesione e messa in pericolo¹⁰⁶. E tale impostazione risulterebbe inaccettabile anche per i fini che qui ci interessano.

1.4. Il bene giuridico come oggetto della tutela

Ma, sempre in Germania, a completamento del procedimento di astrazione e di eticizzazione del diritto penale¹⁰⁷, in un'atmosfera di svalutazione della funzione del bene giuridico, si pone il pensiero dei c.d. nazionalsocialisti, che, nel clima politico autoritario del nazismo e del fascismo¹⁰⁸, abbandonate le logiche liberali, razionaliste ed

¹⁰⁴ Così, A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 200.

¹⁰⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 352. L'Autore sottolinea come «la difesa del 'bene-ratio' porta alla criminalizzazione di condotte che possono pur essere contrarie alla *ratio* di una o più disposizioni, ma, invero, sono lontanissime dall'effettiva lesione del bene che la condotta mira in realtà ad aggredire». Secondo Moccia «ben altra, invece, è la funzione del concetto di *ratio*, considerato autonomamente rispetto a quello di bene: un tale concetto, infatti, è in grado di adempiere, se correttamente adoperato, almeno a due funzioni fondamentali. Innanzitutto, va utilizzato per una sistematizzazione della parte speciale improntata a criteri di razionalità e di efficienza; esso, inoltre, è uno strumento indispensabile per l'interpretazione teleologica delle norme e per la ricostruzione del sistema».

¹⁰⁶ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 38.

¹⁰⁷ Intrapreso, sotto un certo punto di vista, già dalla concezione metodologica.

¹⁰⁸ Nel clima politico del nazismo e del fascismo, lo Stato è la realtà prima ed ultima in cui si annullano le singole individualità. Non esiste frontiera fra la vita pubblica e quella privata, e le leggi agiscono sulla vita dell'individuo nella sua totalità. Il concetto stesso di legge, e quindi di certezza del diritto, è superato. La legalità si trasforma da garanzia di libertà in strumento di autorità reazionaria. Nell'ordinamento tedesco dell'epoca viene soppresso la garanzia del principio di legalità ad opera della l. n. 28 del 1935 che, annullando il principio *nullum crimen nulla poena sine lege* ed il connesso divieto di applicazione analogica della norma penale, consentiva di punire un fatto anche se non dichiarato punibile previamente dalla legge, se il fatto merita la pena in base all'idea fondamentale di una legge penale e in base al sano sentimento popolare. In tal modo, come osserva C. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 118, «si spalancavano le porte alla manipolazione ideologica del diritto penale». Si attribuiva così al giudice il potere di punire come reato ogni fatto anche se non previsto dalla legge come tale, se la sua sensibilità politica lo ritiene a posteriori meritevole di punizione». Così A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 178.

illuministe¹⁰⁹, sostenevano una visione etica del diritto penale¹¹⁰ ponendo al centro del reato la “violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato”, impersonato dal Führer¹¹¹: è reato tutto ciò che offende i sentimenti etici della comunità. Il bene giuridico non costituisce più l’oggetto essenziale della tutela penale, ma il cuore del reato diviene la violazione di un dovere o il disvalore dell’atteggiamento interiore¹¹² e, persino, il tradimento del rapporto di fedeltà tra Stato e soggetto¹¹³.

Da una concezione oggettiva del reato, si passa ad una concezione soggettivistica che considera come oggetto dell’illecito il diritto dello Stato all’osservanza dei precetti penali. I maggiori sostenitori di questo nuovo indirizzo si fanno risalire alla scuola di Kiel¹¹⁴ che, soppiantando il concetto di bene giuridico con il concetto di violazione del dovere, maturarono la tendenza all’adesione di un nuovo diritto penale non del fatto ma della volontà e dell’atteggiamento interiore¹¹⁵. Il contenuto del fatto non sta nell’offesa di un bene giuridico bensì nella violazione del dovere¹¹⁶, ed, in linea con la progressiva

¹⁰⁹ La teoria del bene giuridico ha visto la propria evoluzione in senso liberale e garantista interrotta in Italia ed in Germania dall’esperienza dei due regimi autoritari, ispirati a ideologie di esplicito rifiuto dei principi e delle tendenze liberali, razionaliste ed illuministe. Sempre A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 177.

¹¹⁰ Secondo le nuove tendenze eticizzanti dei giuristi nationalsocialisti del nuovo regime politico, il diritto penale ha la funzione di educare, di correggere, di modellare le coscienze: una funzione non più conservativa ma propulsiva di una nuova moralità che il capo dello Stato interpreta nel “sentimento del popolo”.

¹¹¹ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 10 e ss.

¹¹² Cfr. H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, p. 12. È indiscusso il progressivo soggettivismo impresso da Welzel alla teoria del reato nel senso della svalutazione tendenziale del ruolo dell’offesa del bene giuridico e l’introduzione della controversa categoria dei comportamenti offensivi socialmente adeguati, fondata non sulla espunzione del concetto di pericolo, bensì su una visione non statica dei beni protetti. Per Welzel il comportamento immorale costituisce il generale contenuto di disvalore di ogni norma. Si veda F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 44, nt. 11.

¹¹³ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 45; G. DAHM, *Verrat und Verbrechen*, in *ZStaatsW*, 1935, p. 283.

¹¹⁴ I sostenitori della scuola di Kiel, al fine di spostare il baricentro del reato verso la lesione del dovere di fedeltà nei riguardi dello Stato, si scagliarono contro il concetto di bene giuridico ritenuto un residuo di quella concezione individualistica e liberale, che non doveva trovare più alcuno spazio nella “nuova” Germania. Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 55, nt. 58. Tra i principali esponenti della scuola di Kiel vanno ricordati: G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938; F. SCHAFFSTEIN, *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *DStR*, 1937. Nello stesso periodo, altra parte della dottrina, pur restando ferma all’idea del diritto penale come strumento di tutela dei beni giuridici, aveva svuotato il bene giuridico di ogni contenuto sostanziale, pertanto poteva utilizzarsi anche a tutela dei valori del regime (il dovere di fedeltà e di ubbidienza verso lo Stato). Così E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1937, pp. 693 e ss.

¹¹⁵ Cfr. T. WÜRTEMBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, 1933* (Neudruck 1973), p. XI.

¹¹⁶ F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grunfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1936, p. 11; ID, *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, cit., p. 335.

ed esasperata soggettivizzazione del diritto penale allora in corso¹¹⁷, venne meno lo stesso concetto di dannosità sociale come presupposto minimo dell'illecito¹¹⁸. La condotta è punita solo perché illecita dal punto di vista etico-sociale, indipendentemente dalla lesione di un bene¹¹⁹.

L'opinione che debba sussistere una concreta lesione o messa in pericolo del bene cade non solo con l'appena citata concezione sostanziale¹²⁰, ma anche con la quasi coeva concezione immateriale del bene giuridico che si fa risalire a Mittasch¹²¹, secondo cui oggetto di tutela penale è un valore ideale, o, portato alle estreme conseguenze, un prodotto del pensiero¹²², e, come tale, non offendibile¹²³. Il valore, il bene giuridico, appartiene al mondo normativo: è qualcosa di immateriale, un valore ideale, un prodotto del pensiero, un *quid* sottratto alle leggi causali e sottoposto a principi assiologici: dunque insuscettibile di concreta lesione o messa in pericolo, fenomeni questi

¹¹⁷ Cfr. E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, cit., pp. 693 e ss., che assume come oggetto di tutela i valori del regime e i sentimenti etici della comunità, svuotando il bene giuridico di ogni contenuto sostanziale. Così concepito il bene giuridico assume un significato puramente formale: diventa sul piano dommatico un concetto superfluo, un travestimento verbale della fattispecie. Così F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 36, nt. 10.

¹¹⁸ Ciò in linea con la esasperata soggettivizzazione del diritto penale. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 183. In senso contrario G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 11, secondo i quali, in questa prospettiva, criterio di determinazione della dannosità criminale dei comportamenti punibili, diventa il “sano sentimento popolare” impregnato di valori etici, per cui si assiste ad un tendenziale assorbimento della sfera del diritto in quella dell'etica.

¹¹⁹ Secondo A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 183, il disvalore del reato si esaurisce nel suo «significato sintomatico di un atteggiamento interiore contrario al dovere di fedeltà ed obbedienza verso lo Stato». Sostituendo l'idea del reato come offesa ad un bene giuridico con quello di violazione di un dovere etico di fedeltà, la norma finiva per tutelare se stessa, cioè l'interesse all'osservanza del comando. Su questa posizione si pone anche H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1939, p. 512, nt. 30, quando afferma che «la contrarietà all'etica sociale della condotta vietata, e non un'offesa al bene giuridico, è il contenuto generale di disvalore di tutte le norme». Cfr., in polemica alla dottrina nazista, G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, 1966, I, p. 324.

¹²⁰ Per una approfondita disamina sul concetto sostanziale si rinvia a F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 42 e ss. Secondo l'Autore il concetto sostanziale di bene giuridico risulta essere quello più idoneo a esercitare funzioni dommatiche ed in particolare a fungere da termine di riferimento dell'offesa nella forma della lesione o messa in pericolo. Infatti, i beni intesi in questo senso sono oggetti che vengono influenzati durevolmente dal reato e possono essere distrutti. Così K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 187.

¹²¹ Cfr. H. MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.

¹²² Cfr. A. KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des strafrechts*, 1939.

¹²³ Tuttavia, come acutamente osserva F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 53, Mittasch aveva parlato in un luogo di impossibilità concreta di lesione o messa in pericolo di essi. «A meno di voler credere che l'Autore fosse incorso in una palese e vistosa contraddizione nel punto centrale delle sue riflessioni, c'è da ritenere che la contraddizione sia solo apparente e che le due affermazioni citate si riferiscono in realtà a due cose diverse; è da ritenere che in un caso l'Autore (ossia Mittasch) si riferisse al bene giuridico come valore ideale e nell'altro al bene giuridico come substrato».

accertabili solo nel mondo naturale e sociale¹²⁴. Una siffatta concezione di bene giuridico, non scevra da forti critiche da parte di chi sosteneva che «*proprio la dottrina immateriale appare il vero fenomeno bisognoso di spiegazione*»¹²⁵, risulta completamente, ed a priori, inconciliabile con una concezione del reato che vede nell'offesa un elemento del fatto tipico, sia sul piano politico-ideologico che dommatico¹²⁶, non offrendo alcuna indicazione, neppure esemplificativa –al pari della concezione sostanziale- di quali siano i singoli oggetti di tutela¹²⁷.

Tali posizioni trovarono, tra l'altro, riscontro anche nella sincrona dottrina italiana, la quale, consapevole della svolta eticizzante compiuta dallo Stato, ritenne non più sufficiente la conservazione di beni preesistenti, richiedendo al diritto penale un contributo «*a trasformare le condizioni di vita della comunità sociale ed anche la coscienza del popolo allo scopo di conseguire determinate finalità nazionali e sociali*»¹²⁸. Questa dottrina guardava al bene giuridico come un'entità reale, come un qualcosa che esiste nella realtà obiettiva ed il reato veniva visto come un fatto che ostacola il miglioramento della comunità sociale e che contrasta con le direttive dello Stato: «*non si deve dire: il reato è sempre un fatto dannoso o pericoloso: ma –se si*

¹²⁴ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pp. 201 e 202. Secondo la concezione immateriale, che si preoccupava di separare l'oggetto materiale della condotta dal bene giuridico, nei delitti di lesione personale e di omicidio, ad esempio, «l'uomo come oggetto di tutela è un concetto ideale appartenente al mondo dei valori. Tutelato non è il singolo uomo ma la vita come valore generalmente vigente» (Cfr. A. KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein*, cit., p. 120); «il singolo uomo è oggetto dell'azione» (cfr. J. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelike. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, 1966). Secondo Merli si attribuiva così la qualifica di bene giuridico al valore ideale, a un concetto astratto, e non solo al suo referente concreto, al dato fattuale (il c.d. substrato). Il concetto di bene giuridico, in quanto prodotto del pensiero, è un dato ideale, ma al tempo stesso una sintesi astratta di dati concreti.

¹²⁵ Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 175. Se così fosse, la concezione immateriale costituirebbe un regresso rispetto alla concezione sostanziale, almeno sul piano dommatico. «Non sarebbe più possibile considerare il bene giuridico come oggetto dell'offesa e, in particolare, il suo collegamento con il tema della misura della tutela e dei reati di pericolo sarebbe a priori escluso. Se i beni sono tutelati come valori ideali, e come tali non offendibili, perché mai avrebbero bisogno di una tutela penale». Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 53.

¹²⁶ Sotto il profilo politico-ideologico si corre il pericolo di perdere di vista e quindi di trascurare, a favore dell'idea generale, le singole sottostanti realtà degne di tutela, con il rischio di emarginare entità minoritarie che rappresentino copie imperfette del modello ideale; sotto il profilo dommatico dovrebbe essere evidente che il valore ideale non è suscettibile di offesa né nella forma di lesione né di messa in pericolo. Se l'offesa, per essere tale, deve essere reale, offendibili possono essere solo entità reali. Si veda sul punto sempre F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 56.

¹²⁷ Al pari della concezione sostanziale, resta fuori campo e sconosciuto il criterio di individuazione degli oggetti di tutela penale.

¹²⁸ F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, cit. 107. In particolare Antolisei sostenne l'opportunità di dare sempre più spazio al momento soggettivo ed alla natura del dovere violato, ed approvò l'uso propulsivo del diritto penale.

vuole rimanere nel vero- bisogna dire: il reato è sempre un fatto che il legislatore reputa nocivo per la conservazione o per lo sviluppo della comunità sociale»¹²⁹. E l'errore in cui cade questa dottrina sta nel concepire l'idea che esistano reati senza offesa¹³⁰, opinione espressa in un clima di evidente svalutazione della funzione del bene giuridico.

1.5. Il bene giuridico come dato prepositivo alla norma: il rinnovato interesse per la categoria.

Solo a partire dagli anni sessanta in Germania e settanta in Italia, esaurita l'esperienza dei regimi autoritari e con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico nel secondo dopoguerra, nonché con l'entrata in vigore nel nostro ordinamento della Carta Costituzionale del '48¹³¹, si ha un radicale mutamento di prospettiva e ritorna l'idea di un diritto penale finalizzato alla protezione dei beni giuridici¹³².

L'ampliamento degli spazi democratici conduce all'abbandono della concezione etica dello Stato che impone una riorganizzazione radicale dei criteri di legittimazione dell'intervento punitivo, indirizzata verso una rinascita del pensiero liberale di ispirazione listziana che riafferma la centralità del bene giuridico come dato pre-

¹²⁹ Cfr. F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, cit., p. 116. Tuttavia, secondo autorevole dottrina (cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 40), tale pensiero poggia su un'inesatta determinazione del concetto di bene giuridico: questo infatti è visto come una "entità reale", e come un qualcosa che esiste nella realtà obiettiva. Ed è proprio qui l'origine dell'equivoco: se, infatti, si attribuisse al bene giuridico una realtà estremamente concreta, non vi è dubbio che esisterebbero numerose norme di diritto penale che non tutelano alcun bene di tal genere: «L'interesse tutelato non deve necessariamente riferirsi ad un bene corporeo e può esprimere semplicemente un'esigenza (...) al mantenimento oppure alla modificazione di una data situazione esistente».

¹³⁰ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 40: «la posizione in esame condurrebbe a negare l'esistenza di un'offesa anche dove questa è sicuramente presente: essa prova troppo e, perciò, non può essere accolta».

¹³¹ Il nuovo contesto socio-politico è connotato dal sistema dei valori sanciti dalla Carta Costituzionale, la quale, in un quadro istituzionale, politico e sociale che si oppone frontalmente al precedente regime totalitario ed alla matrice ideale cui si era ispirato il diritto fino ad allora vigente, introduce un radicale mutamento del rapporto autorità-libertà. Considerando ogni essere umano come persona, cioè come individuo irriducibile ed inconfondibile, che vive la sua vita in maniera individuale e non più semplicemente al servizio dello Stato. La Costituzione consacra principi certi ed universali, garantisti propri della filosofia giuridica illuminista e degli ordinamenti liberal-democratici. Per un'attenta analisi del clima politico dell'epoca, si rinvia ad A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pp. 203 e ss.

¹³² Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 11. «La progressiva conquista di maggiori spazi di libertà e di democrazia ha, infatti, imposto, sul terreno penalistico, un ripensamento critico di legittimazione dell'intervento punitivo nell'ambito di un moderno Stato di diritto».

positivo¹³³ e concetto critico¹³⁴, nonché come criterio di delimitazione contenutistica delle scelte del legislatore. Viene elaborato, nuovamente, un concetto materiale di bene giuridico, come valore antecedente ad ogni norma penale ed indipendente da essa, cioè esterno alla fattispecie incriminatrice¹³⁵, individuando, nei precetti costituzionali, precisi limiti di ciò che è penalmente tutelabile¹³⁶, elevando la persona ed i suoi diritti fondamentali al centro del sistema delle garanzie costituzionali¹³⁷. Coerentemente si sostiene che possano assurgere ad oggetto di tutela solo entità dotate di sostrato reale, come tali materialmente ledibili e corrispondenti a valori suscettivi di consenso diffuso¹³⁸. Il ruolo dell'offesa al bene giuridico torna sul proscenio: infatti, il nuovo concetto liberale di bene giuridico può essere sintetizzato nella celebre frase di Jäger secondo cui «*i beni giuridici sono situazioni permeate di valori che possono essere modificate dalla condotta umana e che perciò possono essere tutelate tramite prescrizioni penali contro tali modificazioni; in una parola, sono situazioni offendibili, tutelabili*»¹³⁹. Vi è un generale rifiuto che il legislatore possa creare egli stesso beni giuridici, essendo invece possibile concepire una legittima tutela penale solo se, ad esempio, un bene della vita o un bene culturale, esiste già prima dell'atto legislativo;

¹³³ Il punto di approdo di questa nuova concezione del bene giuridico è la sua identificazione con un interesse esterno e prepositivo, quindi espressivo di una tavola di valori o entità precostituite che il legislatore si limita a recepire ed a tutelare. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 20.

¹³⁴ Si tratta, nella sostanza, del tentativo di aggiornare la concezione di ispirazione liberale di v. Liszt. L'innovazione, secondo parte della dottrina (cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 80), è stata occasionata dalla nascita di una tendenza favorevole all'abolizione di gran parte delle norme sui reati contro la c.d. moralità pubblica (incesto, omosessualità, ecc.) e contro la religione (bestemmia, vilipendio della religione, ecc.), accusate di essere residui di una concezione etica del diritto penale ormai in contrasto con lo spirito dello Stato moderno.

¹³⁵ La preoccupazione della dottrina del tempo è di elaborare un concetto materiale, prepositivo, di bene giuridico come valore antecedente ad ogni norma penale e indipendente da essa, cioè esterno alla fattispecie incriminatrice, in modo da fungere da limite critico-garantista alla libertà del legislatore.

¹³⁶ L'approccio costituzionale nella definizione del bene giuridico fu sostenuto nella dottrina tedesca già dalla seconda metà degli anni cinquanta ad opera di W. SAX, *Drundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grunrechte*, Bd. III/2, 1959, p. 911, e M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 1972, pp. 32 e ss., e fu ripreso in Italia soprattutto da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIX, 1973, trovando adesione, in seguito, nella proposta avanzata da F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 37.

¹³⁷ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 210.

¹³⁸ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 12; H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, 1957, cit., p.13, che sul punto, sottolinea come la tutela di tali situazioni deve necessariamente avere valore per qualcuno. Il legislatore non sarebbe tanto irrazionale da legiferare su oggetti privi di interesse.

¹³⁹ Cfr. H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, cit., p. 13. Il concetto di bene giuridico, secondo l'Autore, acquista significato solo in relazione ad una reale causalità offensiva.

così che, in definitiva, bene giuridico può essere «solo ciò che anteriormente alla norma penale possa essere definito come bene (valore sociale)»¹⁴⁰. È evidente, dunque, la capacità critica¹⁴¹ di tale impostazione, e la forte orientazione nella prospettiva politico criminale¹⁴² in riferimento ai valori sociali e culturali appartenenti alla società civile.

Tuttavia, nemmeno la rinascita liberale può dirsi inattaccabile: la principale critica che le viene mossa è la scarsa capacità dommatica di un tale concetto che, basandosi sul requisito della pre-positività di un'entità materiale concretamente ledibile, risulta troppo generica e priva di sufficiente idoneità selettiva¹⁴³ data l'inadeguatezza di essa a enucleare criteri univoci di individuazione del bene in grado di vincolare il legislatore; insussistenza, però, secondo autorevole dottrina¹⁴⁴, superabile solo per mezzo dell'individuazione di una fonte che riconosca ai beni preesistenti valenza ad un livello sovraordinato rispetto alla legge penale ordinaria¹⁴⁵.

A completezza dell'enunciato quadro, è doveroso segnalare che la seconda proposizione della concezione liberale tendeva ad enfatizzare il ruolo e l'importanza dell'individuo, elaborando una concezione personale (*Rechtsgutsbegriff*) la cui originaria formulazione si deve a Marx¹⁴⁶ il quale, facendo riferimento all'art. 1 della

¹⁴⁰ Cfr. H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, cit., p. 21.

¹⁴¹ Secondo Angioni non si può disconoscere che il concetto liberale di bene giuridico ha finalità critica. La funzione critica potrebbe essere o immanente, cioè con effetti *de lege lata*, o trascendente, cioè solo *del lege ferenda*, a seconda che nel sistema normativo esista oppure no un principio che stabilisca la tutela di beni giuridici come funzione essenziale dell'ordinamento penale. Ma secondo l'Autore il concetto liberale di bene giuridico non è meramente e solo un concetto prepositivo; nulla vieta che un bene prepositivo nel senso liberale, se è riconosciuta questa sua qualità di bene, possa essere positivizzato ricevendo il crisma della tutela penale e quindi avere valenza anche sul piano dommatico, in particolare come bene offendibile, ossia possibile oggetto di fatti lesivi o pericolosi. Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 89 e ss.

¹⁴² Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 20.

¹⁴³ Cfr. G. FIANDACA–E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 12. Tuttavia, secondo F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 100 e ss., il giudizio negativo espresso sulle argomentazioni giuridiche e sui risultati critici conseguiti dalla concezione liberale del bene giuridico non impedisce che si metta insieme in evidenza la richiesta politico criminale di rinnovamento da essa avanzata ed il contributo ideologico recato, ossia il reclamo di secolarizzazione del diritto penale. Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 305.

¹⁴⁴ È su questa direttrice, che ripristinava al concetto valenza dogmatica temprandone le prestazioni critiche, che si sarebbe mosso l'approccio costituzionale. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 21.

¹⁴⁵ Da queste basi origina l'approccio costituzionale che sarà oggetto del paragrafo seguente.

¹⁴⁶ Cfr. M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, cit., pp. 62 e ss., secondo il quale sono assumibili come centri di protezione penale, e quindi come beni giuridici in senso materiale, solo quei beni o interessi che servono all'uomo per la sua libera autodeterminazione.

Costituzione tedesca¹⁴⁷, arriva a definire beni giuridici «*quegli oggetti di cui l'uomo ha bisogno per la propria libera auto-realizzazione*»¹⁴⁸. Scopo dello Stato, e quindi, anche del diritto, è quello di tutelare la persona umana e di assicurare le condizioni del suo sviluppo¹⁴⁹, e la relazione con la persona è visto come un momento costitutivo del concetto di bene giuridico¹⁵⁰. Opposta, è invece, l'opinione di Tiedemann¹⁵¹ che, nel quadro di uno studio dei problemi particolari del *Nebenstrafrecht*, prevede una netta contrapposizione tra beni individuali e quelli della sfera sociale i quali dimostrano una sicura autonomia rispetto ai beni dell'individuo, prescindendo la loro tutela dal riferimento al singolo uomo¹⁵².

1.5.1 L'impostazione in chiave sociologica e la dottrina della dannosità sociale: un tentativo di superamento della categoria del bene giuridico.

Tuttavia, contestualmente al rinnovato interesse per la categoria del bene giuridico, in seno all'ambiente penalistico tedesco di quegli anni, matura anche un'impostazione in chiave sociologica del bene giuridico affermandosi il principio secondo cui il reato debba essere un fatto socialmente dannoso¹⁵³. Un simile tentativo è stato condotto da Hassemer e da Amelung. Quanto al primo, seppur non si può propriamente dire che abbia proposto di abbandonare la teoria del bene giuridico, è nel suo pensiero costante il riferimento a valutazioni sociali come fatto anteriore alla legge

¹⁴⁷ M. Marx, facendo riferimento all'art. 1 della Costituzione tedesca (secondo cui «la dignità dell'uomo è intangibile»), ritiene che scopo dello Stato e, di conseguenza, del diritto, sia quello di tutelare la persona umana e di assicurare le condizioni del suo sviluppo: il diritto penale, che non può avere compiti propulsivi, deve preoccuparsi di mantenere determinate condizioni, indispensabili per quello sviluppo. Il bene giuridico è allora costituito da quegli oggetti di cui l'uomo ha bisogno per la sua autorealizzazione. Cfr. per una descrizione piuttosto compiuta della posizione di Marx, M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 56.

¹⁴⁸ Cfr. M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'*, cit., p. 62.

¹⁴⁹ Secondo M. Marx realtà come lo Stato, l'ordinamento giuridico ecc., possono essere tutelati penalmente soltanto perché e nella misura in cui si rivolgono all'obiettivo di assicurare lo sviluppo dell'uomo, in quanto non è possibile sganciare la tutela di quest'ultimi dalla relazione con la persona e costruire un concetto "sociale" di bene giuridico accanto ad uno "individuale", essendo piuttosto l'unico concetto di bene giuridico –come già quello di persona- contemporaneamente individuale e sociale. Così M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'*, cit., p. 78.

¹⁵⁰ Cfr. M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'*, cit., p. 79.

¹⁵¹ Cfr. K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969, pp. 6 e 120.

¹⁵² Per Tiedemann i beni sociali o collettivi dimostrano una sicura autonomia rispetto a quelli dell'individuo e la loro tutela prescinde dal riferimento al singolo uomo configurandosi, così, istituzioni ed altri oggetti di tutela che si sganciano dagli interessi in vista dei quali essi avevano un significato. Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 58.

¹⁵³ La forza di questo principio è tale, in quel tempo, che lo si è ritenuto capace di costituire il criterio in base al quale progettare ed interpretare le fattispecie penali.

penale¹⁵⁴. Egli, utilizzando la sociologia di Talcott Parsons, definisce il reato come un fenomeno d'interazione sociale, prodotto di una relazione sociale disturbata¹⁵⁵: «*il fatto che certi comportamenti siano considerati in una determinata società intollerabili, da dover essere repressi, dipende dalla valutazione che la società fa degli oggetti che da questi comportamenti vengono lesi o posti in pericolo*»¹⁵⁶. Hassemer, tuttavia, non intende soppiantare il ruolo del bene giuridico, e, mentre afferma l'importanza di associare alla valutazione normativa la considerazione dei fenomeni sociali, riconosce che il contenuto del reato è fissato dal diritto positivo, ponendo l'accento sull'importanza di una «*esperienza sociale dei valori orientata secondo la Costituzione*»¹⁵⁷.

Chi invece propone di utilizzare la sociologia per abbandonare il dogma del bene giuridico è Amelung¹⁵⁸ il cui scopo dichiarato è quello di accantonare il concetto di bene giuridico per riproporre, con l'ausilio della moderna scienza sociologica, la dottrina della dannosità sociale di ascendenza illuministica¹⁵⁹. Secondo l'Autore, la teoria del bene giuridico ha fallito quell'obiettivo di trovare un criterio vincolante che consenta di individuare i fatti che danneggiano realmente la convivenza sociale; nessuna delle nozioni di bene giuridico è stata capace di agganciare il reato al danno sociale che esso produce¹⁶⁰. Facendo proprie le teorie del sistema sociale di Talcott Parsons e di

¹⁵⁴ Cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxis orientierten Rechtsgutslehre*, 1973, pp. 120 e ss.

¹⁵⁵ Hassemer si rifà proprio a parametri squisitamente sociologici per individuare quale sia il comportamento deviante. Secondo l'Autore tali fattori sarebbero: 1) la frequenza del comportamento; 2) l'intensità del bisogno dei beni offesi, che, nella società dei consumi, è bassa per i beni patrimoniali (fungibili) e dipende dalla intesa sociale normativa; 3) l'intensità della minaccia, determinata in base alla debolezza politica della società e da una insicurezza, difficilmente descrivibile, che dipende non solo da fenomeni oggettivi ma dalla tendenza della società a sentirsi minacciata, sulla quale non è possibile esprimere valutazioni meramente oggettive. Cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., pp. 147 e ss.

¹⁵⁶ Cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 192.

¹⁵⁷ Cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, cit., p. 230 e p. 233. Nonché G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 31. Tuttavia anche se Hassemer sottolinea l'importanza di un'esperienza sociale dei valori orientata secondo la Costituzione, non disconosce che gli spazi di azione di una teoria sono diversi da quelli di una politica dei beni; una teoria del bene giuridico che non si interroghi sulle condizioni della sua attuazione si preclude la possibilità di influire sulla prassi: «essa non progetta altro che se stessa».

¹⁵⁸ K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit.

¹⁵⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 27.

¹⁶⁰ Occorrerebbe, perciò, abbandonare la teoria del bene giuridico e preferire una impostazione che non cerchi di riconoscere le conseguenze dannose del reato solo sul piano fenomenico-naturalistico, ma piuttosto nel sistema sociale e nelle condizioni della sua permanenza. Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 343 e 347.

Luhmann¹⁶¹, egli vede nella società il luogo di determinazione degli effetti socialmente dannosi del reato: «socialmente dannoso è un genere di azioni, quando esso reca pregiudizio all'impegno continuo del sistema per la risoluzione dei suoi problemi di esistenza»¹⁶².

È evidente come le teorizzazioni di Hassemer e Amelung non siano del tutto scevre da perplessità: infatti, la nota della dannosità sociale, se certamente costituisce la ragione politica per cui il legislatore ritiene di dover punire certi fatti, da un lato non si presta ad essere usata come criterio scientifico nella ricostruzione della teoria del reato, e, dall'altro, condurrebbe a delle differenziazioni inaccettabili circa l'accertamento se la lesione delle singole realtà sociali oggetto di tutela penale, comportino effettivamente un danno alla società o meno¹⁶³.

Ma a prescindere dalle varie teorizzazioni del tempo, non bisogna dimenticare che il rinnovato interesse nei confronti del bene giuridico e il bisogno di riaffermare con estrema energia il valore e la dignità della persona, sono da rinvenire nel periodo storico¹⁶⁴ che viveva la Germania, appena uscita dalla tremenda esperienza del regime

¹⁶¹ Muovendo dal modello teorico che concepisce la società come un sistema di interazioni, definiscono "dannoso socialmente" un «fenomeno disfunzionale che impedisce o frappone ostacoli a che il sistema sociale risolva i problemi della sua conservazione». Infine, nella parte conclusiva della ricerca l'Autore puntualizza che il concetto di dannosità sociale va incontro, in diritto penale, a limiti liberali desumibili dagli artt. 1 e 2 della Costituzione di Bonn che, imponendo il rispetto della dignità della persona umana, finirebbero col circoscrivere l'ambito delle possibili soluzioni dei problemi relativi alla materia oggetto di controllo penale. Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 361 e p. 390.

¹⁶² Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., p. 387. Una posizione in parte simile è stata sostenuta più di recente da Jakobs il quale ritiene che il compito primario della pena non è quello di evitare lesioni a beni giuridici, ma la conferma della validità della norma, dove validità equivale a riconoscimento. Il diritto penale trova la sua legittimazione nella necessità di mantenere la forma dello Stato e della società. Compito del diritto penale è, appunto, quello di garantire le norme nella loro validità cosicché "bene giuridico penale è la resistenza contro le delusioni delle attese normative essenziali, che corrisponde alla validità della norma messa in pratica. Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II ed., Berlin-New York, 1991, pp. 8 e ss. in M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 88.

¹⁶³ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 89. Secondo l'Autore tale valutazione, però, potrebbe comportare delle differenziazioni del tutto inaccettabili. Essa condurrebbe, per esempio, ad escludere il carattere di dannosità sociale di lesioni alla vita di soggetti socialmente 'inutili'; cioè è riconosciuto dallo stesso Amelung che, per ovviare a tale inconveniente, è costretto a cercare altrove un criterio che impedisca simili inaccettabili conclusioni. Ma una teoria che sia per se stessa aperta a risultati di tal genere, rivela proprio in ciò la sua inutilità ai fini della fondazione di un diritto penale giusto ed umano. Al contrario la teoria del bene giuridico trova la sua ragion d'essere proprio nel fatto di essere uno strumento dogmatico capace di rendere possibile una generalizzazione ed astrazione delle valutazioni dell'ordinamento giuridico circa il valore e l'utilità delle realtà da tutelare, garantendo, così, un'uguaglianza di trattamento.

¹⁶⁴ Come osserva autorevole dottrina, Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 346: «certamente il condizionamento storico fa sì che, sotto il profilo contenutistico, possa mutare la fisionomia del bene, e, quindi, possano variare le prestazioni ad esso connesse; è vero, infatti, che in molti

nazista e da poco dotata di una Carta Costituzionale (la *Grundgesetz*) che dava particolare rilievo ai diritti fondamentali dell'uomo e che fungeva da pilastro e criterio orientativo delle varie teorizzazioni sul bene giuridico¹⁶⁵.

Se ciò può dirsi con riferimento all'ordinamento tedesco, è certamente ancora più evidente per la Costituzione italiana¹⁶⁶.

1.6. La Costituzione come schema di selezione degli oggetti di tutela penale

Proprio allo scopo di limitare l'onnipotenza del legislatore¹⁶⁷ e, data la necessità di fornire alla teoria del bene giuridico un criterio fondante e sicuro in quanto preesistente alla norma incriminatrice¹⁶⁸, la dottrina italiana¹⁶⁹, a partire dagli anni '60, ha assunto la Costituzione a fondamento e criterio di riferimento nella scelta di ciò che può legittimamente assurgere a reato. Riconoscendo negli artt. 13, 25, comma 2, e 27, comma 1 e 3, Cost.¹⁷⁰ i cardini per una ricostruzione dell'illecito penale in termini di

casi i beni seguono e segnano l'evoluzione della realtà sociale ed appaiano, nell'esperienza normativa, come risultati dei conflitti di interessi individuali e/o sociali, presenti nella vita interindividuale».

¹⁶⁵ La *Grundgesetz* ha certamente avuto un influsso notevole sulla dottrina penalistica tedesca che ha soprattutto posto in luce come il diritto penale debba apprestare strumenti di difesa per i beni e gli interessi dell'individuo, ed assicurare gli interessi collettivi o pubblici solo in quanto direttamente funzionalizzabili ai primi.

¹⁶⁶ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 61.

¹⁶⁷ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 12.

¹⁶⁸ Ed al tempo stesso vincolante per il legislatore.

¹⁶⁹ È noto a tutti che in Italia si deve a Franco Bricola il principale tentativo di assumere la Costituzione a fondamento stesso del diritto penale. Lo sforzo ricostruttivo dell'Autore muove da una rilettura delle norme che la nostra Costituzione espressamente dedica alla materia penale. Egli ha sostenuto, a partire dallo scritto del 1973 (*Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, 1973) che i principi costituzionali relativi alla funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) e all'invulnerabilità della libertà personale (art. 13 Cost.), imporrebbero la perimetrazione della tutela penale con riferimento esclusivo a quei beni che se pure non di pari grado rispetto al valore libertà personale sacrificato, siano però almeno dotati di rilievo costituzionale. In questa prospettiva, solo i beni di significativa rilevanza costituzionale (impliciti o espliciti) sarebbero oggetto di tutela penale giuridicamente legittima, con la conseguenza che le scelte politiche del legislatore sarebbero sindacabili dalla Corte Costituzionale sotto questo aspetto. Cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale*, cit., p. 87. Per un'attenta ricostruzione della teoria di Bricola si rinvia a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 44 e ss.

¹⁷⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 46 e 47; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 12 e 13 secondo cui: «a) l'art. 25, comma 2°, Cost., che affidando interamente al Parlamento o al Governo (nella forma del decreto legislativo o del decreto-legge) il potere di legiferare in materia penale, non può non muovere dall'esigenza di una riduzione del campo dell'illiceità penale»; «b) l'art. 27, comma 1°, Cost., il quale sancendo il principio del carattere personale della responsabilità penale, pone dei limiti strutturali alla tecnica penalistica di tutela, tali da ridurre le possibili chances di utilizzo in settori in cui risulta più funzionale il ricorso a forme diverse di tutela come la responsabilità da illecito civile o la responsabilità civile per rischio»; «c) l'art. 27, comma 3°. Cost., che, attribuendo alla pena una funzione rieducativa, presuppone una delimitazione dell'area dell'illecito penale ai soli fatti lesivi di quei valori che, all'interno di uno Stato democratico quale quello prefigurato dalla Costituzione, possono senza obiezioni di principio essere assunti a meta del processo di rieducazione del condannato».

necessaria offensività a beni costituzionalmente rilevanti¹⁷¹, si posero le basi di una teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico.

La teoria in questione, il cui maggior propugnatore fu Bricola¹⁷², si prefisse due obiettivi fondamentali: elaborare un concetto di bene giuridico che fosse preesistente rispetto alla valutazione del legislatore ordinario; definire compiutamente dei criteri di determinazione del bene medesimo dotati, finalmente, di vincolatività nei confronti del legislatore penale, in quanto desunti da una fonte gerarchicamente sovraordinata, qual è, appunto, la Costituzione¹⁷³.

La teoria in esame riconosce nella Carta fondamentale un codice alla cui stregua poter condurre, da un lato, l'individuazione dei beni penalmente tutelabili, e, dall'altro, la selezione delle tecniche di tutela ammissibili¹⁷⁴. Sotto il primo aspetto la chiave di volta è ricavata dall'art. 13 Cost. che, sancendo il valore preminente della libertà personale, riprova ulteriormente che l'uso della coercizione penale va limitato solo a quei casi che lasciano apparire inevitabile il costo della restrizione della libertà come effetto dell'imposizione della sanzione¹⁷⁵: difatti «*il ricorso alla pena trova giustificazione solo se diretto a tutelare beni socialmente apprezzabili dotati di*

¹⁷¹ La teoria di Bricola riconosceva al principio di necessaria lesività – quale criterio limite sul piano di anticipazione della tutela – un preciso rilievo costituzionale, fondando tale argomentazione sulla necessità di equilibrio tra funzione retributiva e funzione rieducativa della pena. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., ove l'Autore afferma che: «per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (con repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione (con repressione di semplici stati soggettivi o atteggiamenti personali sintomatici di pericolosità ...), l'equilibrio tra le due funzioni deve avvenire radicando l'incriminazione su di un fatto offensivo (espressione comprensiva sia della lesione che della messa in pericolo) dell'interesse tutelato». Si veda anche M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 8 e ss.

¹⁷² Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit.

¹⁷³ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 155, secondo cui: «La nostra Costituzione ha in linea di principio sia forza vincolante che funzione critica. Vincolante perché è una Costituzione rigida e garantita, che richiede la conformità ad essa delle leggi ordinarie pena la loro illegittimità e caducazione. Ha, altresì, funzione critica per ragioni storiche e contenutistiche, essendo il frutto di un capovolgimento di regime politico, essendo scritta dall'assemblea costituente eletta dal popolo, che l'ha approvata a larghissima maggioranza e riconosce un novero di valori contrastanti con quelli espressi dal codice penale vigente, prodotto del governo di un regime totalitario».

¹⁷⁴ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 44; F. BRICOLA, *Legalità e crisi. L'art. 25, secondo e terzo comma, Cost.. revisionato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale* (a cura di S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA), Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, pp. 1273 e ss.

¹⁷⁵ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 13. Si veda anche G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 15, ove l'Autore afferma che: «l'art. 13 della Cost. funge da decisivo elemento di sostegno della proposta convalida in chiave costituzionale del principio della sanzione penale come *extrema ratio*, nonché delle conseguenze che se ne fanno discendere».

rilevanza costituzionale»¹⁷⁶. Da qui discende la definizione sostanziale del reato come «fatto lesivo di un valore costituzionale la cui significatività si riflette nella misura della pena»¹⁷⁷. Quindi solo i beni giuridici di “rilevanza costituzionale” sono legittimati di protezione penale¹⁷⁸, in quanto gli unici a poter giustificare il sacrificio della libertà personale sotteso alla sanzione penale¹⁷⁹. Per quanto invece riguarda la selezione delle tecniche di tutela ammissibili, la teoria in questione, utilizzava il criterio di controllo dell’offensività come strumento per temperare le scelte restrittive: la tutela di un bene munito di rilievo costituzionale si riteneva ammissibile fino al limite minimo della concreta offensività della condotta “stilizzata” nella fattispecie¹⁸⁰, e ciò rappresentò non solo un elemento di novità sul piano lessicale ma offriva anche uno strumentario argomentativo nuovo alla giurisprudenza, ancora largamente utilizzato¹⁸¹.

Dato che, per la teoria in esame, è reato solo il fatto lesivo di un valore costituzionale, ciò postula, evidentemente, il riconoscimento che i valori siano, in seno

¹⁷⁶ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15, secondo cui «la sanzione penale può essere adottata solo in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale». Quanto al concetto di rilevanza costituzionale si precisa che esso va inteso non semplicemente come non antiteticità del bene rispetto alla Costituzione, bensì come assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta Costituzionale. È d’uopo segnalare ed anticipare, in questa sede, che la concezione costituzionale dei beni giuridici ha costituito oggetto di una proposta di revisione costituzionale approvato dalla Commissione Bicamerale il 4 novembre 1977 (mai giunto all’approvazione). L’art. 129, comma 1, proponeva di inserire nel testo costituzionale il principio secondo cui le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale’. Per una valutazione dei vantaggi o svantaggi connessi ad una costituzionalizzazione dei beni di rilevanza costituzionale, si rinvia a G. FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, pp. 167 e ss.; F. PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione Bicamerale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 33 e ss.

¹⁷⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

¹⁷⁸ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16: «malgrado il carattere ampio della Costituzione italiana, sussistono valori che, pur non essendo in contrasto con la Costituzione stessa, non assumono il rango di valori costituzionali. La locuzione ‘rilevanza costituzionale’ è, poi, assai ampia, ricomprendendo non solo i diritti del singolo costituzionalmente garantiti, ma anche quei valori che sono obiettivamente tutelati. È nostra opinione, inoltre, che nel novero dei diritti costituzionalmente garantiti rientrino anche quelle situazioni soggettive che, non contemplate dalla Costituzione, sono tuttavia consacrate in Convenzioni internazionali e richiamate dalla formula ‘diritti inviolabili’ di cui all’art. 2 Cost. e ancora: l’illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria (...)».

¹⁷⁹ Cfr. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., p. 111.

¹⁸⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 45; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16: «(...) l’illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria; talché, cioè, la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo».

¹⁸¹ Cfr., ancora, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 46. Risulta chiaro come, tutt’oggi, siano numerose le sentenze sia della Corte di Cassazione che della Corte Costituzionale che riguardano l’offensività, quale principio di portata generale e largamente riconosciuto i cui risvolti, tuttavia, pratici ed applicativi risultano ancora contrassegnati da notevoli note di criticità.

alla stessa Carta costituzionale, a loro volta, ordinati secondo una “scala gerarchica”¹⁸². Si distingueva, così, tra beni fondamentali¹⁸³, beni primari e secondari: tra i primari rientrava la libertà personale (come bene sacrificato dalla pena detentiva) e, di conseguenza, «*tutti i beni costituzionali che si riconoscono di importanza pari o assimilabile a esso possiedono per inferenza logica qualità di primarietà*»¹⁸⁴. Naturale conseguenza di tale assunto risiedeva nella constatazione che la pena detentiva poteva essere applicata solo ai beni primari, ovvero: il «*bene offeso dal crimine deve essere un bene costituzionale primario di valore pari o proporzionato a quello colpito dalla norma, tale da giustificare il sacrificio della libertà personale*»¹⁸⁵. Si assumeva, pertanto, la Carta costituzionale come fondamento della pretesa punitiva e come strumento dello stesso rapporto tra dogmatica e politica criminale¹⁸⁶.

¹⁸² Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 19. Tuttavia vi è chi segnala, in dottrina, che proprio un aspetto problematico della teoria costituzionale del bene giuridico concerne la difficoltà di procedere ad una gerarchizzazione dei beni costituzionalmente rilevanti, in quanto la nostra Costituzione è nata da un compromesso politico-ideologico. Cfr. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 27. L'Autore sottolinea che sia lecito ritenere che indicazioni di rango veramente vincolanti si possono desumere soltanto rispetto ai valori essenziali della Carta, ma non è detto che sia poi agevole individuare *topos* argomentativi adatti a porre in reciproco rapporto altri valori di rango intermedio presenti nella Costituzione. «A questo proposito non è causale che tutti i tentativi più recenti di rielaborazione della teoria del bene si siano limitati a suggerire soltanto *in nuce* nuovi modelli di gerarchia, senza affatto impegnarsi in esemplificazioni dettagliate ed esaustive. Per risultare praticabile e realistico un nuovo programma di tutela non può ovviamente scaturire dalla sola spulciatura di norme contenute in testi legislativi sia pure di rango primario, giacché occorre anche tenere conto di priorità che spesso dipendono da elementi concettuali e ideologici non forniti dalla Carta, bensì attingibili solo dai contesti sociali di riferimento. Ciò non toglie, tuttavia, che dal nostro sistema costituzionale siano desumibili indicazioni di massima rispetto al problema di una ristrutturazione gerarchica degli attuali oggetti della tutela codicistica».

¹⁸³ Il bene fondamentale, secondo Angioni, è dato dal sistema dei diritti e delle istituzioni che connotano il tipo di ordinamento e senza i quali, nel loro complesso, lo Stato perderebbe la sua identità di stato sociale di diritto. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit. pp. 202

¹⁸⁴ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit. pp. 203 e ss.: «Per assimilare alla libertà personale gli altri beni si può ragionare che, poiché senza la libertà fisica l'uomo non può realizzarsi nelle forme minime essenziali, ugualmente tutti gli altri beni senza i quali l'uomo non può realizzarsi nelle forme minime essenziali devono qualificarsi come primari. Tra i beni individuali vi rientrano la vita, la salute, la libertà morale, l'onore; tra i beni superindividuali possono essere definiti primari gli stessi indicati per la persona fisica in quanto conciliabili con la natura del soggetto cui pertengono»; «infine tra i beni propriamente pubblici sono qualificabili primari quelli senza i quali verrebbero meno i singoli principi fondamentali dello Stato sociale di diritto delineato nella carta costituzionale, o verrebbero impedito o snaturate le funzioni istituzionali dei singoli organi contemplati nella Costituzione».

¹⁸⁵ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit. pp. 167 e 168, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 17, che a tal riguardo sostiene che «il ricorso alla pena trova giustificazione soltanto se diretto a tutelare beni socialmente apprezzabili dotati di rilevanza costituzionale».

¹⁸⁶ Sul punto si veda F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 1585 e ss.; nonché M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1998, pp. 42 e ss.

1.6.1. I limiti della teoria costituzionale del bene giuridico.

Nonostante i suoi pregi, la teoria costituzionalmente orientata dei beni giuridici prestò il fianco ad una serie di critiche avanzate da più parti dalla dottrina¹⁸⁷ che, nonostante ne ha sottolineato il vanto di aver dato impulso agli studi di diritto penale in chiave costituzionale, ne contestava, tuttavia, l'impraticabilità per la difficoltà di calibrare, con esattezza, le sue pretese fondamentali¹⁸⁸.

In particolare si è osservato che la Costituzione non può essere assunta come fondamento del diritto penale ma piuttosto come limite, fornendo solo criteri per delimitare l'area del legittimamente tutelabile¹⁸⁹. Difatti è indubbio che i principi costituzionali di matrice liberale esprimano una direttiva di fondo tendenzialmente rivolta a circoscrivere l'area del penalmente sanzionabile¹⁹⁰, ma la Costituzione non può essere presa a base e fondamento delle scelte di criminalizzazione. Questo perché vi sono beni che nella Carta Costituzionale hanno solo un richiamo implicito ma ciò nonostante meritevoli di tutela penale¹⁹¹, finendo, così, per estendere talmente il concetto stesso di bene tutelabile in rapporto alla Costituzione, da potersi praticamente

¹⁸⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Studi Mortati*, IV, Milano, 1977, pp. 444 e ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, II ed., Milano 1980; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit.; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484 e ss.; ID., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1985, pp. 158 e ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 453 e ss.; ID., *Offensività e ragionevolezza del controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 368 e ss.; F. MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001; G. A. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004.

¹⁸⁸ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 136. Nonché A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 214: «la stessa teoria dell'ancoraggio costituzionale dei beni giuridici non è apparsa del tutto convincente anche per la sua vaghezza o incapacità esplicativa».

¹⁸⁹ Cfr. sempre A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 242, secondo cui: «è, quindi, essenzialmente la Costituzione, quale indice primario, anche se non esclusivo, dell'importanza dei beni, e non la politica (ossia le valutazioni politiche delle forze di governo) a segnalare, in via di principio, i beni meritevoli di tutela penale e a disporli secondo una scala gerarchica».

¹⁹⁰ In questo senso dovrebbe essere ormai acquisizione pacifica che non possono legittimamente essere elevati a reati fatti che corrispondono all'esercizio di libertà fondamentali posto sotto lo scudo della Costituzione; a meno che non si tratti di incriminazioni disposte a tutela di espliciti interessi-limite o di altri interessi comunque dotati di rilevanza costituzionale. Cfr. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 36.

¹⁹¹ Le critiche si sono fatte più serrate con la nascita di una nuova area di interessi c.d. complessi, generali, diffusi, la cui incriminazione potrebbe risultare illegittima laddove non riconosciuti né esplicitamente né implicitamente dalla Costituzione, ma non in contrasto con quelli da essa garantiti. Nel senso che anche beni non menzionati neppure indirettamente nella Costituzione, ma emersi successivamente alla sua entrata in vigore, possono essere importanti e, quindi, meritevoli di tutela penale. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 213. Si veda anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 226.

ricomprendere qualunque interesse che non sia incompatibile con i valori delineati dalla Carta Costituzionale¹⁹². Inoltre, il contenuto degli stessi, in quanto beni dinamici e non statici¹⁹³, è mutevole nel tempo adeguandosi alle situazioni storiche ed all'evolversi delle "visioni del mondo"¹⁹⁴. Le scelte di valore individuate nella Costituzione esprimono una categoria troppo ampia, "un'astrazione concretamente inafferrabile" per potersi identificare con gli oggetti tutelati nelle singole norme incriminatrici¹⁹⁵, finendo per apparire labile e difficile l'individuazione delle tecniche di tutela contro le specifiche forme di aggressione¹⁹⁶.

In via di estrema sintesi, alla teoria costituzionale del bene giuridico, la dottrina sfavorevole contesta che gli interessi primari contenuti nella Costituzione –fortemente influenzata dal momento storico della sua promulgazione¹⁹⁷–, non esauriscono i beni meritevoli di tutela penale; da qui l'incapacità della Carta costituzionale di soddisfare nuove esigenze di tutela emerse e di apparire un sistema chiuso incapace di reperire

¹⁹² Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 232. Inoltre, è innegabile che possono venire ad esistere, nella società, 'nuovi' interessi meritevoli di tutela (e non soltanto nuove forme di aggressione a beni già esistenti), che, spesso, non erano stati pensati e, forse, non erano neppure pensabili al momento in cui fu emanata la Costituzione: vedi la tutela dell'ambiente o il settore della criminalità informatica, ecc.

¹⁹³ Anche secondo S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 356, «la funzione del bene non si esaurisce in un esserci meramente statico, ma si compie nel fatto che esso apre il titolare a effettive concrete possibilità di realizzazione delle proprie finalità, secondo la tradizione dello Stato sociale di diritto; ragion per cui, in questo contesto, la dimensione dell'interesse, nel senso dell'attitudine del bene a soddisfare le esigenze del titolare, pretende una decisiva valorizzazione, proprio perché diviene il presupposto per aprire il bene a quelle prospettive di funzione sociale, che passano attraverso la relazione individuo-oggetto dell'interesse». Da tempo la dottrina ha posto l'accento sul carattere dinamico e non statico degli oggetti della tutela: cfr. H. J. RUDOLPHI- E. HORN – SAMSON, *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, Bd. 1 AT Frankfurt/M, 1995; H. J. RUDOLPHI, *Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *FS-Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, p. 151 e p. 163; G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 33; M. MARX, *Zur Definition*, cit., p. 62; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 5 e ss.

¹⁹⁴ Del resto, il contenuto dei beni giuridici cambia nel tempo, è legato alle situazioni storiche che si trovano in permanente modificazione. Oggi più che mai, esso è influenzato sempre di più dall'incessante innovazione della scienza e della tecnologia, che sta cambiando anche il quadro dei diritti civili, politici e sociali. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 214.

¹⁹⁵ La non coincidenza tra il sistema di valori costituzionali e il catalogo degli oggetti della tutela è sottolineato da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 16, i quali pongono in rilievo la diversità di funzioni svolte da un testo costituzionale e un sistema penale.

¹⁹⁶ Difatti, secondo A. MERLI (*Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 215), molte volte le difficoltà non riguardano le definizioni dei beni e l'individuazione del loro contenuto, quanto la ricerca delle tecniche di tutela da predisporre contro le forme di aggressione che li riguardano.

¹⁹⁷ Non si deve dimenticare che la Costituzione ha visto la luce nel 1948, periodo in cui sicuramente molti beni non erano ancora emersi; beni che, del resto, dal 1948 ad oggi si sono affermati con forza nel tessuto sociale, ancorché non esplicitamente previsti nella Costituzione e privi di tutela penale. Inoltre si deve rivelare come, alla base della palingenesi costituzionale dell'illecito penale, vi era una ragione storica dettata dall'esigenza di riformare il codice penale del 1930, ispirato e pervaso da una spiccata venatura ideologica di matrice fascista.

sconosciuti beni emergenti¹⁹⁸. Infatti, proprio il fulcro della teoria sarebbe presto diventato il ‘limite’ attaccato dai suoi detrattori: il voler ricostruire un indice o catalogo di beni prefissato nei margini costituzionali¹⁹⁹, un *numerus clausus* capace, sì, di un notevole guadagno in chiave critica, ma con l’onere di creare un prodotto statico incapace di modellarsi secondo le mutevoli evoluzioni sociali²⁰⁰. Si paventava il rischio di considerare la Costituzione stessa come solo sistema di valori gerarchizzato e chiuso e non come un “campo aperto” alla dialettica democratica²⁰¹.

Da qui la necessità di abbandonare l’approccio positivo, che vedeva nella Costituzione una fonte da cui ricavare gli interessi meritevoli di tutela penale, per avallare solo quello negativo, di chi vedeva nella Costituzione la sede da cui discendono limitazioni per il legislatore²⁰². Da questo punto di vista, il riferimento alla rilevanza costituzionale offre solo un criterio di legittimazione negativa dell’intervento punitivo, nel senso che risulta così delineata l’area di ciò che non potrebbe costituzionalmente assurgere a materia di reato²⁰³. La Costituzione, più che indicare i beni da tutelare,

¹⁹⁸ Tuttavia vi è chi non concorda con tale impostazione. Secondo A. MERLI (*Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 220), un riferimento costituzionale è possibile anche in relazione a beni giuridici di recente individuazione. Ad esempio, malgrado sia assente nella Costituzione una definizione normativa del concetto di ambiente, si è giunti, attraverso un procedimento analogico, a partire dagli artt. 9 e 32 Cost., a riconoscere l’appartenenza dell’ambiente ai valori costituzionali primari. Si veda, sul punto, anche la sentenza della Corte cost. n. 210 del 1987 per l’elevazione dell’ambiente a bene giuridico costituzionale meritevole di tutela penale.

¹⁹⁹ Anche se, come sostenuto da autorevole dottrina, con riguardo al proposto catalogo di beni costituzionali, non va trascurato il fatto che, a seconda dei punti di vista, si può sostenere che la Costituzione contiene una lista troppo breve o una lista troppo lunga di beni giuridici. Troppo breve, se si guarda ai nuovi beni emergenti, che si assumono non protetti dalla Costituzione; troppo lunga se si considera che la pena non può essere utilizzata a presidio di un qualsiasi valore costituzionale, a scapito del principio di *extrema ratio*, ma solo dei valori che esprimono le condizioni indispensabili per la vita in comune. Cfr. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, cit., pp. 125 e ss.

²⁰⁰ La Costituzione, come sistema chiuso non è stata, da un lato, pensata come catalogo dei beni da tutelare penalmente, dall’altro, non appariva idonea a recepire nuovi beni emergenti soprattutto di tipo superindividuale (ambiente, sicurezza) la cui esigenza di tutela era, all’epoca del codice Rocco e all’epoca della redazione della Costituzione, pressoché sconosciuta.

²⁰¹ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 68.

²⁰² Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 71; M. P. GIUSINO, *I Reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 135 e ss.; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 49 e ss., il quale prende le distanze dall’assunzione in chiave fondazionale del suo allievo Bricola, prevedendo per il legislatore penale solo limitazioni in negativo discendenti dalla Costituzione e sostenendo che: «non sembra possibile ritenere che una teoria del reato debba esaurirsi nella prospettiva costituzionale. Se è indubbio che i beni espressamente tutelati dalla Costituzione individuano interessi primari, è anche vero che essi non esauriscono, per loro natura, gli interessi suscettibili di tutela penale. Certamente, l’incriminazione della lesione di tali interessi sarà costituzionalmente legittima, ma non sarà illegittima l’incriminazione della lesione di altri interessi, purché non siano in contrasto con quelli garantiti dalla Costituzione. La Costituzione stessa, invero, nella sua struttura, lascia un largo ambito di operatività al legislatore ordinario, con due limiti: quello formale, della procedura di formulazione delle leggi, e quello, sostanziale, del contenuto non incompatibile con i principi costituzionali».

²⁰³ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 15.

appresta una sorta di “barriera” alle scelte del legislatore che restano, tuttavia, entro i limiti tacciati dai confini costituzionali che può fungere da strumento di orientamento nella selezione dei nuovi valori e degli interessi da proteggere. I precetti costituzionali fungono, così, da scudo per le scelte legislative ponendo per esse un obbligo di coerenza con i valori di fondo recepiti nella Costituzione²⁰⁴.

Volendo trarre un bilancio dalle considerazioni svolte circa gli esiti cui giunge la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, è indubbio che negare la rilevanza della Carta costituzionale come strumento di legittimazione negativa per il legislatore, vorrebbe dire consegnare scelte repressive particolarmente delicate e significative, alle maggioranze parlamentari che, pur legittimate socialmente, non sarebbero certo garanti di una maggiore democraticità del sistema. D’altro canto, data *«l’incapacità di soddisfare nuove esigenze di tutela scaturenti dal continuo evolversi della realtà sociale»*²⁰⁵, l’idea di una gerarchia fra beni giuridici offerta dalla Costituzione, deve essere inteso solo come un *«criterio orientativo di principio»*²⁰⁶ rivolto all’interprete e al legislatore, per rintracciare, in linea di massima, la maggiore o minore importanza del bene in questione, consci del fatto che il concetto penalistico di bene tutelabile è frutto di una selezione ulteriore e più ampia.

Come sostenuto da parte della dottrina²⁰⁷, il concetto di bene giuridico, orientato secondo la Costituzione, non è neppure questa volta *«un cappello magico mediante il quale siano subito separabili tramite sussunzione e deduzione le condotte penalizzabili da quelle non penalizzabili»*; si tratta più semplicemente di un concetto cui spetta la funzione di predisporre *direttive programmatiche di tutela potenzialmente vincolanti*²⁰⁸

1.6.2. Prospettive attuali dell’approccio costituzionale.

La teoria costituzionale del bene giuridico, se da un lato ha suscitato rilievi critici, dall’altro è stata oggetto di correzioni ed integrazioni da parte di quella dottrina che, per superare le insufficienze relative ai suoi limiti storici²⁰⁹, ha esteso la nozione di bene

²⁰⁴ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 217.

²⁰⁵ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 15.

²⁰⁶ Si veda M. P. GIUSINO, *I Reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 136.

²⁰⁷ Cfr. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen der staatlicher Strafe*, cit.

²⁰⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, in *La questione criminale*, 1981, p. 120.

²⁰⁹ Cfr. già W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMA – NIPPERDAY – SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd. 3, Halbband 2, 1959, p. 912; ID., *«Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung*.

rilevante anche a quei beni di rilevanza costituzionale solo implicita²¹⁰ e legati da un rapporto di presupposizione necessaria ad un valore costituzionale²¹¹. Difatti la non menzione di alcuni beni nella Carta costituzionale, non riflette necessariamente un loro declassamento nella scala dei valori²¹²; un esempio tipico di beni legati da un nesso funzionale di tutela, si può portare con riferimento al settore dei beni ambientali, non contenuti nella Costituzione ma pur sempre riconducibili indirettamente ad essa²¹³.

Infatti, limitare la selezione dei beni penalmente tutelabili a tutti e solo quelli costituzionalmente rilevanti, equivarrebbe a quel “deprecatò livellamento” della gerarchia costituzionale di beni, al cui vertice sta indubbiamente la persona²¹⁴.

Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des «gesetzlichen Tatbestandes» und des «Unrechtstatbestandes», in JZ, 1976, p. 11.

²¹⁰ Anche beni non menzionati neppure indirettamente nella Costituzione ed emersi successivamente alla sua entrata in vigore possono essere importanti e meritevoli di tutela penale. Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 148. Sulla stessa linea si pone A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 226, il quale ritiene non opportuno un divieto per il legislatore ordinario di emanare norme penali a tutela di beni non riconosciuti, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione, essendo possibile che sorgano esigenze di prevenzione generale o speciale che al tempo della formazione della Costituzione non erano neppure prevedibili.

²¹¹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 15: «Parlando di rilevanza costituzionale del bene, si vuole dire che la tutela penale è legittimamente estensibile anche a beni che trovano nella Costituzione un riconoscimento solo implicito, e ciò in un duplice senso: da un lato può accadere che più beni siano avvinti da un ‘nesso funzionale di tutela’ tale per cui la tutela apprestata ad un bene privo di rilievo costituzionale esplicito risulti finalizzata alla salvaguardia di un bene espressamente contemplato dalla Costituzione (...); dall’altro esistono beni che, pur non menzionati dalla Costituzione come testo scritto, rientrano nondimeno nel sistema sociale dei valori che fa da sfondo alla dimensione effettuale dell’ordinamento costituzionale». Sono impliciti quei beni costituenti presupposti necessari di altri espressamente previsti (es. la vita umana presupposto di tutti i diritti di libertà) e i beni strumentali alla salvaguardia di altri (es. la fede pubblica rispetto al patrimonio, all’economia, all’amministrazione della giustizia).

²¹² Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 126: «la verità è che la non menzione di alcuni beni nella Carta Costituzionale non riflette necessariamente un loro declassamento nella scala dei valori. Ogni Costituzione, e in particolare la Costituzione repubblicana del 1948, è infatti storicamente condizionata: guardando al passato, dà espresso risalto e munisce di solide garanzie beni, individuali e collettivi, che sono stati limitati o conculcati dalla legislazione precedente; proiettandosi verso il futuro, menziona espressamente i beni o i principi che dovranno essere più che in passato al centro dell’azione futura dei poteri dello Stato, come oggetti da tutelare o come obiettivi da realizzare (...). A maggior ragione, il carattere storicamente condizionato della costituzione si manifesta nel silenzio su beni la cui importanza è stata pienamente avvertita dalla collettività solo successivamente, come riflesso delle trasformazioni economico-sociali che hanno moltiplicato le aggressioni al bene (...).»

²¹³ Il bene ambiente, ad esempio, è stato dedotto con un ragionamento fondato sul rapporto di “presupposizione” dall’art. 32 Cost., ovvero dal combinato disposto degli artt. 9, comma 2, e 32 Cost. dalla Corte Costituzionale (si rinvia alla nt. n. 198). Collegando questi due articoli si è affermato che la protezione prevista dall’art. 32 Cost., di carattere immediatamente precettivo, non si limita all’incolumità fisica dell’uomo, ma si estende alla vita di relazione del soggetto nei luoghi in cui si svolge la sua personalità. Si è configurato, perciò, il diritto costituzionale alla salute con ambito operativo più ampio del diritto all’integrità fisica, e concepito anche come diritto alla salubrità dell’ambiente nel quale vive ed agisce l’uomo. Cfr., in tal senso, Cass., Sez. Pen., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979.

²¹⁴ Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, Diritto e Processo penale*, a cura di G. GIOSTRA-G. INSOLERA, (Atti del Convegno, Macerata 28-29 gennaio 1997), 1998, p. 150.

Secondo parte della dottrina²¹⁵ occorre ridimensionare il ruolo che la Costituzione può avere nell'indicazione degli oggetti di tutela delle fattispecie penali, rinunciando a rinvenire, nella stessa, una sorta di "catalogo" dei beni giuridici. Anche se, altra parte della dottrina, partendo dall' assunto opposto, ritiene che ancora oggi nella Costituzione si rinviene il referente normativo per la scelta di ciò che è assumibile ad oggetto di protezione penale, rimarcando l'apertura e la flessibilità del testo costituzionale ai nuovi valori emergenti nella società²¹⁶. In questa accezione, la Costituzione è vista, ancora oggi, come il filtro ed il tramite delle scelte pluralistiche e storicamente condizionate che, attraverso l'opera dell'ermeneutica, rende possibile l'adeguamento di quel "catalogo" ai nuovi interessi e bisogni sociali. È ovvio che la realtà a cui fanno riferimento gli articoli della Costituzione è quella del tempo in cui essa fu approvata; ma, in verità, le norme della Costituzione esprimono, più che regole dettagliate, principi e valori capaci di espandersi e di adeguarsi alle nuove realtà fattuali ed alle stesse innovazioni scientifiche e tecnologiche²¹⁷.

Quel che è certo, è che tutt'oggi la Carta costituzionale deve fungere da guida per il legislatore il quale deve muoversi nel quadro dei valori e dei riferimenti da essa forniti non potendo scavalcare tali indicazioni²¹⁸. Essa, anche nel vigente panorama giuridico,

²¹⁵ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 138.

²¹⁶ Secondo V. MANES (*Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 158 e 159), la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico può ancora ritagliarsi un ruolo di guida significativo per la ricognizione dei confini legittimi dell'ambito di intervento penale. L'Autore segnala l'apertura della quotazione costituzionale dei beni giuridici, caratteristica già rimarcata anche nella versione originaria della tesi dei beni costituzionali, essendo apparsa già a Bricola impercorribile la tesi proposta se vincolata ad una designazione *una tantum* delle oggettività di interesse penale, circoscritte, come tali, entro limiti prestabiliti ed immutabili. «L'ancoraggio della tutela penale a valori costituzionali non significa che questi siano sistemati in bella mostra nella vetrinetta della Costituzione. In molti casi il valore costituzionale fondamentale è soltanto un *genus*, al quale vanno ricondotti i valori emergenti nella società: e la riconducibilità alla categoria è possibile solo nella misura in cui l'interesse emergente sia cristallizzato al punto da consentire il raffronto». Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di DE ACUTIS E PALOMBARINI (Atti del Convegno, Albano Terme, 10-12-dicembre, 1982), Padova, 1982, p. 1506.

²¹⁷ Le norme della Costituzione esprimono, più che regole dettagliate, principi e valori capaci di espandersi e di adeguarsi alle nuove realtà fattuali e alle stesse innovazioni scientifiche e tecnologiche. Chi potrebbe dubitare che fra i 'mezzi di diffusione' del pensiero, di cui parla l'art. 21 Cost., debba includersi oggi, concettualmente, oltre alla stampa, alla quale fa riferimento la norma costituzionale, anche la televisione o internet?, in questo senso si veda A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 253.

²¹⁸ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 146, nt. 265. Il legislatore si trova vincolato, nel creare nuove figure di reato, dalle indicazioni costituzionali e da quelle provenienti dalla società. Nel primo senso egli non può tutelare interessi contrastanti con quelli indicati dalla costituzione, ovvero non suscettibili di essere inseriti nel complessivo quadro di valori delineato dalla Carta fondamentale; nel secondo può tutelare soltanto interessi che possano essere dimostrati effettivamente rispondenti ai bisogni della società.

va assunta come limite alle scelte di criminalizzazione e non come fondamento del diritto penale, assumendo non solo funzione ermeneutica (cioè di rilettura dei beni individuati nelle norme del codice penale), ma anche funzione critica, fornendo i criteri per delimitare l'area del legittimamente tutelabile. Ed una funzione critica, nonché una ricostruzione teleologica della teoria del bene giuridico, presuppongono che i beni oggetto di tutela abbiano un forte e diffuso consenso da parte dei consociati in modo che la loro tutela sia avvertita da ognuno come ragionevole²¹⁹.

E vi è chi, muovendo da una prospettiva di pieno ancoraggio alla Costituzione, ha sottolineato l'esigenza di assumere i valori costituzionali non solo come limite negativo dell'intervento penale, ma come presupposto di una *concezione promozionale e propulsiva del diritto penale*, affiancando alla funzione tradizionalmente protettiva e repressiva del diritto penale, il ruolo di strumento che concorre alla realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla Costituzione²²⁰. Ma parlare di funzione propulsiva del diritto penale²²¹ a noi appare non confacente con quell'idea di *extrema ratio* che caratterizza la materia; il diritto penale non si presta ad essere impiegato come strumento di trasformazione sociale o come strumento atto a far conseguire l'acquisizione di beni futuri. Non può il diritto penale farsi carico di un ruolo di promozione a cui invece è tenuto lo Stato e la società²²², ne tantomeno la norma incriminatrice può imporre al singolo, con la minaccia della pena, di realizzare ciò che

²¹⁹ Larga parte della dottrina contemporanea ha ormai abbandonato ogni visione retribuzionistica del diritto penale, come mero strumento di riaffermazione dei valori violati. Se si concepisce la pena non già come mero strumento di stigmatizzazione e mera riaffermazione di valori, bensì come mezzo per scopi di prevenzione generale e speciale, la stessa funzione di prevenzione dell'offesa a beni giuridici e quella di rieducazione hanno senso solo se la pena è minacciata e applicata per la lesione di valori largamente condivisi, accettati e perseguiti come base di una convivenza che si voglia fondata sul pluralismo e sul relativismo dei valori etici e politici. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 245.

²²⁰ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. e dir.*, 1997, p. 682.

²²¹ Secondo parte della dottrina (cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 148), per norme penali a carattere propulsivo si intende non quelle che mirano ad ottenere un effetto di orientamento culturale positivo attraverso il rispetto di determinati valori o interessi già presenti in una certa società, anche se non ancora assicurati da alcuna espressa regola giuridica *extrapenale*; norme penali propulsive, invece, sono da considerare propriamente quelle che si propongono di orientare attraverso la minaccia della sanzione penale, il comportamento dei cittadini verso un più alto standard di vita, ossia verso la realizzazione di beni o valori non ancora consolidati nel sentire di una società storicamente determinata, costituenti mete da raggiungere per ragioni politico-ideali ed oggetto di aspirazione piuttosto che sostanza di bisogni attuali della vita sociale.

²²² Di questo avviso è, ancora una volta, M. P. GIUSINO, (*I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 150) secondo cui: «al diritto penale è estranea la funzione propulsiva. Questa può spettare al diritto amministrativo e pubblico in genere o al diritto civile, al diritto del lavoro e sindacale ecc., ma non al diritto penale».

la società non ha saputo fare²²³. E non risulta da avallare neanche la tesi di coloro che vedono nella Costituzione la fonte di *specifici obblighi di criminalizzazione* in quanto l’emanazione di una norma penale non dipende soltanto dall’importanza del bene tutelato, ma anche dalla rilevanza degli altri beni che la norma incriminatrice comprime, in un complesso bilanciamento che soggiace a valutazioni di opportunità in concreto²²⁴.

Tirando le fila di queste osservazioni, non si può che concludere che nell’attuale panorama giuridico, seppur non si possa prescindere assolutamente dalla Costituzione, l’idea di una gerarchia tra beni giuridici impliciti ed espliciti, può essere sicuramente accettata ma come criterio di orientamento sia per il legislatore che per l’interprete per impedire l’incriminazione di fatti non solo inoffensivi ma non dotati di rilevanza costituzionale: «bisogna –quindi- accontentarsi di ripetere che i beni giuridici che possono legittimamente essere tutelati per mezzo delle norme penali debbono essere non incompatibili con la Costituzione»²²⁵.

1.7. L’offesa al bene giuridico tra tecniche di tutela e *ratio* della norma

Tuttavia la distinzione tra beni di rilevanza costituzionale e beni semplicemente non incompatibili con la Costituzione, risulta, alla fine, sfumata e la sua portata selettiva molto limitata in quanto, secondo autorevole dottrina²²⁶, pochi sono i beni di cui possa affermarsi che non siano richiamati dalla Costituzione almeno implicitamente. Ed una conferma è data dall’atteggiamento assunto dalla Corte Costituzionale che non ha mai fondato le sue dichiarazioni di incostituzionalità sul presupposto dell’inesistenza di un

²²³ Non può imporre al singolo di sopportare il carico di rimediare a situazioni pregiudizievoli di cui è responsabile la società intera.

²²⁴ Contro l’esistenza di obblighi costituzionali di tutela penale cfr. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 46 e ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, cit., p. 175 e 185; ID., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484 e ss.; M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 154 e 155.

²²⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Il problema dell’offensività*, cit., p. 67; A. PAGLIARO, *Principi, parte generale*, cit., p. 232. Inoltre merita di essere riportato il passo di F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull’area dell’illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, p. 93, secondo cui: «in relazione alla Costituzione, i beni si possono dividere in beni incompatibili e beni compatibili. Questi ultimi sono esplicitamente menzionati nella Costituzione, o implicitamente richiamati, oppure neanche implicitamente richiamabili. Mentre i beni incompatibili, ossia i beni incostituzionali, non possono essere tutelati da nessuna norma giuridica, quelli compatibili possono essere tutelati da norme penali solo se esplicitamente menzionati o implicitamente ricavabili dalla Costituzione, e i restanti beni compatibili, ma neppure desumibili, possono essere tutelati soltanto da norme di altro genere (amministrative, civili, ecc.)».

²²⁶ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 94.

bene giuridico costituzionale²²⁷. Risultano, dunque, inesistenti dei criteri certi, atti a delimitare l'oggetto della tutela, laddove, si è visto, che la Costituzione non è costruita come un catalogo di beni giuridici in quanto non tutti i beni meritevoli di tutela penale trovano espressa menzione nella Carta fondamentale²²⁸; essa, quindi, rappresenta un punto obbligato di orientamento alle scelte di criminalizzazione del legislatore, ma non l'unico referente normativo del penalmente tutelabile e sanzionabile. Di conseguenza, per ricavare un indice di punibilità, seppur non certo, ma almeno univoco, l'attenzione deve necessariamente spostarsi dall'oggetto della tutela, al grado (problema) dell'offesa, partendo dall'assunto che *non può esservi reato senza offesa a un bene giuridico*²²⁹.

Difatti, è tradizionalmente riconosciuto che l'importanza del bene aggredito è fattore essenziale ma non l'unico ai fini della rilevanza penale di un certo fatto: altrettanto, se non maggior rilievo, va dato alla gravità dell'aggressione²³⁰. E, secondo parte della dottrina, si deve pervenire alla conclusione che il diritto penale è "utilizzabile" solo contro offese a beni giuridici costituzionali c.d. primari e solo contro offese di particolare entità²³¹. Infatti, l'offesa ha un ruolo decisivo nell'economia del reato e la sua entità può incidere perfino sulla legittimità dell'esistenza del reato

²²⁷ Anzi la Corte Costituzionale proprio in base all'esistenza di un bene giuridico costituzionale ha difeso la conservazione delle norme controverse sottoposte al suo giudizio. Cfr. C. E. PALIERO, *L'Agorà ed il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp. 107: «Nello specchio rappresentato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, l'utilità pratica riconosciuta al bene giuridico, ancorché limitata, è risultata ancora circoscritta ad una valenza *restrittiva*, e non anche *espansiva* dell'area del punibile: *in bonam* e non *in malam partem*».

²²⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2016, p. 70.

²²⁹ Come è noto questa asserzione già era risalente a BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, cit., pp. 175 e ss.; è stato poi ribadito, come già specificato, con estrema chiarezza da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16. Fra i tanti che ribadiscono questo principio, cfr. T. WÜRTEMBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532*, cit., p. 90; F. MANTOVANI, *Il problema dell'offensività*, cit., pp. 67 e 69; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 39. L'impostazione secondo cui il reato deve arrecare un'offesa al bene giuridico, riceve, inoltre, la più autorevole e decisiva conferma dall'art. 25, comma 2, Cost., che, nel ribadire il fondamentale principio di legalità, ancora la punibilità alla commissione di un 'fatto' previsto dalla legge come reato. Oltre al citato articolo, a favore di questa impostazione si ricordano anche gli artt. 40, 41, 43 e 49, comma 2, c.p.

²³⁰ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 205 e 206; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., p. 73 secondo cui: «l'individuazione del bene giuridico meritevole di tutela penale non dice ancora nulla sulla diversa intensità di tutela che può e deve essere riservata allo stesso bene. In effetti, è chiaro che il punto di inizio della tutela di un determinato bene può essere collocato più o meno vicino al bene stesso; è chiaro, cioè, come il diritto penale possa intervenire a sanzionare comportamenti aggressivi più o meno prossimi alla distruzione del bene variando così, *ad libitum*, la sua area di intervento».

²³¹ Cfr. F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., p. 98.

stesso²³². Questa interpretazione impone di ravvisare in ogni reato un accadimento offensivo nei riguardi del bene giuridico, nel senso di evento *dannoso o pericoloso*²³³, di guisa che, laddove il carattere di offensività venisse a mancare, il giudice, interpretando teleologicamente la fattispecie in riferimento al bene giuridico, dovrà dichiarare che il fatto, apparentemente illecito, in realtà non indica gli estremi dell'accadimento tipico²³⁴. Ciò significa che la presenza di un'offesa reale, effettiva, del bene giuridico deve sempre presidiare la fattispecie al fine di scongiurare la surrettizia ed illegittima esaltazione di un'ottica di mera violazione dell'obbligo²³⁵. E la conferma dell'importanza dell'offesa nella struttura del reato si coglie anche partendo dai fini della pena²³⁶: non ha senso risocializzare il soggetto agente se lo stesso non ha contezza della portata offensiva della propria condotta²³⁷. Difatti, la differenza di gravità dell'offesa²³⁸, agisce sia nella delimitazione dell'area del punibile, sia nella scelta della specie della pena, ed un ruolo fondamentale, in questo discorso che si intende portare avanti, gioca anche il principio di proporzione secondo cui deve sempre sussistere una proporzione tra gravità della sanzione e gravità dell'offesa²³⁹; se l'offesa non raggiunge

²³² Infatti, è acclarato, che quando più ci si allontani dall'offesa al bene tutelato, meno giustificato appare il ricorso alla tutela penale di quel bene.

²³³ L'evento dannoso o pericoloso è da ravvisare non solo nei reati ad evento naturalistico, ma anche in quelli di azione, in cui la ragione dell'incriminazione deve essere cercata non in una contrarietà della volontà del soggetto agli imperativi giuridici (disvalore di azione), ma innanzitutto nella modificazione esteriore dei rapporti umani, in quanto essa sia oggettivamente pregiudizievole per il bene tutelato (disvalore di evento). Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 117.

²³⁴ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 118.

²³⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 346.

²³⁶ Il rinnovato interesse per il collegamento tra i fini della pena e la determinazione di ciò che può essere legittimamente punito, si può far risalire a C. ROXIN, *Sinn und Grenze*, cit.

²³⁷ C.d. elemento soggettivo dell'offesa: poiché la reazione penale è naturalmente una reazione volontaria, altrettanto volontaria dovrebbe essere l'offesa del bene costituzionale tutelato. Si veda *infra* § 2.3.4.

²³⁸ Secondo F. ANGIONI (*Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 207) la gravità dell'offesa può essere riguardata sotto due aspetti: estensivo, cioè a seconda che il tipo di offesa concerna uno o più beni giuridici della stessa specie, o intensivo.

²³⁹ Il principio di proporzione, che nella filosofia del diritto è elemento imprescindibile dell'idea di giustizia, ha significato anche nel campo penale ove esso specifica nella proposizione secondo cui una reazione per essere legittima deve essere proporzionata all'azione (offensiva). Tale massima (che trova esplicito riconoscimento in tema di legittima difesa) è caratteristica fondamentale o limite interno teleologico di qualsiasi teoria razionale sulla funzione della pena (retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale). Il principio di proporzione opera a vari livelli fungendo da metro o indice dei modi di rilevanza dei diversi fattori che influiscono sull'*an*, la *species* e il *quantum* della punibilità. Il principio di proporzione agisce anche nell'operazione di raffronto tra l'oggetto della tutela (il bene giuridico tutelato) e l'oggetto della reazione (il bene colpito dalla sanzione). Qui il principio di proporzione impone che il bene giuridico offeso dal reato sia di valore pari o proporzionato a quello colpito dalla pena. Ed il valore dei singoli beni oggetto del rapporto di proporzione deve essere ricavato direttamente dalla Costituzione che, in quanto fonte normativa fondamentale dell'ordinamento, è necessariamente il primo parametro di ogni valutazione e graduazione. Si veda, per una disamina estesa sul principio di

un certo grado di gravità, sia cioè ‘esigua’, essa non è più proporzionata alla sanzione penale e non la merita: *minima non curat praetor*²⁴⁰.

Inoltre, gli effetti limitativi della punibilità derivanti dal fattore del grado dell’offesa ad un bene giuridico di rilevanza costituzionale, incidono anche sulla misura della tutela -uno dei problemi centrali della presente ricerca- accordabile a ciascuno di essi, in proporzione della loro rispettiva importanza. Posto che l’intervento penale trova la sua legittimazione sul piano etico-politico nella finalità di tutela di un bene giuridico, risulta oltremodo fondamentale l’individuazione della misura della tutela, ossia del grado di anticipazione dell’offesa del bene stesso²⁴¹, per stabilire la soglia legittima delle attività punibili. Rispetto a questo fattore (del grado di anticipazione dell’offesa) non solo il *principio di proporzione* gioca un ruolo fondamentale (nel senso che esplica i suoi effetti nel senso intuitivo che tanto più importante, secondo la Costituzione, è il bene offendibile dal reato, tanto più è legittimamente anticipabile la sua tutela e viceversa), ma risulta fondamentale anche la distinzione tra fatti di lesione, di pericolo diretto e di pericolo indiretto²⁴², che, per parte della dottrina, dipende proprio dall’individuazione del bene giuridico costituzionale (primario o secondario) oggetto dell’offesa²⁴³.

Pertanto “importanza del bene giuridico”, da un lato, ed il “grado dell’offesa”, dall’altro, rappresentato ancora oggi i termini di riferimento dell’intero sistema penale.

1.8. Il bene giuridico tra dogmatica e politica criminale: nuove esigenze di tutela.

Sotto il profilo politico-criminale, il bene giuridico si presta, innanzitutto, nella sua funzione critica²⁴⁴ di limite alle scelte di criminalizzazione del legislatore, al quale non può essere affidato, in via esclusiva, il compito della determinazione di ciò che è

proporzione, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 163 e ss. Si rinvia, inoltre, al § 1.5., Capitolo primo, Parte II della presente tesi.

²⁴⁰ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 209.

²⁴¹ Su di esso il principio di proporzione gioca un ruolo fondamentale ed esplica i suoi effetti nel senso intuitivo che tanto più importante, secondo la Costituzione, è il bene offendibile dal reato, tanto più è legittimamente anticipabile la sua tutela e viceversa.

²⁴² Oggetto di analisi nella seconda parte del presente lavoro

²⁴³ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 183 e 184.

²⁴⁴ Sulle diverse funzioni del concetto di bene giuridico si rinvia a F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 6 e ss.

bene giuridico²⁴⁵. Infatti, oltre al riferimento dei valori costituzionali, al principio di proporzione²⁴⁶ ed al grado dell'offesa, anche ulteriori e diversi criteri costituiscono elementi di selezione interni alla stessa individuazione del bene giuridico penalmente tutelabile. Tra questi un ruolo senz'altro preminente spetta al *principio di sussidiarietà*, che vuole che bene giuridico, ai sensi del diritto penale, possa essere solo quello non altrimenti tutelabile in quanto, il principio suddetto, esige che la sanzione penale intervenga solo come *ultima ratio*, ossia quando non esistano altri rimedi altrettanto efficaci; ancora il principio di *effettività* della sanzione penale, di *legalità* e *determinatezza* che impongono che i beni giuridici tutelabili dal diritto penale siano quelli precisamente individuabili ed afferrabili e riconoscibili come tali (personalità della responsabilità penale)²⁴⁷. Infatti, spetta alla politica criminale la scelta dei beni giuridici meritevoli di tutela penale²⁴⁸ in quanto il concetto stesso di bene giuridico serve a legare il diritto penale alla realtà, aprendo alla considerazione di esigenze concrete; l'inserimento, nella teoria del bene giuridico, di prospettive di politica criminale mette in evidenza i legami tra diritto penale e la realtà sociale nelle varie sue componenti²⁴⁹.

Quello del bene giuridico rappresenta ancora oggi un luogo di incontro tra dommatica e politica criminale²⁵⁰ che, malgrado le rispettive autonomie metodologiche, non sono in contrapposizione ma interagiscono tra loro, avendo bisogno di una

²⁴⁵ La questione del bene giuridico, che è anche il luogo dove si scaricano tutte le tensioni sociali, e il terreno sul quale collidono esigenze collettive e contrastanti interessi individuali, richiama le questioni fondamentali della funzione e dei limiti del diritto penale all'interno di un moderno Stato di diritto, delle ragioni ultime dell'attività punitiva dello Stato, e, prima ancora, dei criteri di legittimazione dell'intervento punitivo sul piano sociale ed etico politico. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 25.

²⁴⁶ Per C. ROXIN (*Derecho Penale*, cit., p. 66), lo Stato di diritto non può impugnare «l'affilata spada del diritto penale, che, rende possibile le più dure di tutte le intromissioni statali nella libertà del cittadino, quando altri mezzi di politica sociale potrebbero proteggere ugualmente o addirittura con maggior efficacia un determinato bene giuridico».

²⁴⁷ Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, Diritto e Processo penale*, cit., pp. 147 e ss.

²⁴⁸ L'attività di selezione dei beni e l'individuazione dei limiti di tutela è considerata come l'essenza della politica criminale, tra gli altri, da G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del Diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 481; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 161; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., p. 45.

²⁴⁹ Spostando l'attenzione dall'analisi strutturale all'analisi funzionale della norma penale nella concretezza della situazione storica in cui essa è chiamata ad operare. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 27.

²⁵⁰ Sull'idea del bene giuridico come luogo di incontro tra politica criminale e dommatica penalistica, cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 32; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 457.

reciproca chiarificazione²⁵¹. Come osserva Roxin²⁵², anche se oggetto della dommatica è “il diritto come è” ed oggetto della politica criminale è “il diritto come dovrebbe essere”, ed anche se esse non sono contrapposte ma anzi interagiscono tra loro, politica criminale e dommatica non hanno le stesse competenze; se così fosse si equiparerebbe il giudice al legislatore in violazione del principio di divisione dei poteri e di legalità.

Ma proprio la teoria del bene giuridico (nonché le tecniche di tutela penale) risulta il luogo di incontro tra dommatica e politica criminale dal momento che essa comporta il coinvolgimento di problematiche concrete che riguardano gli interessi ed i valori della collettività. E non solo. Infatti, la crisi in cui attualmente versa il bene giuridico -crisi che finisce per porre addirittura in discussione proprio la sua funzione più significativa, cioè di delimitazione dell'intervento penale²⁵³-, rende il compito della dommatica e della politica criminale ancora più arduo.

Difatti, la pretesa di fornire una definizione generale e astratta di cosa sia bene giuridico nel senso del diritto penale, è stata, come si è visto, fallace in quanto la dottrina, che man mano si è succeduta nel tempo, si è dimostrata incapace di elaborare un concetto unitario di bene giuridico idoneo a svolgere quel ruolo di selezione dei legittimi oggetti della tutela penale. Il tutto è stato reso più difficile soprattutto nei tempi, tutto sommato recenti, a causa della nascita di nuove esigenze di tutela, dovute anche al progresso innovativo e tecnologico. Si è, infatti, assistito alla nascita di nuovi bisogni di tutela delle società contemporanee ove sono emersi beni di “nuova generazione”²⁵⁴ con richieste di ampliamento del diritto penale soprattutto per quanto riguarda i beni sociali o sovra-individuali (della società, dello Stato o di gruppi di persone). Ancora, la globalizzazione e l'integrazione sovranazionale, che hanno dato

²⁵¹ Da un lato, infatti, la dommatica deve piegarsi alle esigenze della politica criminale e dall'altro la politica criminale deve rispettare i principi della dommatica che assume una funzione limitativa contro abusi connessi alle esigenze politico criminali. Sul punto cfr. C. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., pp. 223 e ss.; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxis-orientierten Rechtsgutslehre*, 1973, p. 63; F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 3-35.

²⁵² Cfr. C. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., pp. 225.

²⁵³ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 344 e 345.

²⁵⁴ Tali beni di nuova generazione sono emersi in relazione a valori nuovi: ad esempio, problemi etici riguardanti il concepimento della vita, la procreazione assistita, la ricerca sulle cellule staminali embrionali, l'aborto, la donazione di organi, l'eutanasia. Ancora: la tutela dei fanciulli da indebiti sfruttamenti sessuali a fini commerciali, beni emergenti riguardanti il fenomeno migratorio e le politiche anti-immigrazione; la tutela della sfera intima e della vita privata dell'uomo; le nuove esigenze di tutela della riservatezza (privacy) in relazione alla complessità della società della comunicazione e degli strumenti informatici, ecc. Cfr., sul punto, A MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pp. 47 e ss.

luogo, tra le altre cose, anche a nuove forme di delinquenza, hanno reso ancora più difficile, se non quasi impossibile, la costruzione di una teoria del bene giuridico laddove si assuma lo stesso come concetto teleologico-valutativo con un contenuto, cioè, che risente della diversità dei valori e delle divergenze culturali. Ma l'aspetto certamente più preoccupante è che tali beni, c.d. di nuova generazione, non sono apparsi neanche riconducibili ad un diritto penale dell'offesa costituzionalmente orientato²⁵⁵.

Anche le scelte di politica criminale di questi ultimi decenni rivelano la tendenza ad assumere come oggetto di tutela interessi e valori diffusi di carattere superindividuale. Così, accanto ai classici beni c.d. individuali – cioè che fanno capo a singole persone e che l'ordinamento, in linea di principio, riconosce e garantisce a tutti gli esseri umani²⁵⁶ - ed a quelli c.d. collettivi - la cui titolarità spetta allo Stato come espressione della collettività organizzata-, si è assistito alla nascita di nuovi beni, come quelli *c.d. istituzionali*, la cui titolarità appartiene agli enti pubblici, ovvero a beni la cui integrità rispecchia un interesse diffuso fra tutti i consociati o comunque fra cerchie ampie e indeterminate di soggetti (*c.d. beni a titolarità diffusa*)²⁵⁷. Ma ancora, si riconoscono come esistenti, dalla maggior parte della dottrina, beni c.d. strumentali²⁵⁸ e beni c.d. finali: mentre i primi vengono tutelati in quanto la loro integrità è strumento e condizione per la sopravvivenza di uno o più beni ulteriori –i beni finali per l'appunto–,

²⁵⁵ Come sostenuto da A. Merli (*Introduzione alla teoria generale del bene giuridico, cit.*, p. 54) «già da tempo alcuni reati che li riguardano, detti anche vaghi o vaganti, sono definiti reati senza soggetto passivo e senza vittima, o con soggetto passivo indeterminato. Ci si riferisce, in particolare, ai c.d. reati senza offesa, quali, ad esempio, i reati di pericolo presunto, i reati-ostacolo, i reati posti a tutela di funzioni o di beni strumentali o intermedi, cioè ad illeciti sostanzialmente riconducibili a situazioni in cui mediante la fattispecie incriminatrice il legislatore anticipa la tutela di interessi che si pongono in una sorta di progressione criminosa rispetto ad altri interessi omogenei. In presenza di tali reati, come pure quelli a tutela di una funzione, ci si è domandati se non debba considerarsi superata la filosofia dell'illuminismo e se il diritto penale moderno o postmoderno non debba fare a meno del bene giuridico». Per tale ultima affermazione si rinvia anche a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 208.

²⁵⁶ Si pensi, ad esempio, alla vita, alla salute, alla libertà personale o morale, all'onore, al patrimonio ecc.

²⁵⁷ La suddivisione della categoria dei beni collettivi in beni 'istituzionali' e in beni 'a titolarità diffusa' è di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 541. Tuttavia, per completezza argomentativa si deve dare atto che si è soliti distinguere, nell'ambito delle posizioni soggettive che assumono una dimensione super individuale, tra *interessi diffusi* e *interessi collettivi* (cfr. per tutti, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, pp. 29 e ss.): mentre i primi sono quegli interessi adespoti (ossia privi di titolari), non riferibili ad una pluralità determinata di individui ma, al contrario, comuni a tutti i soggetti di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente, i secondi – che nascono da un processo di soggettivizzazione degli interessi diffusi – sono comuni a più individui che si associano come categoria o gruppo omogeneo per realizzare i fini del gruppo stesso. Pertanto, l'interesse collettivo, pur essendo al pari dell'interesse diffuso un interesse super individuale, si connota per la sua riferibilità ad un gruppo non occasionale.

²⁵⁸ Numerosi sono i beni strumentali emersi di recente nella legislazione italiana: si pensi, ad esempio, al controllo sulla gestione d'impresa ed enti economici, esercitato da pubbliche istituzioni come la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap ecc.

questi ultimi restano sullo “sfondo”, nel senso che la loro effettiva lesione o messa in pericolo è irrilevante in quanto, più in generale, l’ancoraggio della punibilità è collegato al superamento di determinate soglie quantitative o alla presenza di autorizzazioni amministrative.

È come se si è assistiti ad una “smaterializzazione” o “spiritualizzazione” del bene giuridico, alla sua riduzione in “programmi di scopo”, in “processi sociali normativamente guidati”; si è passati “dalla tutela di beni alla tutela di funzioni”²⁵⁹, con il rischio di trasformare l’illecito penale in un illecito di mera trasgressione²⁶⁰.

Oggi, alla luce di questo scenario, è proprio la politica criminale a smentire l’efficacia orientativa e critica del concetto di bene giuridico incapace, nell’attuale panorama giuridico-penale, di offrire punti di riferimento precisi per ricostruire i gradi dell’offesa²⁶¹.

1.8.1. Il bene giuridico come categoria insuperabile.

Ma, al di là dell’ oggettiva crisi in cui innegabilmente versa il bene giuridico nell’attuale panorama nazionale e sovranazionale²⁶², non si può negare, almeno a nostro parere, che quella del bene giuridico rappresenti, tutt’oggi, una categoria insuperabile e ciò per una serie di motivi.

Innanzitutto esso rappresenta, almeno in quella concezione del reato che vede nell’inoffensività una causa di esclusione del fatto tipico, il secondo polo, un c.d. “termine di paragone” di ciò che è offendibile e, di conseguenza, tutelabile con lo strumento penalistico. Anzi, ed a maggior ragione, in assenza di un concetto di bene giuridico non ci sarebbe neanche motivo di prendere in considerazione un principio di offensività non trovando, lo stesso, il suo naturale referente giuridico

²⁵⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 345. La problematica si fa ancora più pregnante se si considera che, nei confronti di determinati beni – per lo più quelli a titolarità diffusa o ad ampio raggio –, la tendenza legislativa è nel senso di una tutela fortemente anticipata, caratterizzata dalla criminalizzazione di condotte ancora profondamente distanti dalla realizzazione effettiva di un’offesa.

²⁶⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., p. 348, nt. 25.

²⁶¹ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 13.

²⁶² Gli elementi di crisi che riguardano la determinazione del contenuto del bene giuridico e i limiti della tutela penale –che rappresentano il riflesso non solo della categoria dei beni giuridici c.d. universali, ma anche dell’intreccio sempre più fitto di interessi antagonisti in cui si rispecchia la complessità della società contemporanea-, investono gli odierni interventi del legislatore riguardo alle scelte di penalizzazione e alle tecniche di tutela adoperate, rispetto alle quali le divisioni della dottrina penalistica risultano assai profonde. Si veda, sul punto, A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 54.

dell'incriminazione, venendo del tutto meno, e perdendo senso, la stessa affermazione secondo cui “non può esservi reato senza un'offesa ad un bene giuridico tutelato”. L'offensività senza il bene giuridico è inconcepibile già lessicalmente²⁶³.

Seppur è logico che, parte della dottrina²⁶⁴, partendo da una asserita “plasticità” attuale del concetto di bene giuridico, ritiene che lo stesso si dimostra di un'estrema duttilità ermeneutica, privo addirittura di offrire punti di riferimento precisi per ricostruire i gradi dell'offesa, a nostro avviso, nonostante le aporie che accompagnano l'utilizzo del bene giuridico, esso rappresenta l'unico strumento di definizione sostanziale unitaria del sistema penale vigente. Esso rimane un punto di riferimento costante soprattutto per la tematica dell'offesa, fornendo un indice, seppur non univoco, per la risoluzione della problematica attinente alla misura della tutela penale: esso rappresenta, si ribadisce, una categoria insuperabile.

Infatti, anche autorevole dottrina²⁶⁵, nel riaffermare che il bene giuridico rappresenta un insostituibile pilastro della teoria del reato, ritiene che esso sia l'unico strumento concettuale capace di svolgere una funzione anche di collegamento tra la vita sociale e la norma giuridico-penale, assicurando, al contempo, che la tipizzazione dell'illecito penale avvenga in forma rispettosa al principio di legalità. Il bene giuridico funge da “concetto-cerniera” capace di porsi in rapporto con la realtà storico-sociale e rendendo possibile un costante adeguamento del contenuto prescrittivo delle leggi penali in consonanza con gli oggettivi mutamenti della società²⁶⁶. Solo esso rende possibile il collegamento tra reato ed interesse da proteggere, e tale lavoro di connessione deve essere compiuto in forme e modi diversi sia dal legislatore, che dall'interprete, che dalla Corte Costituzionale e da chi studia il diritto penale vigente²⁶⁷.

²⁶³ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. trim.*, p. 8: «Senza il bene giuridico, infatti, il discorso sull'offesa non ha una base strutturale».

²⁶⁴ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 13, il quale sostiene che la categoria del bene giuridico oramai ha perso qualsiasi capacità selettiva. Secondo l'Autore, l'unica vera teoria generale alternativa alla protezione dei beni giuridici, è, infatti, quella che si deve alla teorizzazione jakobsiana (G. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídicos penal*, Madrid, 2003, p. 47) ed alle sue varie declinazioni radicate sull'assunto in base al quale oggetto di protezione penale non sarebbero beni giuridici, bensì, semplicemente, norme, la cui vigenza deve essere garantita attraverso la validazione controfattuale della pena.

²⁶⁵ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit.

²⁶⁶ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 99 e ss.

²⁶⁷ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 157.

Certo è indiscutibile che oggi non si sia pervenuti ancora ad una definizione unitaria di bene giuridico laddove, si è visto, che definire il bene giuridico come “bene” o “valore” o “interesse” o come “dato culturale” ovvero come “istituzione” o “situazione”, nonché come “unità funzionale”, rischia di risolversi in una mera questione terminologica²⁶⁸. Ma, ciò nonostante, a nostro avviso, e per le motivazioni su esposte, resta intravalicabile il ruolo che il bene giuridico svolge anche nel moderno Stato sociale di diritto ove, solo l'utilizzazione del criterio della finalità della pena è in grado di fornire l'indicazione di ciò che può essere legittimamente tutelato con il diritto penale²⁶⁹.

²⁶⁸ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 17.

²⁶⁹ C.d. funzione negativa di legittimazione del bene giuridico. Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 174.

Capitolo secondo

Il principio di offensività come canone di controllo delle scelte di politica criminale

SOMMARIO: 2.1. Premessa. Dannosità sociale vs offensività; 2.2. Il ruolo dell'offesa nel sistema penale; 2.3. Il fondamento costituzionale del principio di offensività; 2.3.1. *La posizione della Corte Costituzionale: il principio di offensività come canone di politica criminale e come criterio ermeneutico*; 2.3.2. *Offensività e ragionevolezza*; 2.4. Il fondamento normativo del principio di offensività e la concezione realistica del reato; 2.4.1. *Le critiche alla c.d. concezione realistica del reato*; 2.5. Il principio di offensività nella costruzione dell'illecito penale; 2.5.1. *L'offensività come elemento del fatto tipico: disvalore di azione o disvalore di evento?*; 2.5.2 *L'art. 49, comma 2, c.p. e la dimensione oggettiva dell'offesa*; 2.5.3. *La dimensione soggettiva dell'offesa: l'art. 43 c.p. come rovescio psicologico dell'art. 49 c.p.*; 2.6. L'inoffensività come causa di esclusione della tipicità. Il fatto tipico come offensività tipizzata; 2.6.1. *Irrilevanza, tenuità dell'offesa e inoffensività*; 2.7. L'offensività come canone di politica criminale e criterio guida di interpretazione teleologica: dalla funzione della pena alla concretizzazione dell'offesa; 2.8. Conclusioni.

2.1. Premessa. Dannosità sociale vs offensività.

La circostanza che non può esservi reato senza *offesa* ad un bene giuridico¹, è un'acquisizione oramai sedimentata nella coscienza penalistica moderna che vede nel

¹ Come già sottolineato nel capitolo precedente, l'assunto secondo cui non può esservi reato in assenza di un'offesa ad un bene giuridico, risalente, come è noto a Birnbaum (Cfr. M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, pp. 175 e ss.), è nel tempo divenuto un caposaldo con la teoria costituzionalmente orientata dei beni giuridici di Bricola (cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIX, 1973), e ripreso, a più voci, da parte consistente della dottrina penalistica italiana che vede nell'offesa un elemento imprescindibile del reato. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1966, p. 106; ID., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977; ID., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 91; M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1964, pp. 787 e ss.; ID., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, Torino, 2009; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Torino, 2012; V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; ID., *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW*, 2002, pp. 720 e ss.; ID., *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 1, 2011, pp. 99 e ss.; G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1700 e ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, pp. 629 e ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 55 e ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985, pp. 134 e ss.; V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in Vassalli, a cura di, *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982; G. INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1, VI comma, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 726; E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni*

reato un fatto necessariamente portatore di un disvalore che costituisce la ragione sostanziale per cui l'ordinamento, «ritenendolo indesiderabile e socialmente dannoso, si risolve a ricorrere alla sanzione penale»². Come è noto, tra i principi generali del diritto penale moderno, accanto a quello di materialità, di sussidiarietà ed *extrema ratio*³, un ruolo rilevante -ed a nostro avviso fondamentale-, è svolto dal principio di offensività, sintetizzato nel brocardo latino *nullum crimen sine iniuria*⁴, fondato sul

giuridici, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 333 e ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 343 e ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Torino, 1997, pp. 75 e ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989; F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione, Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 74; ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 e ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA, G. INSOLERA, Milano, 1998, pp. 133 ss.; M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà* (già in *Crit. dir.*, 1998, 95 ss.) in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003; ID., *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA.VV., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2002; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 18 e ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, pp. 278 e ss.; ID., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, pp. 41 e ss.; ID., *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.*, 1998, pp. 274 e ss.; ID., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, pp. 91 e ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, p. 7; ID., *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991; ID., *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 203 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, v. II, Milano, 2006; E. AMBROSETTI- E. MEZZETTI- M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, p. 101; S. VINCIGUERRA, *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in AA.VV. *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006.

² Cfr. F. PALAZZO, *Corso di Diritto penale, parte generale*, Torino, 2016, p. 61: «Orbene il fatto che il reato per così dire incorpori un contenuto intrinseco di disvalore ha come suo corrispondente il fatto che la norma incriminatrice che lo prevede è orientata alla affermazione ed alla tutela di un valore positivo: per l'appunto, di quello specifico valore il fatto criminoso contraddice. In sostanza, alla radice della norma penale incriminatrice si trovano come due facce simmetriche di una stessa realtà normativa: da un lato vi è il contenuto di disvalore proprio del reato descritto dalla norma come comportamento vietato; dall'altro vi è il valore che costituisce l'obiettivo di tutela per il quale la norma incriminatrice è stata formulata ed il divieto posto».

³ Come affermato da autorevole dottrina, «l'offensività è ideologicamente in funzione della sussidiarietà, dell'ultima ratio e pertanto della restrizione garantista dell'area penalmente rilevante». Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Pen. Cont.*, *Riv. Trim.*, n. 4/2013, p. 6.

⁴ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 56. Secondo l'Autore l'attenzione ai contenuti e l'inclinazione a stabilire la misura stessa dell'offesa penalmente rilevante, tipiche della teorica dell'offensività, permettono di distinguere il principio in esame anche dal principio tralatizio del *nullum*

presupposto che non possa esservi reato in assenza di una lesione o messa in pericolo del bene giuridico che la norma tende a tutelare. Definito come l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale⁵, su di esso ancora non esiste una unanimità di vedute, in quanto la riflessione della dottrina italiana sul rango e sulla portata del principio, appare contrassegnata da una serie di fraintendimenti⁶, dovuti, anche, ad un atteggiamento non propriamente costante e coerente da parte della Corte Costituzionale⁷.

Volendo tracciare le matrici storico-culturali del principio di offensività, è d'uopo ricordare che già la dottrina di ascendenza giusnaturalistica⁸ –consolidatasi poi in età illuministica⁹– identificava il reato come *fatto necessariamente lesivo per la società*¹⁰.

Con la sostituzione dell'autorità divina da parte della ragione umana¹¹, divenne un dato fondamentale il fatto che la legge penale, in mancanza di altri interventi meno

crimen sine iniuria, che presuppone ed integra il principio di materialità offrendosi come garanzia ulteriore contro la criminalizzazione di fatti materiali non offensivi ma corrisponde solo parzialmente all'area concettuale occupata dal primo, profilandosi come criterio-limite di segno eminentemente negativo dello *ius puniendi*, senza pretese di ulteriore selettività in positivo.

⁵ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 4. Anche F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione.*, cit., p. 74, definisce il principio di offensività come un prodotto tipicamente italiano o almeno nella elaborazione del quale la dottrina italiana può vantare meriti speciali.

⁶ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma al codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 61. L'Autore afferma che «il fraintendimento più risalente, nell'approccio al tema dell'offensività, va sicuramente individuato nella tendenza, affiorata in passato nella nostra dottrina, a identificarlo con talune clausole liberatorie, caratteristiche dei codici penali delle ex repubbliche socialiste dell'Est europeo, dirette a subordinare la punibilità del fatto penalmente rilevante, oltre che alla corrispondenza al tipo legale del reato, anche ad una sua concreta pericolosità sociale che potrebbe rimanere esclusa da circostanze di vario genere, anche del tutto esterne alla realizzazione del tipo descrittivo del reato, ma idonee a togliere al fatto il carattere di illecito penale, in ragione, appunto, della insignificanza del danno sociale che vi si connette».

⁷ Per le pronunce della Corte Costituzionale in tema di offensività, si rinvia al § 2.3.I.

⁸ Il giusnaturalismo propose per primo il passaggio da una visione ancora teologica del diritto ad una visione umana e secolarizzata, e l'indirizzo penale illuminista si fondava sul principio che il diritto penale come massimo strumento costringitivo dovesse intervenire non contro peccati o infrazioni morali, ma solo contro fatti dannosi per la società o lesivi dei diritti individuali. La limitazione del potere sovrano veniva giustificata facendo ricorso al teorema filosofico e politico del contratto sociale. Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 136. Si veda anche C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ristampa Bologna, 1999, p. 6 e 24.

⁹ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pag. 99.

¹⁰ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §§ VII-VIII: lo stesso Autore finiva con il riconoscere che alcuni delitti distruggono immediatamente la società, o chi la rappresenta; alcuni offendono la privata sicurezza di un cittadino nella vita, nei beni e nell'onore; alcuni altri sono azioni contrarie a ciò che ciascuno è obbligato di fare o non fare in vista del bene pubblico».

¹¹ Sostituzione lucidamente descritta da S. MOCCIA, *Carpov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, ove l'Autore mette a raffronto queste due personalità dagli indirizzi nettamente contrapposti, conducendo il lettore al passaggio da una concezione teocratica del diritto penale ad una laica e secolarizzata.

incidenti su libertà e personalità individuale¹², si preoccupasse di punire solo quei comportamenti che realmente turbassero le condizioni di una pacifica coesistenza tra consociati e venissero generalmente avvertiti come tali: risultassero, cioè, contrassegnati da *dannosità sociale*¹³, che si esprime nell'offesa di beni giuridici particolarmente significativi¹⁴. Già Grozio, precursore e capostipite –nell'ambito dei grandi sistemi di filosofia giusnaturalista- di una visione secolarizzata del diritto e dello Stato¹⁵, vedeva, tra i fondamentali requisiti del reato, la necessità della dannosità sociale¹⁶: l'illecito penale è ciò che contraddice le regole che presiedono ad un'ordinata e pacifica convivenza di una comunità di esseri razionali¹⁷.

Difatti il *nullum crimen sine iniuria* rappresenta l'ipostasi della dottrina della dannosità sociale, la quale, in una prospettiva schiettamente orientata al minimo intervento (o all'assoluta necessità) del magistero punitivo¹⁸, definiva il reato come fatto socialmente dannoso, sul presupposto che il diritto penale –come massimo strumento costrittivo- dovesse intervenire non contro peccati e infrazioni morali, ma solo contro fatti dannosi per la società o lesivi dei diritti dell'individuo¹⁹. In seguito, quasi al

¹² In linea con il principio di sussidiarietà ed *extrema ratio* di tutela, che, come visto, ha quasi da sempre rappresentato un carattere distintivo del diritto penale.

¹³ Quando qui parliamo di dannosità sociale non lo facciamo nell'accezione di K. Amelung che propendeva per un superamento della categoria del bene giuridico sostituendo ad esso un il concetto di dannosità sociale. Qui, quando ci riferiamo alla dannosità sociale, lo facciamo pensandola ad un secondo volto dell'offesa. Difatti per Antolisei (cfr. F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 101), la dannosità sociale consiste nell'offesa dell'interesse statale alla tutela dei beni (o interessi) individuali o collettivi; cioè nella lesione dell'interesse dello Stato al mantenimento delle condizioni della propria esistenza.

¹⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, cit., p. 343.

¹⁵ Rispetto alla concezione teocratica patrocinata da Carpzov, un deciso mutamento di rotta e una progressione in direzione della laicizzazione del diritto penale la si deve a Grozio, il quale, nel *De Iure belli ac pacis* del 1625, promuove l'idea di un diritto penale agganciato all'effettiva lesione di un danno riconoscibile esteriormente, al fine di bandire talune incriminazioni, ricorrenti nel periodo pre-moderno, prive di una dannosità verificabile nei confronti dei singoli e della società. Cfr., ampiamente, S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, cit.

¹⁶ Grozio sosteneva che: «*Punienda non sunt peccata quae directe, nec indirecte spectant ad societatem humanam, aut ad hominem alterum*». Cfr. GROZIO, *De jure*, cit., p. 2, XX.

¹⁷ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, cit., p. 61

¹⁸ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 56.

¹⁹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 24. Si veda anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 136: «La limitazione del potere sovrano veniva giustificata facendo ricorso al teorema filosofico e politico del contratto sociale. Non v'è certo bisogno di sottolineare quale carica innovativa ideologica e politica possedesse la definizione del reato come fatto socialmente dannoso; però quello che preme rilevare è che nelle opere degli illuministi mancava un quadro sufficientemente delineato di organizzazione sociale, per cui il requisito del danno sociale, ovviamente di per sé plausibile, risultava troppo generico: che cosa è socialmente dannoso, e cosa no? Allora di fronte al principio, politicamente efficace ma giuridicamente vago, della dannosità per gli altri o per la società,

tramonto dell'epoca illuminista, l'elemento del danno sociale confluì nella concezione del reato come violazione di un diritto soggettivo²⁰, e fu poi portato alle estreme conseguenze da quella corrente di pensiero di matrice sociologica²¹ che, concependo la società come un sistema che per esistere deve soddisfare certe condizioni strutturali che consentono agli uomini di vivere insieme²², definirono dannoso socialmente «il fenomeno disfunzionale, che impedisce o frappone ostacoli a che il sistema sociale risolva i problemi della sua conservazione»²³. E la forza di questo principio –come già si è accennato- lo si ritenne tale da essere capace di costituire il criterio –soppiantando quello del bene giuridico e sostituendosi ad esso- in base al quale costruire, progettare ed interpretare le fattispecie penali²⁴. Essa si rivelò, tuttavia, debole sotto svariati aspetti²⁵.

Oggi il problema della “dannosità sociale” del reato è declinato nelle principali lingue europee attraverso le categorie dell'*'harm principle*²⁶, della *Sozialschädlichkeit*,

espresso nei pur audaci manifesti riformatori, più tardi non sarebbe stato arduo sostenere con Birnbaum che dannoso è anche ciò che offende i sentimenti etici della comunità».

²⁰ Espressione più rappresentativa di quel periodo storico, come già si è avuto modo di sottolineare in precedenza, fu l'opera di Feuerbach che, tuttavia, venne criticata da quella parte della dottrina marxista che, pur riconoscendo a Feuerbach il merito di aver combattuto per il definitivo arretramento del diritto penale feudale, a favore dell'eguaglianza giuridica, gli rimproverava, però, di aver svuotato del suo originario contenuto sociale il concetto illuminista di danno facendolo confluire nella violazione di un diritto soggettivo. Si veda diffusamente R. HARTMANN, *Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen*, 1961, p. 5.

²¹ Si rinvia retro § 1.5.1.

²² Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 139.

²³ Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, 1972, p. 361.

²⁴ Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 78.

²⁵ Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 88, secondo cui: «In primo luogo, infatti, la nota della dannosità sociale, se certamente costituisce la ragione politica per cui il legislatore ritiene di dover punire certi fatti, non si presta, tuttavia, ad essere usata immediatamente come criterio scientifico nella costruzione della teoria del reato (...) giacché essa non può venire accertata direttamente in modo sicuro ed inequivocabile. Ed anche se si potesse riuscire a superare questa vaghezza, il criterio offerto non sarebbe mai effettivamente vincolante per il legislatore. In secondo luogo, il riferimento immediato al criterio della dannosità sociale, utilizzato in sé e per sé, imporrebbe di valutare, di fronte alle singole realtà oggetto di tutela penale, se la loro lesione arrechi effettivamente un danno alla società o meno: tale valutazione, però (...), potrebbe comportare delle differenziazioni del tutto inaccettabili».

²⁶ Per un'aggiornata illustrazione dell'*'harm principle* cfr. A.P. SIMESTER, ANDREAS V. HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On Principles of Criminalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 35 ss.; AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. FIANDACA e G. FRANCOLINI, Torino, 2008. Cfr. pure le discussioni sull'*'harm principle* nel volume collettaneo R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003. Si veda pure J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: e Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, pp. 1875 e ss.; si rinvia anche, per un'ampia spiegazione, alla nt. n. 43 di V. MANES, *Il principio di*

della *lesividad* (più che della *intervención mínima* che esprime meglio l'*ultima ratio*), ma nessuna di queste nozioni coincide esattamente con il principio di offensività²⁷, né tanto meno con l'idea della tutela penale di beni di "significativa rilevanza costituzionale", che ha caratterizzato la declinazione più famosa di quel principio negli anni Settanta del secolo scorso²⁸.

Fin dalle origini del diritto penale moderno e del costituzionalismo penale, seppur si assiste all'emergere del principio che vorrebbe ancorato il contenuto di disvalore del reato alla presenza del requisito di un'effettiva dannosità sociale, tale concetto non riesce, tuttavia, ad esprimere delle indicazioni realmente stringenti per il legislatore e ciò non tanto per ragioni storico-politiche, bensì per intrinseche insufficienze logico concettuali essendo estremamente arduo individuare i fatti che possono dirsi "socialmente dannosi" senza aver prima precisato i criteri ed i parametri di valutazione della dannosità²⁹.

Tuttavia, per quel che in questa sede interessa porre in rilievo, di certo non si può non constatare come il *nullum crimen sine iniuria* e la dottrina della dannosità sociale, specie nella loro aspirazione a limitare comunque la tutela penale ai diritti fondamentali dei cittadini, rappresentano probabilmente la base culturale su cui si è edificata anche la teoria dell'offensività e, prima ancora, costituiscono il fermento su cui è lievitata la stessa teoria che identifica il *reato come offesa ad un bene giuridico*³⁰. Di guisa che, secondo autorevole dottrina³¹, «*il connotato della dannosità sociale* –utilizzato in

offensività nel diritto penale, cit., p. 57.

²⁷ Si veda, al riguardo, quanto già illustrato in M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., pp. 109 e ss.

²⁸ Cfr. F. BRICCOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 81 e ss. Per una successiva illustrazione della teoria bricoliana, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 18 e ss.; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen cont.*, 21 giugno 2012, pp. 51 e ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 44 e ss.

²⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di Diritto penale, parte generale*, Torino, 2016, p. 63: «E posto che tali parametri si identificano in sostanza con i valori sociali, non si può fare a meno di scontare (...) tutte le difficoltà di razionalizzazione e di concretizzazione che notoriamente affliggono i valori socio culturali. Vero tutto ciò, è anche vero però che la dannosità sociale riesce comunque ad esprimere una duplice, ancorché generica, indicazione limitativa alle scelte di criminalizzazione del legislatore.

³⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, p. 59. L'Autore ritiene che l'identificazione del reato come offesa ad un bene giuridico rappresenti un'epifania dogmatica dell' "idea di scopo" ma che di essa riproducono solo lo stadio germinale, incarnando un profilo contestualizzato alla problematica della secolarizzazione e della de-eticizzazione del diritto penale, privo di una precisa connotazione propositiva relativamente ai contenuti e alla misura della tutela.

³¹ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit.

questo caso quasi come sinonimo di offensività³² - *costituisce la condizione indispensabile perché, da un lato, la generalità dei consociati possa approvare la criminalizzazione di un fatto e, dall'altro canto, il singolo possa legittimamente (...) essere avviato al recupero sociale*»³³. Difatti l'azione di risocializzazione richiede che il soggetto percepisca con chiarezza l'antisocialità del proprio comportamento, ovvero l'offesa significativa al bene giuridico.

2.2. Il ruolo dell'offesa nel sistema penale

Ritenuto dalla dottrina prevalente un fondamentale canone di garanzia di tipo sostanziale, il principio di offensività³⁴ è un prodotto tipicamente italiano, o almeno nella elaborazione del quale la dottrina italiana può vantare meriti speciali³⁵. Esso è la traduzione funzionale e dinamica del concetto di bene giuridico rispetto al quale, e

³² Da qui la ragione del titolo del presente paragrafo “dannosità sociale vs offensività”, per segnalare due volti della stessa medaglia.

³³ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, p. 174: «È proprio la prospettiva dell'integrazione sociale ad esigere che, sotto il profilo contenutistico, la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà e vengano generalmente avvertiti come tali: risultino, cioè, contrassegnati da dannosità sociale, che si esprime nell'offesa di beni giuridici particolarmente significativi».

³⁴ Nella sterminata bibliografia, in aggiunta a quella già elencata alla nota n. 1, ci si limita a segnalare ancora: R. BARTOLI, *Il principio di offensività in concreto alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, *Stud. iur.*, 2007, 419 ss.; G. INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte costituzionale sull'art. 1, co. 4, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 726; M. N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1772; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, *Ind. pen.*, 1998, p. 324; I. MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità. Le soglie di punibilità nelle false comunicazioni sociali*, Roma, 2007, pp. 10 e ss.

³⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., p. 74, secondo cui un principio di offensività così come concepito nel nostro ordinamento «non si rinviene, ad esempio, né nell'esperienza francese né in quella tedesca. Nella prima predomina un' inclinazione empirico-pragmatica e una sensibilità tecnica verso il diritto, che spingono più verso una razionalizzazione critica del diritto vivente che non verso una discussione scientifico-giuridica sui contenuti normativi. Solo di recente si è affermato un orientamento di pensiero volto a valorizzare la dimensione europea del diritto penale, con tutte le sue possibili ricadute anche sul piano dei contenuti precettivi. Nell'esperienza tedesca (...) sembra prevalente la tendenza a mantenere la problematica del bene giuridico in un orizzonte spiccatamente sociologico-culturale con scarsi canali di collegamento con il piano normativo positivo. In sostanza, il bene giuridico opera – insieme agli altri molteplici- quale criterio essenzialmente di politica criminale, raramente ponendosi la prospettiva- come invece oggi si pone da noi- di una sua operatività sul piano applicativo delle norme, addirittura mediante la formulazione codicistica di una clausola generale *ad hoc*». Di recente anche M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Pen. Cont., Riv. Trim.*, n. 4/2013, p. 5: «Non esistono principi europei o sovranazionali che gli corrispondano pienamente, essendosi tutti ormai “conciliati” con i reati di pericolo astratto-presunto a tutela di beni collettivi, universali, ideali *etc.*».

senza il quale, il discorso sull'offesa non ha una base strutturale³⁶. Difatti, la dimensione realmente offensiva o meno della previsione incriminatrice dipende dal bene giuridico assunto come punto di riferimento dell'offensività³⁷ e che determina anche la costruzione di una norma sul paradigma della lesione dei beni o della violazione di doveri³⁸.

Considerato quale corollario del principio di legalità, il principio di offensività presuppone ed integra anche il principio di materialità del fatto in quanto, se da quest'ultimo discende un divieto di incriminare meri atteggiamenti interiori che non si esteriorizzano in un *quid* almeno oggettivamente pericoloso per un certo bene penalmente tutelato, la logica sottesa al *nullum crimen sine iniuria* garantisce, altresì, contro la punizione di fatti materiali che, seppur corrispondenti alla fattispecie incriminatrice, risultino, tuttavia, in concreto inoffensivi dell'interesse dalla stessa

³⁶ Anche se non appartengono allo stesso ceppo ideologico, seppur vengano sempre declinati insieme. Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 4: «Accade infatti che li si commenti insieme come se appartenessero allo stesso contesto culturale, ma nel quadro della trattazione emerge bene che del bene giuridico esistono storicamente concezioni o “usi” ben consolidati e del tutto incompatibili con l'offensività in senso garantista». Cfr. anche J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, parte gen. *Principios y categorías dogmáticas*, Ibañez, Bogotá, 2011, 238 ss. Si veda anche G. D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2004, pp. 97 e ss.

³⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., p. 76.

³⁸ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 4. Secondo l'Autore: «Sia che si parta dal codice, sia che lo si faccia dal testo costituzionale, superando il diritto penale di stampo soggettivistico, tipico dei totalitarismi nazionalsocialisti, pretendere, ai fini della configurazione di ciascuna fattispecie criminosa, la sussistenza del requisito della dannosità sociale della condotta, intesa come alterazione di una situazione preesistente, vuol dire prendere le distanze da quelle concezioni che rinvergono il disvalore del reato nell'atteggiamento interiore, nella pericolosità soggettiva dell'autore». Sul punto si veda anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 63 e ss., il quale, ritenendo che il principio della dannosità sociale escluda la configurazione del reato nel significato di un atteggiamento interiore, si sofferma sulla necessità che il reato si estrinsechi in un «comportamento umano esteriore socialmente apprezzabile», richiedendo però «che sia esteriore e socialmente apprezzabile anche la modifica peggiorativa della situazione sociale da esso prodotta». Sulla questione, ritornerò, comunque, più diffusamente nelle pagine seguenti. Secondo, poi, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 122, «è certo che in un sistema fondato sul principio di offesa di beni giuridici la violazione del dovere può avere cittadinanza non come fondamento della responsabilità ma come ulteriore requisito in aggiunta all'offesa al bene giuridico. Si pensi ai reati colposi di evento e ai reati commissivi mediante omissione. Nei primi l'inosservanza di una regola di condotta preventiva (=violazione del dovere di diligenza, ecc.) è requisito che si aggiunge alla causazione dell'evento dannoso, cioè l'offesa del bene giuridico; nei secondi l'inadempimento dell'obbligo di impedire l'evento è requisito d'imputazione di un evento che costituisce il punto terminale di un fatto naturalistico ed è in ogni caso componente essenziale dell'offesa del bene giuridico. (...). Nella nuova angolazione la violazione del dovere può rappresentare nel sistema penale odierno persino un affinamento del principio di offesa del bene giuridico, nel senso che essa nei reati di evento si aggiunge come ulteriore requisito al requisito dell'offesa. Però, per evitare travisamenti non solo di indole ideologica, va messo in evidenza che non in tale violazione di dovere consiste il fondamento della punibilità, ma pur sempre nell'offesa del bene giuridico».

tutelato³⁹. L'offensività (unitamente al principio di materialità) fissa, inoltre, gli estremi contenutistici all'utilizzo della sanzione penale ed alla tipizzazione delle fattispecie solo in relazione a fatti esteriori connotati da un disvalore sociale particolarmente significativo, tale da poter giustificare la risocializzazione del reo solo con l'applicazione della pena.

Fondamentale è poi precisare che il principio di offensività opera in due direzioni ben distinte traducendosi in un duplice vincolo a carico del legislatore e del giudice. Con riguardo al legislatore, esso funge da criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili vincolando lo stesso a prevedere fattispecie che esprimano, in astratto, un contenuto lesivo (c.d. offensività in astratto)⁴⁰; verso il giudice, invece, il principio di offensività funge da criterio interpretativo universalmente accettato⁴¹, imponendo allo stesso di accertare che il comportamento astrattamente pericoloso, come descritto dalla disposizione del legislatore, abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene tutelato nel caso di specie (c.d. offensività in concreto). Al giudice, infatti, è preclusa la

³⁹ Specifica autorevole dottrina (cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 11), che: «il principio di materialità, il principio del diritto penale del fatto, il divieto di un diritto penale d'autore, il principio di laicità, operano tutti insieme, unitamente al principio di offensività, per delimitare *ab origine* quei campi e quei divieti e *per delimitare la tutela dei beni in un significato costituzionalmente conforme*». Ancora, D. FALCINELLI, *L'Attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Milano, 2012, p. 70, secondo la quale: l'incriminazione «esige non solo la realizzazione di un fatto materiale che combaci con l'ideal-tipo sanzionato dalla legge in quanto ritenuto generalmente ed astrattamente lesivo o pericoloso rispetto allo specifico interesse tutelato, ma anche l'accertamento in concreto di un simile carattere offensivo». Ancora V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 55 e ss., ritiene che: «la proiezione contenutistica del principio di offensività permette di distinguerlo nitidamente rispetto al principio di materialità del fatto. Quest'ultimo- quale preliminare avamposto garantistico contro una curvatura soggettivistica e psicologizzante del diritto penale, e contro un suo utilizzo in chiave sintomatica della pericolosità individuale- si limita infatti a rendere inaccessibili alla sanzione penale idee, stati d'animo, sentimenti, atteggiamenti interiori, richiedendo una "esteriorità" al comportamento punibile».

⁴⁰ Il principio di offensività in astratto rappresenta senza dubbio un canone di politica criminale capace di vincolare e indirizzare lo stesso legislatore nel momento di produzione delle norme penali. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 116 e ss.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 72; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005, pp. 96 e ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, pp. 33 e ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977, vol. IV, pp. 444 e ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, p. 793; G. AZZALI, *Offesa e profitto nella teoria del reato. Prospettive di parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 470; G. FIANDACA, *Considerazioni su principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, cit., p. 61 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 278 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 18 e ss.; più di recente V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit.

⁴¹ Criterio che deve «reggere ogni interpretazione di norme penali». Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 256.

possibilità di punire fatti che, seppur formalmente corrispondenti alla previsione legale, siano però concretamente inoffensivi⁴².

Innegabile è che il principio di offensività, dunque, funga da fulcro del controllo contenutistico sulla fattispecie penale⁴³. L'offesa è un pregiudizio che non può mancare⁴⁴: tra suddetto pregiudizio ed il reato esiste un legame indissolubile, in quanto il reato ha sempre per contenuto la lesione o la messa in pericolo di un interesse umano⁴⁵. Ma nonostante tali constatazioni di pensiero, il principio di offensività ha avuto un destino piuttosto ambiguo: generato con pretese molto ambiziose, ed oggetto di un nomadismo culturale che lo ha visto affermarsi in modo perentorio in altri contesti⁴⁶, si è dimostrato incapace di un controllo qualitativo sui beni giuridici, e foriero di prestazioni ancora deboli anche per quanto concerne il controllo sulle tecniche di tutela, oggetto di possibile sindacato solo nei margini del più generale e duttile –come si vedrà in seguito- principio di ragionevolezza⁴⁷.

⁴² Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 61 e ss. La giurisprudenza costituzionale ha, da tempo, precisato che la necessaria lesività, astrattamente, costituisce un limite all'attività del legislatore e, concretamente, determina un onere per il giudice che, nel momento applicativo, deve accertare, in concreto, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma, al fine di impedire una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale.

Cfr. Corte cost. n. 519 del 2000; Corte cost. n. 263 del 2000; Id. n. 30 del 2007; ID., n. 333 del 1991 citata da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 293, nota 33, in cui i giudici costituzionali, per i reati di pericolo astratto, pur ammessi nel nostro ordinamento, hanno affermato che «è riservata al legislatore l'individuazione (...) delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo (...), purché non sia irrazionale o arbitraria, ciò che si verifica allorquando non sia ricollegabile all'*id quod plerumque accidit*». Si veda poi per un'aggiornata disamina della giurisprudenza costituzionale sempre V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale), Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid, 13-15 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it, in cui si richiamano anche Corte cost. n. 1 del 1971; ID., n. 71 del 1978; ID., n. 139 del 1982; ID., n. 126 del 1983; ID., n. 133 del 1992; ID., n. 360 del 1995.

⁴³ Cfr. V. MANES, *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 12.

⁴⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., p. 136.

⁴⁵ ID., *L'offesa e il danno nel reato*, cit., p. 137. Secondo l'illustre Autore «un reato senza offesa non è concepibile». Non distinguendosi essenzialmente da ciò che costituisce il fatto, secondo Antolisei, l'offesa non è un elemento costitutivo del reato. In quanto, se fosse tale, l'offesa dovrebbe presentarsi come un'entità a sé, da aggiungersi agli altri requisiti del reato. Ciò invece non avviene, perché nel fatto che costituisce reato è sempre contenuta l'offesa. L'offesa non è altro che la sostanza, l'intrinseca natura del torto e, perciò, del reato. Con essa noi non esprimiamo altro che una qualità, un modo di essere che il fatto illecito costantemente ed immancabilmente presenta. Il fatto è considerato illecito appunto per il suo carattere nocivo, e cioè perché offende (lede o mette in pericolo) un interesse umano. Di tal che, l'offesa costituisce un carattere indefettibile del reato.

⁴⁶ Si veda, appunto, la decisione del Collegio garante della costituzionalità delle norme di San Marino, 27 novembre 2006, Pres. ed est. Barbera, in *Foro it.*, 2007, IV, 349, con nota di V. MANES, *Il principio di offensività in una pronuncia del tribunale di San Marino*.

⁴⁷ Cfr. V. MANES, *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 12. La Corte – come si sa- ha a più riprese confermato che il limite della *political*

Il principio di offensività, dunque, ha indubbe potenzialità ma non poche ambiguità⁴⁸, e, pertanto, sin dai tempi della *Teoria generale del reato* di Bricola, si è sempre sentita la necessità, sia in dottrina che in giurisprudenza, di rintracciarne un fondamento costituzionale e normativo.

2.3. Il fondamento costituzionale del principio di offensività.

La tesi della costituzionalizzazione del principio di offensività, quale direttrice fondamentale di politica criminale e baricentro del nostro diritto penale costituzionalizzato, ossia come sistema di norme a tutela di beni giuridici⁴⁹, è tutt'altro che recente. Essa è stata inizialmente sostenuta sulla base del richiamo alla funzione retributiva della pena: nell'assenza di ogni pericolosità della condotta –si è osservato– non si punirebbe il fatto bensì l'autore in virtù di un atteggiamento personale che, violando una regola di obbedienza, lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità⁵⁰. Come in precedenza accennato, già Bricola affidava al principio di necessaria lesività un preciso rilievo costituzionale: esso aveva un referente contenutistico ben preciso nella tesi dei beni di rilievo costituzionale⁵¹. Difatti tale tesi inaugurava una nuova fase dell'interpretazione della legge penale, volta ad affidare all'interprete un ruolo di adeguamento della tipicità strutturale e del contenuto offensivo

question consente margini di valutazione solo ove le scelte legislative in ordine a contenuto e struttura delle condotte punibili (ed alla configurazione del trattamento sanzionatorio) siano, “manifestamente irragionevoli”, ossia non riflettano l'*id quod plerumque accidit* (a pena di inammissibilità di ogni richiesta che esorbiti da questi argini rigorosi, segnati dall'art. 28 l. n. 87/1953).

⁴⁸ «Le prime si manifestano sul piano legislativo, ove il principio di offensività si accredita tutt'oggi quale imperativo ancorché tendenziale per l'allestimento di una legislazione penale che sia armonica coi principi di una buona politica criminale, moderna e costituzionalmente orientata. Le seconde si manifestano sul piano giudiziale e applicativo, ove la clausola generale di offensività non riesce a vincere le perplessità che da sempre l'accompagnano». Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 89.

⁴⁹ «Accogliendo tale principio accanto al principio di legalità formale, la Costituzione ha così costituzionalizzato una nozione di fatto offensivo tipico, appartenendo alla tipicità, assieme agli altri requisiti strutturali (condotta, evento materiale, causalità), il requisito parimenti essenziale dell'offesa al bene tutelato». Cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2007, p. 81.

⁵⁰ Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 e ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività, in Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 63: «Questa impostazione del tema è stata oggetto di rilievi critici che, pur attingendo lo stesso risultato –vale a dire la costituzionalizzazione del principio di offensività– in una certa misura rovesciano l'*iter* argomentativo che conduce a quella conclusione. Proprio per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (e al tempo stesso di repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione, l'equilibrio fra le due funzioni deve avvenire radicando l'incriminazione su un fatto offensivo dell'interesse tutelato».

⁵¹ Tesi germinata dal sillogismo tra il bene compromesso, direttamente o indirettamente, dalla sanzione penale –il bene della libertà personale, cui all'art. 13 Cost. riconosce rilievo fondamentale tra i diritti dell'individuo– e il bene/interesse che, per giustificare il sacrificio del primo, deve avere medesimo spessore. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 47.

ai significati costituzionali, fino alla possibilità, di fronte ad interessi eventualmente antitetici al tessuto della Carta fondamentale, di attribuire all'incriminazione un nuovo contenuto offensivo in linea con la Costituzione, con autentica operazione di sostituzione di valori tutelati⁵².

La premessa costituzionale all'offensività riguarda soprattutto la "forma" della tutela penale: *se entra in gioco il diritto penale, ciò deve avvenire nella forma della tutela dei beni*⁵³.

Rivendicato dalla dottrina italiana l'indubbio merito di aver proceduto a questa fondazione originale del principio di offensività⁵⁴, la sua costituzionalizzazione viene generalmente desunta da una serie di articoli della costituzione⁵⁵. Innanzitutto, si è fatto leva sugli articoli 25, comma 3, e 27, comma 3, della Costituzione e sulla conseguente distinzione tra le pene e le misure di sicurezza: sanzionare con pena un fatto privo di contenuto lesivo significherebbe compromettere detta distinzione, assegnando alla pena quella funzione preventiva che è propria delle misure di sicurezza. L'autore, difatti, non verrebbe punito per la commissione di un fatto, ma per un mero atteggiamento personale di disobbedienza o per la sua pericolosità sociale, posto che la sanzione verrebbe irrogata a fronte di una condotta inidonea a determinare quel pericolo in vista del quale il fatto stesso è previsto come reato⁵⁶.

⁵² Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale*, cit., ove rileva che «anche tale operazione sostitutiva dei valori tutelati incontra il limite rappresentato dai casi in cui essa altererebbe la tipicità formale dell'illecito, determinerebbe l'eccezionalità dello scarto tra conformità al tipo e offesa, creerebbe una sproporzione, costituzionalmente non giustificabile, fra trattamento sanzionatorio e nuovo valore tutelato (...); ovvero il limite della non recepibilità di un valore costituzionale sostitutivo che giustifichi la fattispecie o che ne giustifichi la sua previsione autonoma rispetto ad altre».

⁵³ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 10. In termini, ID., «Danno» e «offesa», cit., pp. 1552 e ss. Nel senso che alla 'forma' del bene giuridico possono poi corrispondere i più diversi 'contenuti', anche illiberali, dovendosi quindi disporre di altri parametri costituzionali per ritagliare i limiti della tutela, E. DOLCINI- G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, cit., 333 ss.

⁵⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 75.

⁵⁵ Ebbene, sia la dottrina che la giurisprudenza, ormai pressoché all'unanimità, riconoscono la matrice costituzionale del principio di offensività, desumendola da differenti norme della Carta Costituzionale. Cfr. in dottrina F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 82 e ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 360 e ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit, p. 449; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 15 e ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, cit., p. 8; per la giurisprudenza Cfr. in proposito, Corte Cost. 24 luglio 1995 n. 360, in *Cass. Pen.*, 1995, 2820; Corte Cost. 11 luglio 2000, n. 263, in *Giur. Cost.*, 2000, 2064; Corte Cost. 17 luglio 2002 n. 354, in *Foro it.*, 2003, 2923; Corte Cost. 7 luglio 2005 n. 265, in *CED Cass.*, 2005, n. 29512. Nello stesso senso, nella giurisprudenza di legittimità, in particolare, cfr. Cass. S.U. Pen., 10 luglio 2008, nn. 28605 e 20606, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1521.

⁵⁶ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile (voce)*, cit., p. 271. *Contra* F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82. L'Autore, pur condividendo le conclusioni, ritiene non convincente l'iter argomentativo

In secondo luogo, si è fatto leva sull'art. 25, comma 2, della Costituzione che, nel subordinare la sanzione penale alla commissione di un "fatto", starebbe ad indicare la necessità di ancorare la punibilità dell'agente ad una condotta conforme alla fattispecie incriminatrice e al contempo lesiva dell'interesse dalla stessa tutelato, e non anche alla mera disobbedienza al precetto.

L'aggancio costituzionale è stato ravvisato, inoltre, negli articoli 13 e 27, comma 3, Cost.: dall'art. 13, che tutela l'invulnerabilità della libertà personale, deriva che essa può subire limitazioni mediante la sanzione penale soltanto come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango; dall'art. 27 comma 3, invece, in quanto, essendo presupposto della rieducazione del condannato la percezione dell'antigiuridicità del proprio comportamento, la condanna per mere violazioni di doveri non offensive di alcun bene frusterebbe la funzione rieducativa della pena⁵⁷.

Prendendo le mosse dai citati referenti normativi, la dottrina ad oggi maggioritaria giunge ad affermare l'implicita costituzionalizzazione del principio di offensività e ne ravvisa l'operatività su un duplice piano: da un lato, *come criterio di conformità legislativa dei fatti punibili*, vincolando il legislatore, già a livello di fattispecie astratta, a costruire i reati, da un punto di vista strutturale, come fatti che incorporano un'offesa a uno o più beni giuridici; dall'altro, come *criterio giudiziario-interpretativo* che impone al giudice in sede applicativa di qualificare come reati soltanto quei fatti che siano idonei anche in concreto a offendere beni giuridici⁵⁸.

attraverso cui vi si perviene, obiettando che questo non tiene in considerazione la finalità rieducativa della pena sempre richiamata dall'art. 27, comma 3, Cost., che si aggiunge, in una configurazione *multifunzionale* della pena, alla sua ineliminabile funzione retributiva. E tale duplice funzione della pena agisce sulla struttura del reato. Pertanto «non si può far leva esclusivamente sulla funzione retributiva della pena per avvalorare la concezione del reato come fatto necessariamente lesivo. Da un lato l'assunto considera come non scritto l'art. 27, 3° comma; dall'altro una funzione meramente retributiva della pena, se esclude la possibilità di colpire un mero status personale o un mero atteggiamento in funzione sintomatica di pericolosità, non esclude la possibilità di colpire simili stati o atteggiamenti di disobbedienza in funzione di un giudizio di riprovevolezza». In altri termini, per evitare che la pena si riduca ad una funzione, da un lato, di mera reazione retributiva ad un atteggiamento di disobbedienza, dall'altro, di mera rieducazione a fronte di semplici atteggiamenti soggettivi indici di pericolosità, il fatto di reato deve costituire il presupposto di una pena capace di svolgere entrambe le funzioni. Deve cioè trattarsi di un fatto che lede o pone in pericolo l'interesse tutelato.

⁵⁷ Sui referenti costituzionali del principio di offensività cfr. sempre F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 83, il quale sottolinea come anche principi costituzionali quali sono quelli della tolleranza ideologica, di tutela delle minoranze e di protezione della persona non possono non essere in antitesi con una concezione del reato che, sottolineando l'aspetto della mera infedeltà o della disobbedienza, trascura il momento dell'effettiva lesione dell'interesse protetto.

⁵⁸ Per completezza argomentativa, così come sottolineato da G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile* (voce), cit., p. 271, è opportuno precisare che la costituzionalizzazione del principio di offensività ha incontrato riserve anche tra gli autori che aderiscono alla concezione realistica del reato (si veda G.

Al di là, però, delle varie impostazioni teoriche e dottrinarie, sullo sfondo di ciascuna tesi sta il valore della libertà personale e la considerazione per cui la relativa limitazione mediante il diritto penale sarebbe possibile solo in vista della tutela di un bene di significativo rilievo costituzionale o, quanto meno, non incompatibile con la Costituzione⁵⁹. Il principio, com'è naturale, necessita di essere concretizzato attraverso un giudizio di meritevolezza sui beni giuridici di volta in volta presi in considerazione come possibili oggetti di tutela penale⁶⁰. Si tratta, pertanto, di un principio di carattere contenutistico, capace di costituire un parametro di controllo delle scelte del legislatore in ordine al disvalore del fatto, ma che, al tempo stesso, è privo di un contenuto rigorosamente predeterminato, quasi a generare una sorta di paradosso metodologico⁶¹, sottoposto anche ad un'ambigua applicazione da parte della Corte Costituzionale⁶².

2.3.1. La posizione della Corte Costituzionale: il principio di offensività come canone di politica criminale e come criterio ermeneutico.

Senza entrare eccessivamente nel merito della questione, è noto che la Corte Costituzionale ha sempre manifestato un atteggiamento di cautela nell'applicazione del principio di offensività, giungendo, solo in rarissime occasioni, alla declaratoria di incostituzionalità. Nonostante la Corte abbia più volte avallato, in linea teorica, la valenza costituzionale del principio⁶³, ha sempre prevalso un certo *self restraint*⁶⁴,

VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., pp. 659 e ss.; G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, pp. 1689 e ss.) L'Autore, peraltro, pone in evidenza come, ai fini dell'applicazione del reato impossibile per inidoneità dell'azione, la costituzionalizzazione del principio non ha comunque un rilievo determinante, in quanto svolgerebbe i suoi effetti in vista della dichiarazione di illegittimità costituzionale di fattispecie a livello astratto non offensive, senza, tuttavia, interferire con la pratica applicazione dell'art. 49, comma 2, c.p. ai casi in cui il fatto risulta in concreto inoffensivo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.

⁵⁹ Cfr. A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, n. 2 del 2016, p. 21.

⁶⁰ Cfr. ID, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, pp. 21 e ss.

⁶¹ Cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 2, pp. 350 e ss.

⁶² Vedi infra § 2.3.1.

⁶³ Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Giur. cost.*, 1995, 2676; in senso conforme altresì Corte Cost., 11 luglio 2000, n. 263 e 21 novembre 2000, n. 519, entrambe reperibili sul sito istituzionale della Consulta attraverso l'apposito motore di ricerca. Nella sentenza n. 263 del 2000 la Consulta ha addirittura parlato di «un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice».

⁶⁴ Cfr. V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 6: «Dagli svolgimenti recenti emerge dunque, in definitiva, un atteggiamento di diffuso *self restraint*, che si conferma sia quando oggetto di controllo critico sono i beni/interessi/valori dedotti nella fattispecie penale, sia quando si discute delle stesse tecniche di tutela, e dunque delle scelte

indotto dal timore di uno sconfinamento nella discrezionalità “politica” propria del legislatore⁶⁵.

In particolare, la Corte Costituzionale ha utilizzato, a volte, il principio di offensività come *canone di controllo delle scelte di politica criminale*, ed, altre volte, lo ha valorizzato come *criterio ermeneutico indirizzato al giudice*.

Sotto il primo profilo, il principio in questione opererebbe come «*limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore*», il quale implica «*la ricognizione dell'astratta fattispecie penale depurata dalla variabilità del suo concreto atteggiarsi nei singoli comportamenti in essa sussumibili*»⁶⁶. La Corte, in più occasioni, ha

di anticipazione della protezione penale; sempre che una simile distinzione –tradizionale contrappunto del controllo critico sulla legislazione penale, a partire da Bricola- abbia ancora attualità e senso, in un contesto dove le ‘tecniche’ sono ormai divenute ‘oggetto’ della tutela, e le ‘funzioni’ si attestano sempre più come veri e propri ‘beni giuridici’ (non di rado con compiti non già ‘promozionali’ per il diritto penale, bensì di autentico ‘apripista’ o di mera ‘tenuta del sistema’, per scopi organizzativi, programmatici o di controllo)».

⁶⁵ Cfr. ancora una volta, A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, cit., p. 21.

⁶⁶ Cfr. sentenza Corte costituzionale 25 luglio 1995, n. 360, che probabilmente per prima ha affermato l'esistenza di un sindacato sull'offensività astratta in generale, poi chiaramente ricondotto a «limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa», di fatto reso operativo, nella maggior parte dei casi, attraverso il parametro della *ragionevolezza* di cui all'art. 3 Cost. Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., pp. 11 e ss. nonché C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 91, e A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, cit., pp. 371 e ss.; ancora cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, Bologna, 2001, p. 100. I principi espressi dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 360 del 1995, alcuni anni dopo, sono stati ripresi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali, chiamate a pronunciarsi sulla rilevanza penale della coltivazione anche ad uso personale, hanno indagato il problema del rapporto tra la fattispecie di coltivazione e il principio di offensività affermando che, sotto il profilo dell'offensività “in concreto”, spetterà al giudice di merito valutare se la condotta, di volta in volta contestata all'agente ed accertata in sede processuale, pur conforme al modello legale tipizzato dal legislatore, sia di fatto inoffensiva, ossia idonea anche in grado minimo a ledere o mettere in pericolo l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Cass. S.U. Pen., 24 aprile 2008, n. 28605 in *CED Cass.* n. 239921 e in *Cass. pen.* 2008, 4513, con nota di S. BELTRANI, *Coltivazione 'domestica' di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco*. Le Sezioni Unite della Cassazione con le suddette sentenze n. 28605 e 28606 del 2008 risolvono il contrasto emerso nella giurisprudenza di legittimità circa la rilevanza penale della coltivazione domestica di stupefacenti destinati ad uso esclusivamente personale, affermando che «costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso esclusivamente personale», con l'unico limite del reato impossibile per inidoneità dell'azione. Due gli orientamenti che si erano contesi il campo prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite: per l'orientamento prevalente, la condotta di coltivazione doveva ritenersi sempre penalmente illecita indipendentemente e a prescindere dalla sua destinazione finale dal momento che né in base alla *ratio* né in base al dato letterale è possibile distinguere tra la coltivazione a fini commerciali o a fini personali (in tal senso tra le altre cfr. Cass. pen., 16 gennaio 2008, *CED. Cass.* n. 239036). In senso contrario, il diverso e minoritario orientamento, nel distinguere tra coltivazione in senso tecnico agrario e coltivazione domestica, riteneva che quest'ultima fosse inquadrabile nel più ampio *genus* della “detenzione” di cui all'art. 75 comma 1 T.U. e pertanto non

sottolineato, da un lato, come l'utilizzo della sanzione penale sia giustificato solo dalla necessità di tutelare «*valori almeno di rilievo costituzionale*» (sentenza. 364 del 1988), e la analoga necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, evidenziando che «*il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve (...) circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante*» (sentenza n. 409 del 1989)⁶⁷.

La Consulta ha, così, affermato che l'individuazione delle condotte punibili, la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni rientrano nella discrezionalità del legislatore, censurabile solo nella misura in cui il suo esercizio «*ne rappresenti un uso distorto e arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza*»⁶⁸. Solo in casi sporadici, tuttavia, tali importanti affermazioni di principio si sono tradotte in un vaglio concreto sulla consistenza e sulla “quotazione” del bene/interesse/valore dedotto come oggetto di tutela nella norma penale, conducendo ad una decisione di accoglimento, che, peraltro, è giunta sempre sulla base di un percorso argomentativo che ha inquadrato le valutazioni in termini di offensività nel paradigma della ragionevolezza⁶⁹. Anche in recenti pronunce emerge, del resto, la

sogetta a sanzione penale qualora finalizzata all'esclusivo uso personale (cfr. fra le altre Cass. pen., 21 settembre 2007 n. 40712 in *CED Cass.*, n. 237645; Cass. pen., 15 maggio 2007, n. 17983, in *Riv. Pen.* 2008) Per un'attenta disamina delle argomentazioni adottate dalle Sezioni Unite cfr. anche S. LO FORTE, *La rilevanza penale della condotta di coltivazione domestica di stupefacenti: profili, limiti di punibilità e possibile inoffensività in concreto nelle ipotesi di efficacia drogante minima*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 marzo 2012.

⁶⁷ E puntualizzando ancora che «il sistema penale delineato dalla Costituzione tende ancor oggi (...) a ridurre la quantità di norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi od almeno 'importanti', per l'ordinato vivere sociale» (sentenza n. 487 del 1989). Peraltro, focalizzando maggiormente il profilo della sussidiarietà, l'idea che la pena debba costituire l'*extrema ratio* è stata ulteriormente specificata chiarendo che la stessa è mezzo «da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali» (sentenza n. 317 del 1996; analogamente, sentenza n. 447 del 1998).

⁶⁸ Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza 1 luglio 2005, n. 262, confermata dalle sentenze 28 dicembre 1998, n. 447 e dalla più recente sentenza 5 luglio 2010, n. 250.

⁶⁹ Come è accaduto con la declaratoria di illegittimità del reato di esposizione non autorizzata di bandiera di Stato estero punita dagli artt. 1 e 3 della legge 1085 del 1929 o, ancora, della mendicizia non invasiva punita dall'art. 670 c.p. Con la sentenza n. 189 del 1987, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del reato di esposizione non autorizzata (nel territorio nazionale italiano) di bandiera di stato estero (artt. 1 e 3 della l. n. 1085 del 1929), ritenendo che – una volta superato il clima politico dell'epoca fascista e la sua vocazione nazionalista, emblematicizzata nella bandiera nazionale come unico “simbolo” ostensibile – la scelta della sanzione penale risultasse del tutto irrazionale, perché «attraverso la penalizzazione del fatto in esame, non è tutelato alcun bene giuridico: il fatto stesso manca di qualsiasi oggetto giuridico specifico e della benché minima *ratio incriminandi*». Con la sentenza n. 519 del 1995, concernente il reato di mendicizia non invasiva (art. 670 c.p.), la Corte giudica illegittima la fattispecie sia per la riconosciuta inidoneità dell'incriminazione a tutelare beni giuridici “apprezzabili” («...la

cautela con cui la Corte conduce il proprio sindacato sugli oggetti di tutela, e sulla corrispondente idoneità lesiva delle condotte incriminate. Così, nella sentenza n. 250 del 2010, concernente il c.d. “reato di clandestinità”⁷⁰, la Corte, non solo ha ritenuto infondato l’addebito in punto di materialità⁷¹ -escludendo che il nuovo reato abbia ad oggetto un mero “modo d’essere della persona”-, ma ha, altresì, negato la (ritenuta) immeritevolezza dell’interesse ravvisato come oggetto di tutela, affermando che *«il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell’interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero»*⁷².

Oltre ad aver valorizzato il principio di offensività come canone di politica criminale fondamentale indirizzato al legislatore, riconoscendolo come “norma invalidante”, pur nei limiti che si sono segnalati, un orientamento ormai consolidato

tranquillità pubblica, con qualche riflesso sull’ordine pubblico») sia alla luce del mutato atteggiamento della coscienza sociale nei confronti di comportamenti consistenti in semplici “richieste di solidarietà” «un tempo ritenuti pericolo incombente per un’ordinata convivenza (...)».

⁷⁰ L’art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998, contravvenzione che sanziona l’ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato, e dunque l’ingresso clandestino in Italia da parte degli stranieri, o la permanenza irregolare dei c.d. “*overstayers*”.

⁷¹ La Corte con la sentenza n. 250 del 2010 ha appunto ribadito che «oggetto dell’incriminazione non è un “modo di essere” della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative “fare ingresso” e “trattenersi” nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull’immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all’art. 1 della l. n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo anti-doveroso è omissivo (l’omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)».

⁷² La Corte, sul punto, sempre con la sentenza n. 250 del 2010, ha ulteriormente precisato che «L’ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovra-individuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell’ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell’esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. E’ incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l’immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio (...)».

nella giurisprudenza della Corte -che ha preso corpo in un crescente numero di decisioni interpretative di rigetto- ne ha, altresì, sollecitato l'impiego quale *criterio ermeneutico rivolto al giudice*⁷³: in questa luce, si è più volte riconosciuto il principio in esame come “*canone interpretativo universalmente accettato*”, tale da imporre al giudice il compito di accertare, volta per volta, che il comportamento solo astrattamente pericoloso, e dunque apparentemente carente di note di lesività, abbia raggiunto un *minimum* di offensività nella fattispecie oggetto di giudizio. Sperimentata nella materia della disciplina penale delle armi ed esplosivi⁷⁴, e poi ribadita specie nell'ambito del diritto penale complementare⁷⁵, tale formula euristica⁷⁶ ha rappresentato, e rappresenta tutt'ora, uno strumento in grado di arginare interpretazioni formalistiche, ed identifica un approdo importante offrendo al giudice, del caso concreto, un efficace strumento per proporre una interpretazione in chiave adeguatrice; ma indubbiamente, come sostenuto da parte della dottrina⁷⁷, è frutto di una soluzione compromissoria che vede nell'offensività non già un margine costituzionale di definizione dello *standard*

⁷³ Come tramite per una rilettura sostanzialistica di fattispecie declinate su una pericolosità meramente astratta, o costruite su vere e proprie presunzioni di pericolo.

⁷⁴ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 62 del 1986 in cui si è affermato che «spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell' offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante». L'impiego ermeneutico del principio di offensività ha trovato applicazione, di recente, anche in un campo di materia -quello dei “reati di sospetto”- da sempre ritenuto ispirato alla modellistica del “diritto penale d'autore”: nella decisione n. 225 del 2008, relativa all'art. 707 c.p., la Corte ha escluso il preteso contrasto con il principio di offensività “in astratto” da un lato negando che la disposizione prefiguri una responsabilità “per il modo d'essere dell'autore”; dall'altro, sottolineando comunque che «sarà, per il resto, compito del giudice ordinario evitare che - a fronte della descrizione, per certi versi, non particolarmente perspicua del fatto represso - la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità», verificando in particolare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, che dovranno risultare «tanto più significative (...) nella direzione dell'esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio» «quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso».

⁷⁵ Questo costrutto argomentativo si è affermato come strumento conservativo le cui potenzialità devono essere sperimentate e valorizzate dal giudice ordinario (a pena di inammissibilità della questione), ed ha trovato riconoscimento ed applicazione nei più disparati settori: dalla materia delle armi ed esplosivi (la già citata sentenza n. 62 del 1986, che ha inaugurato l'indirizzo), al settore penale tributario (ordinanza n. 437 del 1989), al settore dei reati in materia di stupefacenti (sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995; n. 296 del 1996), sino al settore del diritto penale militare, strutturalmente incline a coniugarsi su valori formali o persino eticizzanti (così, la sentenza n. 24 del 1989, dove la Corte -dichiarando infondata la questione concernente l'art. 180, comma 1, c.p.m.p. - ha indicato al giudice una chiave interpretativa tale da fissare il margine di rilevanza penale su quelle sole “arbitrarie adunanze militari” connotate da carattere ostile e sedizioso, come tali lesive della disciplina e, al contempo, foriere di «una situazione di concreto pericolo nei confronti dell'efficienza dell'Istituzione in funzione dei fini costituzionali»). Vedi retro nota 69.

⁷⁶ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 236.

⁷⁷ ID., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 237.

qualitativo dell'opzione penale, bensì un espediente sostitutivo di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, con una palese «eterogenesi dei fini»⁷⁸.

2.3.3. Offensività e ragionevolezza.

Si sottolinea che la Corte costituzionale, invero, non ha mai utilizzato direttamente il principio di necessaria lesività come parametro autonomo per dichiarare l'illegittimità di una norma penale⁷⁹, ma solo come riflesso del criterio della ragionevolezza⁸⁰. Tale criterio si fonda sul principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e, in stretta connessione con il criterio di proporzione⁸¹, esige che la scelta legislativa rispetto al bene e rispetto alla predisposizione di tutela penale sia razionalmente argomentabile e controllabile: di fatto, si richiede una razionalità procedurale, quella che deriva dalla dialettica democratica della discussione parlamentare⁸². Da ciò, l'impossibilità per la Consulta di utilizzare la necessaria lesività come parametro per il sindacato di costituzionalità, proprio perché la Corte è estranea al circuito di legittimazione democratica, tant'è vero che, in più occasioni, nel prezioso rispetto dell'art. 28, legge n. 87 del 1953, ha affermato che le valutazioni da cui dipende la decisione di ricorrere alla

⁷⁸ Sul punto cfr. G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 154; ID., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazioni dottrinarie e prassi giurisprudenziale*, in AA. VV., a cura di A. STILE, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pp. 70 e ss.; nonché F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 357, il quale rileva che nei casi in cui non sia rintracciabile, nella dimensione astratta e legislativa del reato, un contenuto di disvalore in termini di offesa ad un bene giuridico –come ad esempio nel caso di detenzione di sostanze stupefacenti, ovvero, più in generale, in tutti i reati che consistono nella mera detenzione di cose di cui il legislatore vuole impedire la circolazione- «il richiamo al principio di offensività nella sua dimensione di canone applicativo rivolto al giudice non appare teoricamente del tutto corretto: e soprattutto non sembra rispondere alla reale sostanza concettuale e garantista del principio di offensività che è quella della delimitazione dell'area penalmente rilevante a fatti – astratti e concreti- davvero offensivi di beni meritevoli di tutela penale. In presenza di fattispecie astratte necessariamente inoffensive quel canone applicativo può semmai essere considerato come espressione di un più generale criterio di irrilevanza del fatto concretamente non significativo, la cui portata non soffre limiti a seconda della tipologia di fattispecie, di offesa presunta, di mero scopo, ecc.».

⁷⁹ È dibattuto se nella sentenza della Corte cost., n. 189 del 1987, i giudici abbiano implicitamente utilizzato il principio di offensività per la declaratoria di incostituzionalità del divieto di esposizione di bandiere estere senza autorizzazione per assenza del bene giuridico tutelato. Affermativamente, C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, cit., p. 94.

⁸⁰ Cfr. G. STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. Pen.*, n. 3 del 2013, p. 6.

⁸¹ Cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Brossura, 2014, cit., p. 218. Sul principio di proporzione, fra gli altri, cfr. A. MANNA, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, p. 121; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, pp. 13 e 704.

⁸² Cfr. G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 124 e ss.

sanzione criminale attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede⁸³. Sulla scorta di tale orientamento della giurisprudenza costituzionale, è stato osservato⁸⁴, che la necessaria lesività, dunque, non può avere una valenza dimostrativa⁸⁵ (tanto da potere realmente costituire presupposto di declaratoria di illegittimità costituzionale quale principio suscettibile di essere utilizzato dalla Corte costituzionale per caducare le norme in contrasto con esso), ma meramente argomentativa (vale a dire, di indirizzo politico-culturale). A prescindere, quindi, dalle autorevoli dichiarazioni ed affermazioni sul rango costituzionale del principio di necessaria lesività, è un dato di fatto che la sua valenza meramente interpretativa ha dissolto la ragione giustificativa che limita la tutela penale –nell'alveo del principio di sussidiarietà ed in quello dell'*extrema ratio*– ai soli beni giuridici costituzionalmente rilevanti⁸⁶. La ragionevolezza, dunque, rimanda ad un controllo non già radicalmente

⁸³ Sentenza Corte cost. n. 409 del 1989.

⁸⁴ Cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 220.

⁸⁵ Sulla distinzione tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa, «tale da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi», cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Pen.*, XIV, 1999, § 6; ID, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, Firenze, 2001, p. 29.

⁸⁶ Tanto che da più parti in dottrina, come già ampiamente sottolineato nel primo capitolo, si denuncia un processo di smaterializzazione e spiritualizzazione del bene giuridico. Ampiamente, cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 218. Fra gli effetti di questa deriva, fra l'altro, vi è l'utilizzo sempre più frequente di tecniche di anticipazione della tutela fino alla formulazione di illeciti di mero rischio, ispirati, questi ultimi, al principio di precauzione. In tema di precauzione, si rinvia a R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, pp. 10 ss.; U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007, pp. 9 e ss.; H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990, pp. 12 e ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, pp. 1743 e ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 231; G. FORTI, *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo"*. *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 573 e ss.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, pp. 11 e ss.; F. CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dif. pen.*, XXI sec., 2007, 269 ss.; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 786 e 788; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, pp. 1695 e 1696; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 174 e ss.; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, pp. 155 e ss.; E. CORN, *Principio di precauzione e diritto penale? Il*

alternativo, bensì specifico e complementare rispetto a quello ordinario⁸⁷. E nella prospettiva segnalata, una possibile direttrice inquadra, anzitutto, l'offensività come criterio di ragionevolezza rispetto ai beni tutelati che può arrivare anche a prospettare l'illegittimità costituzionale di una fattispecie costruita su una vera e propria presunzione di pericolo –cioè un'astrazione tendenzialmente assoluta che non ammette l'accertamento in concreto della possibilità di offesa-: in questo senso –come si specificherà nel prosieguo della trattazione- la sinergia tra offensività e ragionevolezza si traduce in un controllo in termini di razionalità strumentale dove la giustificazione della limitazione di libertà imposta al singolo con la minaccia penale è sproporzionata al coefficiente di adeguatezza del mezzo rispetto allo scopo⁸⁸.

2.4. Il fondamento normativo del principio di offensività e la c.d. concezione realistica del reato.

Nonostante la mancanza di chiari referenti normativi da cui ricavare in maniera inequivocabile l'immanenza del principio di offensività nell'ordinamento giuridico penale, è pacifico oramai, sia in dottrina che in giurisprudenza, che lo stesso trovi riconoscimento all'interno del codice penale nell'art. 49, comma 2 (*reato impossibile*), che esclude la punibilità dell'agente nell'ipotesi in cui, sia per l'idoneità dell'azione che per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso⁸⁹.

In base ad una lettura a contrario della norma, si consacra la struttura necessariamente lesiva del reato: non può esservi reato in assenza di un'offesa, nel senso di effettiva lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato, la cui

principio di precauzione nella disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica, Torino, 2013, pp. 31 e ss.; V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1276 e ss.. Di recente, come lavori monografici, F. CONSORTE, *Principio di precauzione e tutela penale. Un connubio problematico*, Bologna, 2012, pp. 1 e ss.; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, pp. 10 e ss.; R. MARTINI, *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, pp. 579 e ss.

⁸⁷ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 281 e ss., ove l'Autore segnala che «(...) risulta chiaro come la valutazione di ragionevolezza rimandi ad un controllo composito, multifforme e necessariamente differenziato».

⁸⁸ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 293.

⁸⁹ È bene ricordare che la valenza positiva del principio di offensività la si desume anche dall'art. 115 c.p. che esclude la punibilità per le ipotesi di accordi o istigazioni non seguite dal reato. La norma conferma il principio per cui *cogitationis poenam nemo patitur* e ribadisce come, ai fini della sanzione penale, non sia sufficiente un'intenzione criminale ma sia necessaria una reale offesa del bene protetto. A tal proposito è significativo che, la conseguenza prevista dall'art. 115 c.p. per gli accordi e le istigazioni senza effetto è l'applicazione di una misura di sicurezza, in evidente parallelismo con l'art. 49, ultimo comma, c.p.

individuazione, come si è visto in precedenza, è di fondamentale importanza proprio per dare piena legittimazione ed operatività al principio in esame⁹⁰.

Tralasciando l'enunciazione dell'interpretazione tradizionale dell'art. 49, comma 2, c.p., nel senso di doppiione in negativo del delitto tentato⁹¹, è d'uopo segnalare, seppur brevemente, le risultanze della posizione della dottrina maggioritaria, che avalliamo, ma con l'aggiunta di alcune "notazioni di stile" che potrebbero rappresentare dei passi in avanti e degli sviluppi della classica concezione realistica del reato.

Secondo la dottrina maggioritaria⁹², l'art. 49, comma 2, c.p., assunto a clausola generale del sistema, sembra enunciare, in modo molto esplicito, la regola secondo cui

⁹⁰ Tale assunto prova ulteriormente la nostra posizione circa l'insuperabilità della categoria del bene giuridico. Si rinvia, sul punto, al § 1.8.1. del capitolo precedente.

⁹¹ Inizialmente l'art. 49, comma 2, c.p., fu considerato una sorta di tentativo inidoneo, non riuscito. Si sosteneva che se gli atti sono idonei si ha tentativo, se inidonei, reato impossibile. Cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit. p. 83. Come noto, infatti, secondo l'impostazione tradizionale, il reato impossibile per inidoneità dell'azione altro non sarebbe che il "doppiione in negativo" dell'art. 56 c.p., configurando, dunque, un'ipotesi di tentativo inidoneo (Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV° ed. a cura di L. CONTI, Milano, 2003, pp. 499 e ss.; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 513). Secondo questa lettura, la funzione di tale norma non sarebbe tanto quella di escludere la punibilità per il tentativo inidoneo –soluzione cui si giungerebbe difatti già in forza della diretta applicazione dell'art. 56– quanto, piuttosto, quella di far discendere, dalla stessa, l'applicabilità di misure di sicurezza (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 421). Ragionando sulla base di tali considerazioni, risulta evidente la specularità delle situazioni disciplinate dagli art. 49, secondo comma, e 56 c.p.: a seconda, infatti, dell'idoneità o dell'inidoneità degli atti rispetto alla realizzazione della fattispecie criminosa voluta dall'agente, il soggetto risponderà rispettivamente di tentativo ex art. 56, comma 1, c.p. ovvero, in applicazione dell'art. 49, comma 2, c.p., non potendo essere punito, trattandosi di tentativo inidoneo, soggiacerà in caso di sua accertata pericolosità all'applicazione di una misura di sicurezza. La ricostruzione esposta, tuttavia, è stata sottoposta a revisione critica per una serie di ragioni: a) non convince l'ubicazione codicistica che verrebbe inspiegabilmente ad anticipare la disciplina *in negativo* del tentativo rispetto a quella *in positivo* della fattispecie medesima; b) l'art. 56 c.p. si riferisce ai soli delitti, mentre il 49 c.p. abbraccia tutte le ipotesi di reato, derivandone, pertanto, l'inaccettabile conseguenza per cui atti idonei a commettere una contravvenzione risulterebbero penalmente irrilevanti, a fronte di atti inidonei a commettere la medesima tipologia di reati sanzionati, a condizione che risulti accertata una pericolosità sociale, con una misura di sicurezza; c) la differente accezione del termine "evento" da intendersi naturalisticamente ai sensi dell'art. 56 c.p. e giuridicamente, cioè come relativo al momento dell'offesa, nella logica del reato impossibile, non potendo altrimenti riferire tale figura generale ai reati di mera condotta; d) in luogo dell'espressione *atti*, propria della norma sul tentativo, l'art. 49, comma 2, c.p., si riferisce all'*azione* con la conseguente possibilità di intendere, nel primo caso un *agere* atipico, privo di un segmento della condotta illecita complessiva, laddove il reato impossibile implica la presenza di una condotta completa, sebbene inidonea ad addivenire a lesione o a pericolo di lesione; e) una lettura utile dell'art. 49 c.p., implica un'accezione della stessa norma differente da quella di doppiione dell'art. 56 c.p., derivandone altrimenti una evidente *interpretatio abrogans* della previsione normativa. Si veda, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*. Lo stesso Autore ha ribadito le sue riflessioni in *Reato impossibile*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, 1967, 974 ss. ed in *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, 1996, 260 ss. Questa impostazione è stata poi seguita da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 80 e ss.; F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit. pp. 205 e ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 208 e ss.; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1996, pp. 442 e ss.; Cfr. M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 91; ID., *Dolo (dir.pen)* (voce), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 783; G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile* (voce), cit., p. 263.

⁹² Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 47.

L'incriminazione deve considerarsi limitata solo a quei fatti che presentino l'idoneità per un'aggressione effettiva degli interessi tutelati, mentre non può ritenersi estesa anche a quelli che solo apparentemente si inquadrano nel tipo di condotta vietata, poiché *mancano di ogni attitudine offensiva*⁹³. In altre parole, da esso discende non soltanto l'obbligo per il legislatore di ricorrere alla sanzione penale solo quando vi sia la necessità di tutelare un bene giuridico, ma anche il dovere per il giudice di verificare se la fattispecie concreta non solo corrisponde a quella astratta, prevista dalla norma incriminatrice, ma integri, altresì, l'offesa all'interesse tutelato⁹⁴. Tale impostazione è nota come c.d. *concezione realistica del reato*⁹⁵, che, nata a cavallo degli anni '60 e assunta a presidio fondamentale della necessaria lesività della condotta penalmente rilevante, ha rappresentato il tentativo di più marcata valorizzazione della dimensione sostanziale dell'illecito promosso dalla nostra dottrina, nonché la prima autentica deviazione alle promesse di fedeltà inossidabile al dettato legislativo postulate dal tecnicismo giuridico⁹⁶. Secondo tale concezione, senza lesione o la messa in pericolo dello specifico interesse tutelato dalla norma incriminatrice, il reato non sussiste: ciò significa che il requisito dell'offesa non viene considerato necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche, nel caso concreto, e non unicamente in astratto, carico di significato in forza del quale è

⁹³ Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, p. 317, secondo cui «in altre parole, l'art. 49, comma 2, c.p., serve a rendere chiaro che, nel configurare il modello legale di un reato, la norma penale si riferisce sempre ad azioni idonee, vale a dire tali da costituire un'effettiva minaccia per i beni protetti dall'ordinamento: il fatto tipico costitutivo di un reato, cioè, si avrebbe soltanto allorché, insieme con i connotati esteriori di una fattispecie legale, sia presente altresì un'effettiva capacità lesiva dell'azione».

⁹⁴ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 264. Nello stesso senso, M. GALLO, (*dir.pen.*)(voce), cit., p. 786; ID., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 72 e ss. Sul principio di offensività vedi altresì, con differenti impostazioni: F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., pp. 182 e ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, p. 659; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 22.

⁹⁵ Secondo cui il reato, in concreto, è un fatto umano conforme al modello descritto dall'ordinamento e lesivo di un interesse penalmente protetto. Secondo autorevole dottrina: «La c.d. concezione realistica del reato, come noto, tematizzando il reato come fatto conforme al modello legale e lesivo dell'interesse tutelato, aveva già dato ingresso ad una valorizzazione in senso sostanziale dell'illecito penale, predicando la possibile scissione tra tipicità ed offensività. In particolare, secondo tale concezione, l'art. 49, comma 2, c.p. (...) sarebbe enunciazione di un principio generale, operante in ogni settore dell'ordinamento, in base al quale i comportamenti conformi al tipo descrittivo, ma non lesivi dell'interesse protetto, non sarebbero punibili; sottendendo, appunto, in controluce, il recepimento di un principio di necessaria lesività a livello codicistico». Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 47, nt. 17.

⁹⁶ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 247. Si veda anche A. VALENTI, *Valori costituzionali e politiche penali*, Bologna, 2004, pp. 37 e ss.

assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche⁹⁷. Per utilizzare una terminologia ormai sufficientemente diffusa, è ben possibile che si realizzi uno “scarto” tra semplice conformità del fatto al modello legale ed effettiva lesione dell’interesse tutelato⁹⁸. Pertanto, l’art. 49, comma 2, c.p., impone, secondo questo orientamento, una duplice valutazione del fatto: in primo luogo sulla conformità al tipo di reato; in secondo luogo sulla capacità lesiva del bene o interesse protetto dalla norma.

Pur tra molte incoerenze ed aporie dogmatiche⁹⁹, la concezione realistica del reato rappresenta uno dei campi in cui è apparso non solo suggestiva ma plausibile la ricostruzione del concetto di evento in senso giuridico¹⁰⁰: attribuendo un’offesa necessaria ad ogni illecito, ed afferrando la verificabilità in concreto di fatti inoffensivi conformi al tipo legale, essa valorizza il bene giuridico nella sua originaria funzione di diaframma per una considerazione dei fatti da un angolo visuale esterno allo schema

⁹⁷ Cfr. M. GALLO, *Appunti*, vol. II, cit., p. 101, che precisa come «il requisito dell’offesa non è considerato come necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l’esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche nel caso concreto e non unicamente in astratto, carico del significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche». Per l’Autore l’offesa rappresenta il contenuto del reato. In maniera parzialmente difforme F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 184, secondo cui l’offesa, appartenendo alla tipicità, è elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie, sicché essa rappresenterebbe un requisito ulteriore di tipicità.

⁹⁸ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 73, il quale sottolinea come detta possibilità di scarto tra conformità e lesività non si presenta con la medesima intensità in relazione a tutte le fattispecie penali, ma varia a seconda del criterio utilizzato dal legislatore nella formulazione dei modelli legali: è molto rara nelle fattispecie casualmente orientate; frequente nelle fattispecie a forma vincolata, di mera condotta, in cui la descrizione del modello legale si mantiene in termini piuttosto ampi e generici; minima infine in quelle fattispecie a forma vincolata, sia di mera condotta che a evento naturalistico, in cui la tipizzazione del fatto illecito è estremamente minuziosa e dettagliata. Pertanto, il dato tendenziale è quello per cui più si rispetta l’esigenza di tassatività della fattispecie espressa dall’art. 25, comma 2 Cost., più diminuisce la possibilità di applicare l’art. 49, comma 2 c.p. Cfr., ancora una volta, G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile* (voce), cit., p. 264, il quale sottolinea la difficoltà di applicare il principio sancito dall’art. 49, comma 2, c.p. anche nelle ipotesi in cui lo schema astratto contiene elementi che implicano necessariamente una valutazione in termini di disvalore nei confronti dell’interesse protetto, come accade ad esempio nelle fattispecie in cui si richiede che i mezzi usati abbiano una particolare attitudine in relazione all’offesa contenuta nel reato posto che, in tali casi l’integrazione degli elementi costitutivi del modello legale comporta automaticamente la lesione dell’interesse, avendo il legislatore anticipato già a livello astratto quei requisiti che normalmente intervengono nella successiva valutazione in concreto circa l’effettiva lesione dell’interesse tutelato.

⁹⁹ Sottese alla difficoltà di pensare l’offensività come elemento aggiuntivo di tipicità e come requisito generale a fronte della multiformità dei modelli strutturali e degli schemi di tipizzazione dell’offesa (solo per fare alcuni esempi: reati con evento di lesione ovvero di pericolo; reati a condotta pericolosa o dove il pericolo rappresenta una mera condizione obiettiva di punibilità, ecc.). Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 247.

¹⁰⁰ Cfr. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, cit., pp. 617 e 619.

legale e, per tal via, si offre come utile strumento per una rilettura sostanzialistica delle fattispecie incriminatrici¹⁰¹.

L'impostazione in parola, ha ricevuto, peraltro, l'avallo della giurisprudenza la quale, in numerose occasioni, ha utilizzato il paradigma del reato impossibile per escludere l'offensività, e dunque la punibilità, di taluni comportamenti che, ancorché corrispondenti al modello legale, erano palesemente privi di ogni significato lesivo¹⁰². La non punibilità del falso "grossolano", "inutile" o innocuo¹⁰³, della truffa commessa con artifici e raggiri talmente scoperti da rendere avvertita anche la persona più ingenua, della calunnia formulata mediante accuse paradossali¹⁰⁴, della simulazione di reato in cui la non verosimiglianza del fatto sia talmente palese da escludere anche la mera possibilità che inizi un procedimento penale, della coltivazione di sostanze stupefacenti completamente inidonea a raggiungere qualsivoglia efficacia drogante¹⁰⁵, fino a talune fattispecie incentrate sulla mera inosservanza della disciplina di settore o sul momento

¹⁰¹ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 248.

¹⁰² Fondamentale sul punto è la sentenza della Corte Cost. del 26 marzo 1986, n. 62, in *CED Cass.*, 1986, n. 12302, secondo cui «poiché nel nostro ordinamento vige il principio di offensività, alla cui luce – sia esso, o meno, di rango costituzionale – ogni interpretazione di norme penali va condotta, è compito del giudice, e non obbligo del legislatore, stabilire, valendosi degli strumenti ermeneutici che il sistema offre e, primo fra tutti, dell'art. 49, comma secondo, c.p. (c.d. reato impossibile), se una concreta fattispecie sia idonea o meno ad offendere i beni giuridici tutelati dalle normative in discussione, al fine di determinare, in concreto, la soglia del penalmente rilevante; entro la quale al giudice stesso spetta, comunque, graduare la pena in ragione della gravità del reato e delle circostanze».

¹⁰³ I reati contro la fede pubblica sono, senza dubbio, il tradizionale campo di applicazione del reato impossibile, posto che non tutte le condotte di falsificazione si rivelano in concreto idonee a ledere l'interesse alla veridicità e genuinità dei mezzi di prova. Per tale ragione si è posto il problema di distinguere le ipotesi di falsità meritevoli di sanzione penale dai casi di falsità c.d. tollerabile, facendo ricorso alle categorie del falso grossolano, innocuo e inutile. In particolare il "falso grossolano", le cui ipotesi più frequenti a livello giurisprudenziale si rinvencono con riferimento al falso nummario e alla contraffazione di segni distintivi, si ha quando la contraffazione o alterazione è talmente riconoscibile da poter essere percepita da chiunque (cfr. Cass. Pen., sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3336 in *Riv. Pen.*, 2001, 273, in cui si precisa che la contraffazione grossolana, non punibile ex art. 49 co. 2 c.p., è solo quella che si concreta in un'imitazione così ostentata e macroscopica per il grado di incompiutezza da non poter trarre in inganno nessuno. Nello stesso senso, ma con riferimento alla contraffazione di segni distintivi, cfr. Cass. Pen., sez. II, 3 aprile 2008, n. 16821, in *CED Cass.*, 2008 n. 239783). Il c.d. "falso innocuo", invece si ha quando la contraffazione o l'alterazione, seppur astrattamente idonea ad ingannare, non è in concreto in grado di ledere l'interesse protetto. Il c.d. "falso inutile", invece, differisce dalle situazioni esaminate in precedenza in quanto configura un'ipotesi di reato impossibile per inesistenza dell'oggetto e non per inidoneità dell'azione, che si ha quando la falsità investe un atto o una parte di essa privi di valenza probatoria.

¹⁰⁴ Il *leading case*, al riguardo, è la già citata sentenza n. 62 del 1986, in materia di armi ed esplosivi, si veda *retro* nota n. 74 del presente capitolo.

¹⁰⁵ Si veda Cass. Pen. S.U., 24 aprile 2008 nn. 28605 e 28606, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1521 secondo cui «ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile».

autorizzativo poste a presidio della tutela dei beni culturali¹⁰⁶, dei beni paesaggistici ovvero dell'ambiente e del territorio¹⁰⁷, sono tutti esempi di come la giurisprudenza ha sentito la necessità di “correggere”, in sede giudiziaria, il c.d. scarto tra legalità meramente “formale” e offensività.

Tuttavia non sono mancate critiche alla concezione realistica del reato.

2.4.1. Le critiche alla c.d. concezione realistica del reato.

Parte della dottrina¹⁰⁸ non ha condiviso l'interpretazione dell'art. 49, comma 2, c.p. come norma che richiede la verifica della reale offensività di fatti tipici.

Si è in primo luogo obiettato che l'art. 49, comma 2, c.p. non offre alcun criterio attraverso cui accertare l'offensività o l'inoffensività di un comportamento conforme al tipo descrittivo, limitandosi ad enunciare una prescrizione a carattere generale, dalla quale esorbita ogni riferimento alla natura degli interessi tutelati¹⁰⁹. Per risolvere l'*impasse* si apre all'interprete un'alternativa: o rintracciare l'interesse tutelato sulla base della descrizione normativa delle singole figure di illecito, oppure sostenere il rinvio dell'art. 49, comma 2, c.p. a criteri *extranormativi*¹¹⁰.

Si è sostenuto, infatti, che considerare l'offensività alla stregua di elemento costitutivo del reato equivale ad infrangere il principio di legalità perché porta ad attingere l'offesa, non reperibile nella fattispecie legale, da criteri di valutazione *extralegislativi*. In un sistema penale fondato sul principio di legalità, la valutazione della tipicità deve ritenersi già condotta, in sede di elaborazione normativa, dal legislatore, chiamato a distinguere il dato penalmente rilevante da quello privo di significato siffatto. Affidare al giudice il compito di isolare condotte tipiche ed

¹⁰⁶ Ad esempio, in relazione alla condotta di opere illecite (Art. 169 D.lgs. n. 42 del 2004 c.d. Codice dei beni culturali), si è affermato che pur identificando tale fattispecie in un reato di pericolo presunto, «per la sua configurabilità occorre un minimo di idoneità offensiva della condotta posta in essere, ossia che tale condotta sia in concreto idonea a ledere il bene giuridico tutelato dalla norma, e quindi ad incidere sulla integrità del bene immobile a interesse storico-artistico, nel senso della diminuzione del godimento estetico complessivo». Così, Cass. Pen., Sez. III, 26 novembre 1999.

¹⁰⁷ Nel settore dei beni paesaggistici, il giudizio di offensività viene risolto nella dimostrazione dell'attitudine della condotta a porre in pericolo il bene protetto, sulla base di una valutazione *ex ante*: si veda, ad esempio, per il reato previsto attualmente nell'art. 181 del D.lgs. n. 42 del 2004, Cass. Pen., Sez. III, 24 maggio 2002.

¹⁰⁸ Cfr. P. NUVOLONE, *Recensione a Neppi Modona, il reato impossibile*, in *Ind. pen.*, 1967, p. 47; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 451 e ss.

¹⁰⁹ Chiaro sul punto F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 28. Cfr. anche G. NEPPI MODONA, *Reato impossibile* (voce), cit., p. 267.

¹¹⁰ Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., p. 29. L'Autore fa riferimento ad un giudizio operato alla stregua di norme sociali, di civiltà o di costume.

offensive da condotte non offensive, pur a fronte di comportamenti che risultano rispecchiare la descrizione della fattispecie penalmente rilevante, oltre che inaccettabile, sotto il profilo del principio di legalità¹¹¹, aprirebbe il varco ad esiziali soggettivismi¹¹² ed arbitri nelle operazioni giurisprudenziali¹¹³.

In particolare, l'utilizzo della concezione realistica del reato in presenza di un fatto inoffensivo, comporterebbe una sorta di indebita alterazione dei criteri di operatività della tipicità, così come disegnata dal legislatore; e ciò perché, non solo si aggiungerebbe il requisito autonomo dell'offesa al bene giuridico tutelato, ma questa aggiunta finirebbe per manipolare la stessa tecnica di tutela ed il grado di offesa prescelti dal legislatore¹¹⁴.

Inoltre, la concezione realistica del reato si porrebbe in contrasto anche con il principio di tassatività e determinatezza in quanto, si è rilevato, che l'art. 49, comma 2, c.p., non contribuirebbe in alcun modo ad individuare la natura degli interessi tutelati, risultando indistinguibili dagli elementi descrittivi della fattispecie.

Infine si obietta che, nel momento in cui il legislatore configura una determinata fattispecie astratta al fine di tutelare uno specifico interesse dalla particolare modalità di aggressione in cui si sostanzia quel tipico reato, risulterebbe impossibile, già sul piano logico, ammettere la configurabilità di un fatto "conforme alla fattispecie" e tuttavia inoffensivo¹¹⁵. In altri termini, l'offesa all'interesse protetto sarebbe essa stessa

¹¹¹ Determinerebbe una pericolosa confusione tra il momento legislativo e quello giudiziario.

¹¹² A tal proposito osserva, però, A. BENIGNI, *Ribadito dalla Corte Costituzionale il principio di necessaria offensività del reato*, in *Cass. pen.* 2001, n. 993, che pecca di eccessiva astrazione l'opinione di chi pretenda che il giudice si distacchi completamente dal tessuto sociale, politico e culturale in cui si trova ad operare. Al contrario la giurisprudenza si caratterizza, ed è necessario che si caratterizzi, proprio per la sua natura pratica e la sua capacità di adattarsi alle nuove necessità e dinamiche sociali. Si veda, in argomento, anche R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2007, p. 1036.

¹¹³ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 451 e ss.

¹¹⁴ In sostanza, mentre l'aggiunta dell'offesa all'interno di un reato costituito già astrattamente in siffatti termini muta la struttura legislativa della fattispecie, rendendo espresso ciò che è implicito, ponendosi, però, in perfetta sintonia con gli scopi di tutela perseguiti dal legislatore, al contrario, l'aggiunta dell'offesa in un reato già in astratto inoffensivo (come possono essere, ad esempio, i reati di pericolo presunto), incide sulla struttura legislativa della fattispecie, inserendo *ex novo* un elemento addirittura del tutto esterno alla norma, con la conseguenza che l'attività del giudice finisce per sostituirsi a quella del legislatore, operando, in pratica, sul piano delle fonti.

¹¹⁵ In chiave critica rispetto alla concezione realistica cfr. anche M. ROMANO, *Commentario*, cit., pp. 514 e ss. L'Autore afferma che «la configurabilità di un fatto conforme alla fattispecie incriminatrice e ciò nonostante non punibile, ex art. 49, comma 2, c.p., in quanto concretamente inoffensivo non è sostenibile neanche sotto il profilo dogmatico. Difatti, le fattispecie criminose sono create dal legislatore con la descrizione di elementi costitutivi pensati, tuttavia, globalmente come "unità offensiva" dannosa o pericolosa nei confronti di un bene giuridico che si vuole tutelare. Pertanto, è indubbio che la conformità al tipo coincida con il contenuto sostanziale d'illiceità secondo la valutazione del legislatore, con la conseguente impossibilità di configurare un fatto tipico, ma inoffensivo».

requisito necessario di tipicità, con la conseguenza che un fatto inoffensivo risulterebbe non punibile perché atipico o “apparentemente tipico”, senza che vi sia la necessità di “scomodare” l’art. 49, comma 2, c.p. ai fini dell’esclusione della sanzione penale¹¹⁶.

Ma secondo parte della dottrina¹¹⁷, le obiezioni mosse alla concezione realistica del reato non sembrano calzanti per una serie di ragioni. Innanzitutto l’art. 49, comma 2, c.p., sembra proprio diretto a colmare l’eventuale divario tra reali esigenze di tutela ed *eccesso di tutela*, derivante dal fatto che la norma incriminatrice, nella sua necessaria generalità ed astrattezza, non può certo discriminare la infinità dei casi che l’esperienza concreta presenta¹¹⁸. Inoltre, la critica alla concezione realistica pecca, poi, sotto un altro profilo, nel momento in cui non tiene conto della distinzione esistente tra, il concetto di “corrispondenza formale al modello legale” da intendersi come realizzazione fattuale di tutti gli elementi descrittivi e normativi individuati dalla norma incriminatrice, e quello di “tipicità”, da intendersi, invece, come conformità alla fattispecie considerata¹¹⁹. Posta in questi termini, dunque, la possibilità di accettare la distinzione tra i concetti di “conformità esteriore al tipo” e offensività, propugnata dalla concezione realistica, diventa uno “pseudo-problema”.

Oggi si va nella prospettiva dell’atipicità delle condotte piuttosto che in quella, avanzata dalla concezione realistica, del “fatto tipico inoffensivo”, poiché la stessa

¹¹⁶ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 479; G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione giurisprudenziale e prassi giudiziaria*, cit., p. 67; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., pp. 29 e ss.; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 419; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 434. Per un quadro delle critiche formulate da una parte della dottrina alla concezione realistica del reato si veda G. PANUCCI, *Il principio di necessaria offensività*, cit.

¹¹⁷ Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 318.

¹¹⁸ Con la conseguenza che anche la migliore tecnica di tipizzazione può finire per ricomprendere ipotesi in cui la formale rispondenza allo schema normativo non ricopre, però, un’effettiva lesività della condotta. Viene anche opportunamente rivelato che lo “scarto” fra apparente conformità al tipo e lesività, può ben verificarsi nello sviluppo storico in relazione alle vicende degli interessi tutelati, dimodoché l’interpretazione dell’art. 49 c.p. alla stregua della c.d. concezione realistica del reato, potrebbe realizzare anche finalità di adeguamento dello schema legale al mutamento delle esigenze sociali di tutela. Al riguardo si veda G. NEPPI MODONA, *La riforma della parte speciale del codice penale, il principio di lesività ed i rapporti con la parte speciale*, in *Problemi generali di diritto penale*, cit., pp. 77 e ss.; ID., *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, p. 259.

¹¹⁹ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice Penale*, 1995, p. 284; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., p. 670; M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 97. Quest’ultimo Autore ricomprende nel concetto di anti giuridicità formale, da intendersi quale situazione di contrarietà rispetto alla norma incriminatrice, sia la corrispondenza del fatto al modello legale, sia la concreta realizzazione dell’offesa. Pertanto, affinché un fatto possa ritenersi corrispondente alla fattispecie astratta, e dunque “tipico” nel senso sopra visto, è necessario che lo stesso corrisponda allo schema descritto dal legislatore e che sia al contempo concretamente offensivo dell’interesse protetto.

offensività, alla luce della crescente consapevolezza della dimensione ermeneutica del fatto, è stata assunta a cifra essenziale della tipicità¹²⁰

In realtà non vi può essere alcun dubbio circa il fatto che il principio di offensività costituisca oramai un canone generalmente ricevuto nella elaborazione dottrinale e, pertanto, non dovrebbero risultare riserve sul significato e sulla collocazione sistematica che la concezione realistica del reato assegna all'art. 49, comma 2, c.p.

Non può ravvisarsi illecito penale laddove non solo manchi un'effettiva lesione del bene tutelato, ma neppure vi è la possibilità che una tale lesione, sotto forma di pericolo, si determini come conseguenza dell'azione e dell'omissione. Tale principio –come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo della trattazione- concerne l'essenza stessa della tipicità, e altro non rappresenta se non l'esigenza di un'effettiva rispondenza del fatto all'ipotesi normativa¹²¹.

Infine si sottolinea che l'art 49, comma 2, c.p., si profila anche come veicolo normativo attraverso cui dare ingresso, nei congrui casi, alla regola dell'irrelevanza penale delle c.d. “azioni socialmente adeguate”: quelle azioni, cioè, che –per la coerenza con lo stile di vita, storicamente condizionato, della comunità- non possono farsi rientrare, al tempo stesso, nella fattispecie di reato. L'idea dell'adeguatezza sociale non è altro che un punto di vista nell'interpretazione della fattispecie, che serve ad escludere dalla previsione normativa le condotte che, in realtà, non vi corrispondono in quanto manca una reale dimensione aggressiva del bene¹²².

2.5. Il principio di offensività nella costruzione dell'illecito penale.

Da quanto finora esposto emerge con chiarezza che l'offesa ad un bene giuridico è quanto imprime al fatto umano il carattere della sanzionabilità a mezzo della pena o della misura di sicurezza¹²³. Ciò impone al legislatore, per dare piena attuazione al principio di necessaria lesività, di intendere il reato come “fatto offensivo tipico” nel senso cioè che l'offesa deve essere costruita “*non come un dato esterno alla norma, che il giudice attinga di volta in volta dai valori culturali o sociali sottostanti, ma come*

¹²⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 252.

¹²¹ Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 319 e 320.

¹²² Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 322 e ss.; si veda anche S. FIORE, *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, pp. 252 e ss.

¹²³ Cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., p. 61.

elemento interno alla fattispecie legale”¹²⁴. Pertanto è d’uopo individuare l’esatta collocazione dell’offesa all’interno della struttura del reato onde circoscrivere la portata del principio in esame.

Non vi è dubbio che quando guardiamo all’offesa al bene giuridico, lo facciamo all’interno della tipicità¹²⁵. Infatti, nella costruzione del reato, è nella tipicità che indagiamo non solo la conformità della condotta al tipo descritto nella fattispecie, ma anche la sua carica lesiva, nei termini di danno o messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Pertanto l’offesa è da considerarsi un elemento del fatto tipico e non un qualcosa che va ad aggiungersi alla tipicità. Infatti, tra coloro che vedono l’offesa come componente esterna, distinta e complementare (nella costruzione del reato) rispetto al tipo¹²⁶, e coloro che, invece, intendono l’offesa come fatto implicito della tipicità, ossia elemento integrativo indefettibile della figura tipica¹²⁷, noi avalliamo sicuramente la seconda posizione con l’aggiunta che in assenza di offesa vi è mancata integrazione di una fattispecie penale per essere lo stesso fatto, poiché inoffensivo, non corrispondente al tipo normativo¹²⁸. Tutto dipende, tuttavia, da come si intende la tipicità¹²⁹

¹²⁴ Vedi, per tutti, F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Prospettive di riforme del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 94.

¹²⁵ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 68 nonché F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, cit., p. 93.

¹²⁶ Tra coloro che sostengono la concezione realistica del reato, cfr. G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, cit., p. 269; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit. p. 670: «Comunque se anche è vero che l’offensività effettiva, una volta richiesta dalla legge per l’esistenza del reato, entra a far parte della fattispecie e si inquadra nella tipicità, concettualmente offensività e tipicità rimangono distinte. La prima è e rimane la *ratio* dell’incriminazione, la seconda ne è la forma». Si veda anche D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 61.

¹²⁷ Cfr. M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 163 secondo cui «un’indagine completa sulla norma può aversi solo considerando la *ratio* della norma stessa (...). Ma se il passaggio della norma al fatto avviene sia per la corrispondenza di quest’ultimo all’ipotesi astratta sia per il suo rientrare compiutamente nella *ratio* della norma stessa, allora tanto il primo che il secondo requisito rientreranno nella fattispecie e come tali, individueranno al completo quel tipo la corrispondenza al quale, per opera del comportamento concreto, realizza la situazione di reato». Inoltre sul distinguo tra concezione realistica e metodologica del reato, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 257 e ss.

¹²⁸ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 228 e ss.

¹²⁹ Secondo G. LICCI, (ID., *Reato putativo e reato impossibile*, in *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell’imputazione penale. Il requisito dell’offensività del fatto*, a cura di M. RONCO, Bologna, 2011, p. 792) «il dibattito si risolve essenzialmente nel confronto tra due diversi modi di intendere la tipicità, come conformità al dettato legislativo formale o come conformità al contenuto (e quindi allo spirito) della norma. Ai due diversi modi di intendere la tipicità si affiancano due diversi modi di intendere la condotta». In questo senso cfr. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., p. 667: «La qualifica di una condotta non è sempre identificabile con la condotta nella sua dimensione naturalistica capace di descrizione legale. Basta pensare alla contraffazione di una scrittura: essa può essere innocua così come può essere lesiva, ma naturalisticamente resta sempre una

Ineludibile punto di avvio della questione è la constatazione, incoativamente presente nel pensiero Welzeliano, secondo cui taluni fatti, pur apparendo conformi al tipo, in realtà possono non essere tali¹³⁰. Necessario, per il rimprovero, è che il fatto concreto riproduca non soltanto i connotati formali del modello astratto, ma altresì il contenuto lesivo che ad esso abitualmente si accompagna, ma che potrebbe anche, in concreto, mancare; in linea di principio non si può, infatti, escludere *a priori* che un comportamento astrattamente delineato dal legislatore come offensivo, si presenti in concreto privo di quella capacità lesiva che è normale in quel tipo di condotta¹³¹. Un tal tipo di esclusione potrà essere indagata solo *ex post*, e non *ex ante*, ossia solo dopo aver “fotografato il fatto” come conforme alla figura di parte speciale. Per aversi reato non basta “una situazione specchiabile in un certo tipo”¹³²: la risposta penale viene rigorosamente ancorata ad un mutamento negativo nell’assetto degli interessi da proteggere e, ove questo non compaia, rimane disattesa e smentita l’idea lesiva che invece si intende genericamente implicata nel concretizzarsi della vicenda tipica¹³³.

Chiarito ciò, ben si avvede come la conformità al tipo rappresenta, come sostenuto da parte della dottrina, solo un “marchio d’origine” di lesività¹³⁴ a cui deve necessariamente accompagnarsi la sostanziale offesa del fatto concreto affinché si possa parlare di reato: l’illecito penale è incentrato sul requisito dell’idoneità lesiva dell’azione che costituisce una componente essenziale della tipicità¹³⁵.

2.5.1. L’offensività come elemento del fatto tipico: disvalore di azione o disvalore di evento?

Secondo autorevole dottrina¹³⁶, «il tipo descritto dal reato, per sua natura e ad onta del suo più o meno elevato grado di tassatività, non è mai tale da scontare tutte le

contraffazione (...) proprio la storia del requisito dell’offensività nei delitti di falsità in atti ci offre al riguardo un esempio quanto mai significativo»

¹³⁰ Cfr. G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, cit., p. 789. Si rinvia a H. WELZEL, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1940, pp. 33 e ss.

¹³¹ Notevoli e lucide sono le intuizioni di G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, cit., p. 790 che rimarcano gli assunti di M. GALLO, *Il dolo, oggetto ed accertamento*, cit., p. 159 il quale ritiene che i comportamenti, malgrado la conformità al modello legale, si rivelano per effetto di particolarità che il legislatore nel suo sforzo di astrazione generalissima non ha potuto prevedere, del tutto innocui nei confronti dell’interesse alla cui tutela la norma penale è preordinata.

¹³² Cfr. D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 62.

¹³³ ID., *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 63.

¹³⁴ ID., *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 64.

¹³⁵ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 68.

¹³⁶ ID., *Il principio di offensività*, cit., p. 69.

varianti del caso concreto, che possono rendere il fatto, nel suo complesso, inoffensivo», alias: indifferente¹³⁷. Di qui la conseguente affermazione che può considerarsi tipico solo il fatto concreto che sia realmente offensivo del bene protetto e, correlativamente, che il fatto concretamente inoffensivo non può mai considerarsi tipico¹³⁸.

Ma vi è da chiedersi, acclarato che l'offensività sia un elemento del fatto tipico, se l'offesa debba collocarsi all'interno del disvalore di azione o del disvalore di evento o, ancora, al di fuori di entrambi e quindi identificarla come elemento autonomo del fatto tipico.

Senza ripercorrere le tappe evolutive di una costruzione della teoria generale del reato oramai sedimentata nella coscienza penalistica maggioritaria¹³⁹, è noto che accanto al *Tatbestand* c.d. oggettivo si è affiancato –nella moderna costruzione dell'illecito penale– un *Tatbestand* di tipo soggettivo, che consiste nella coscienza e volontà dell'azione od omissione, e che ha cambiato, sotto un certo angolo visuale, il modo di concepire la tipicità. Depurata la colpevolezza da ruolo di mero contenitore psicologico della condotta, nell'impostazione di matrice welzeliana, la componente soggettiva del fatto viene rintracciata all'interno della tipicità al fine di poter correttamente sussumere il fatto storico nel tipo descritto dalla norma¹⁴⁰. Quindi, accanto al classico disvalore di evento, inteso come causazione naturalistica di un danno, si è collocato il disvalore di azione, concepito come volontà anti-giuridica

¹³⁷ A nostro avviso, in presenza di un fatto tipico ma inoffensivo, non si può che parlare di indifferenza di quella data condotta per il diritto penale, in quanto, senza lesività, non può esservi *a priori* reato.

¹³⁸ Per l'inoffensività, come causa di esclusione della tipicità, si rinvia al paragrafo successivo.

¹³⁹ Ci riferiamo alla teoria finalistica dell'azione di Welzel che vanta il merito di aver modificato la fisionomia dell'illecito attraverso l'inclusione della componente soggettiva del fatto all'interno della tipicità. «La rivendicazione della finalità come struttura peculiare (categoriale) dell'azione umana, costituisce, per la dottrina finalistica, la premessa ad una revisione della struttura del reato, a partire dalla nozione di fatto tipico. Welzel non si limitò alla constatazione che già aveva indotto parte della dottrina a sottolineare la rilevanza di elementi “soggettivi” nella formulazione di singole incriminazioni, ma spostò l'obiettivo dalla problematica particolare di alcuni tipi di delitto alla “ontologia generale” del *Tatbestand*. Poiché “finalità” e “dolo” nelle azioni finalisticamente indirizzate alla realizzazione di un evento socialmente indesiderato, sono nozioni del tutto equivalenti, sul piano dommatico la prima conseguenza della nuova dottrina dell'azione, è la inclusione del dolo nel fatto tipico, il cui ufficio è quello appunto di descrivere l'azione in tutti i suoi fattori costitutivi». Cfr. C. FIORE, *Azione finalistica*, in *Enc. Giur.*, 1988, p. 4.

¹⁴⁰ La ricomposizione degli elementi oggettivi e di quelli soggettivi nel concetto del fatto tipico può considerarsi un'acquisizione praticamente irreversibile della dottrina contemporanea del reato. Attraverso la chiarificazione che ne deriva per quanto attiene ai rapporti fra dolo e coscienza dell'anti-giuridicità, ed il conseguente perfezionamento della concezione normativa della colpevolezza, essa segnò un decisivo progresso della dommatica del reato, anche a prescindere dall'eventuale dissenso sul concetto welzeliano di azione. Cfr. C. FIORE, *Azione finalistica*, cit., p. 4.

dell'azione umana, accentuando, così, l'aspetto personale dell'illecito penale¹⁴¹, posto che l'azione è un accadimento finalistico e non semplicemente causale¹⁴².

Ora ci si chiede dove vada a collocarsi l'offensività.

Secondo parte della dottrina¹⁴³, l'offesa, che ha un ruolo decisivo nell'economia del reato¹⁴⁴, è appartenente al disvalore di evento, in quanto è con l'estrinsecarsi della condotta naturalistica che viene generato quel *quid* di lesività necessaria per il concretizzarsi di un fatto tipico offensivo: è nel momento in cui, ad esempio, Tizio materialmente spara a Caio, ed il colpo raggiunge quest'ultimo, che si realizza il fatto di omicidio offensivo del bene giuridico vita; nel delitto di tentato furto, ad esempio, è quando Sempronio materialmente pone atti idonei –esecutivi- diretti in modo non equivoco a trafugare la refurtiva, che si realizza il fatto tipico offensivo che mette in pericolo il bene patrimonio.

Secondo invece altra parte della dottrina¹⁴⁵, l'offensività è propria del disvalore di azione in quanto base dell'offesa non è solo la lesione o messa in pericolo al bene, ma anche una partecipazione psichica che accompagni il fatto nel suo programmato compimento (anche solo tentato). Ci si riallaccia, cioè, alla teoria finalistica dell'azione. L'agente può, secondo questa teoria, antivedere gli accadimenti che costituiscono conseguenza del proprio agire (od omettere), perché ogni condotta è sorretta da una finalità, per quanto banale essa possa essere, cosicché la volontà finalistica è “il fattore ordinatore” che distingue un accadimento naturale da quello rilevante ai fini della responsabilità penale¹⁴⁶. È questa volontà ad imprimere all'accadimento fisico l'offesa, aggiunta negativa ad un fatto neutro penalmente, che sarebbe un puro e “cieco processo causale”¹⁴⁷.

A nostro avviso, tuttavia, l'offensività, quale elemento del fatto tipico, può agevolmente collocarsi al di fuori sia del disvalore di evento che del disvalore di azione ed avere valore autonomo all'interno della tipicità, ossia come elemento a se stante che necessita di accertamento indipendente. Una volta radiografato l'accadimento umano come aderente esteriormente al modello legale e perfettamente corrispondente agli

¹⁴¹ Cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale*, cit. p. 158.

¹⁴² Cfr. C. FIORE, *Azione finalistica*, cit., p. 3.

¹⁴³ Cfr. N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 122.

¹⁴⁴ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 124.

¹⁴⁵ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 117 e ss.

¹⁴⁶ Cfr. C. FIORE, *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, p. 216.

¹⁴⁷ Cfr. C. FIORE, *Azione finalistica*, cit., § 2.1.

elementi consacrati nella previsione positiva, raccontando in termini naturalistici l'accadimento umano –che plausibilmente arreca il disvalore che l'ordinamento si propone di reprimere¹⁴⁸-, ed, una volta accertato che il soggetto abbia agito con coscienza e volontà finalisticamente dirette a realizzare il proprio scopo, occorrerà verificare se si sarà anche realizzato il disvalore penalmente rilevante (offensività) che è, poi, ciò che imprime al fatto la causa efficiente di conseguenze giuridiche penalistiche¹⁴⁹.

In altre parole, ai fini dell'integrazione del requisito della tipicità –primo elemento strutturale del reato la cui verificabilità è necessaria per poi passare all'accertamento dell'antigiuridicità e della colpevolezza- non basta che il soggetto ponga in essere un fatto umano cosciente e volontario causalmente orientato alla produzione di un evento lesivo, in quanto, se a ciò non si accompagna un reale pregiudizio (*alias*: offesa) al bene giuridico tutelato, saremmo sempre e comunque di fronte ad un fatto atipico perché inoffensivo. Volendo riprendere l'esempio dell'omicidio: se Tizio spara a Caio (disvalore di evento) e lo fa con dolo, quindi intenzionalmente (disvalore di azione) ma poi il colpo non arriva neanche a sfiorare la vittima presa di mira -in quanto l'arma è calibrata per sparare ad una distanza fino a 100 metri e Caio si trova, invece, di gran lunga più lontano-, non sarà integrato l'ulteriore requisito della tipicità, ossia l'offesa, in quanto il fatto, così descritto, sarà inoffensivo e quindi non punibile.

Il problema che si porrà è se, in una data ipotesi, essendo presenti i connotati formali tipici -in quanto il fatto materiale combacia con l'ideal-tipo sanzionato dalla legge (nel caso di specie con l'art. 575 c.p.)-, saremmo di fronte ad un fatto tipico ma inoffensivo, o se invece saremo in presenza di un fatto totalmente atipico.

E ciò dipenderà, innanzitutto, dal modo di intendere l'offensività, sia nella sua dimensione oggettiva che soggettiva.

2.5.2. *L'art. 49, comma 2, c.p. e la dimensione oggettiva dell'offesa.*

Come visto, la teoria realistica sostiene che sia l'art. 49 c.p. a costituire il riferimento più idoneo a richiedere la necessaria offensività del fatto ove reca in rubrica "reato impossibile": questo perché il principio di offensività è, già nei lavori preparatori

¹⁴⁸ Cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., p. 71.

¹⁴⁹ Per simili, ma non uguali, conclusioni cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., pp. 71 e ss.

al codice¹⁵⁰, un “principio generale”¹⁵¹ ed è -inoltre- collocato tra gli articoli che disciplinano la fattispecie oggettiva del reato. In particolare si sostiene che l’art. 49, comma 2, c.p., quando disciplina l’inidoneità dell’azione o l’inesistenza dell’oggetto, si palesa quale referente dell’offensività tanto che l’agente è suscettibile di misura di sicurezza, data la sua pericolosità sociale; mentre, lo stesso articolo, quando disciplina, al comma 1, il reato putativo (l’agente suppone di aver commesso un reato, ma la sua condotta invece non ne integra alcuno)¹⁵² è ulteriore estrinsecazione dell’offensività quando non dispone l’applicabilità della stessa misura¹⁵³. Qui, l’assenza della componente tipica formale impedisce, in assoluto, qualsivoglia rilevanza penale della vicenda¹⁵⁴; invece, l’assenza del solo requisito oggettivo dell’offesa, nel comma 2 dell’art. 49 c.p., «non esclude fini di garanzia diversi da quelli serviti alla pena, e sostanziabili, appunto, nella misura di sicurezza»¹⁵⁵.

Ma, a favore dell’impostazione secondo cui il reato deve innanzitutto arrecare un’offesa al bene giuridico¹⁵⁶, si possono invocare, oltre all’art. 49 c.p., anche quelle

¹⁵⁰ ID., *L’attualità dell’offesa*, cit., pp. 73. Si rinvia anche al *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 100.

¹⁵¹ Cfr. C. FIORE, *L’idoneità dell’azione nella struttura del fatto tipico*, cit., p. 250.

¹⁵² Da quanto detto si evince che mentre nel reato impossibile vi è comunque un *minimum* di offesa potenziale, nel reato putativo non esiste neanche quel carattere minimale per l’applicazione della misura di sicurezza. Sul tema del reato putativo si veda S. PIACENZA, *Reato putativo*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pp. 1003 e ss.; V. SERIANNI, *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, pp. 1 e ss.; D. PETRINI, *Reato putativo*, in *Dig. Disc. pen.*, XI, Torino, 1996, pp. 348 e ss.

¹⁵³ Si veda D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., pp. 77: «L’attenzione si sposta così direttamente sull’art. 49 c.p., e sulla interna ripartizione in commi 1 e 2. Difatti, la divaricazione che la norma prospetta tra la non assoggettabilità a pena derivante dalla commissione di un reato putativo e quella confezionata, invece, in ordine al reato impossibile, assume ragionevolmente il significato di prospettare l’articolazione del passaggio tra tipo ed offesa secondo un ordine di prevalenza logica e temporale. Per cui, da un lato viene negata la “concepibilità” di una risposta punitiva in relazione a fatti, ancorché dotati di una certa carica offensiva, non conformi al tipo (solo putativo); dall’altro, si acconci una peculiare reazione rieducativa a fronte di fatti tipici non effettivamente lesivi dell’interesse tutelato».

¹⁵⁴ Conferma ne è l’inapplicabilità finanche di una misura di sicurezza, al cospetto di una supposizione erronea circa la natura criminosa del fatto commesso che neppure viene riguardato nel suo indubbio valore sintomatico di capacità a delinquere. D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 78.

¹⁵⁵ Si veda D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., pp. 78: «Se ne trae che, una volta accertata l’integrazione di una ipotesi tipica, e quindi rilevato il disvalore “immaginato” nella fattispecie astratta, il fatto deve comunque passare attraverso la mediazione di un elemento ulteriore – la riprova in concreto dell’esistenza dell’offesa – per assurgere a disvalore di reato e rendere applicabile la pena. Ma la verifica della tipicità già basta a sancire in potenza un intervento di cogente risocializzazione, che riposa sulla comune percezione di contrasto dell’episodio con valori condivisi».

¹⁵⁶ Impossibile citare tutti coloro che aderiscono a questa impostazione maggioritaria: fra tanti cfr. T. WÜRTEMBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzbuch seit 1532*, 1933, p. 90; G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, cit., pp. 331-334; F. MANTOVANI, *Il problema della offensività*, cit., pp. 67-69, il quale tuttavia ammette deroghe a differenza di C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 68 che esclude la derogabilità del principio di offensività; F. BRICOLA, *Teoria generale*

disposizioni del codice penale che richiedono il verificarsi di un evento dannoso o pericoloso per la punibilità di tutti i reati (artt. 40, 41, 43, 56, 115 c.p.): è già qui che si rinviene un indizio del principio di offensività se accogliamo, in tali formule del codice, una nozione di evento come «*accadere esteriore nel suo significato umano e sociale*»¹⁵⁷, comprendente tanto la nozione di evento in senso naturalistico¹⁵⁸ che giuridico¹⁵⁹. In chiave oggettiva l'offesa consiste nell'evento dannoso e pericoloso, e non solo nei reati ad evento naturalistico ma anche nei reati di azione, ove la ragione dell'incriminazione, secondo parte della dottrina¹⁶⁰, deve essere cercata non in una contrarietà della volontà del soggetto agli imperativi giuridici (disvalore di evento), ma nella modificazione esteriore dei rapporti umani se pregiudizievole per il bene tutelato (disvalore di azione)¹⁶¹. E ciò significa che la fattispecie penale, anche quando descrive un reato di azione, deve comunque essere incentrata intorno ad un accadimento concretamente offensivo, in mancanza del quale il giudice dovrà dichiarare che il fatto, apparentemente illecito, in realtà non integra gli estremi dell'accadimento tipico¹⁶².

Parte della dottrina, che da tempo indaga sul principio di offensività¹⁶³, mette in luce come inizialmente sia stato sostenuto che l'offesa fosse «*una grandezza di tipo puramente oggettivo*»¹⁶⁴, e che oggi, però, quasi nessuno avvalora più questa idea, che

del reato, cit., pp. 62 e ss.; G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it.*, 1959; ID., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 3 e ss.

¹⁵⁷ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 117 che riprende la teoria dell'evento proposta da A. PAGLIARO, *Principi, parte generale*, cit., p. 310, per superare il dibattito fra la concezione dell'evento in senso naturalistico ed in senso giuridico.

¹⁵⁸ Evento naturalistico è la modificazione del mondo esterno per effetto della condotta, rilevante per il diritto.

¹⁵⁹ Evento in senso giuridico è invece la lesione o la messa in pericolo dell'interesse protetto dalla norma.

¹⁶⁰ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 117.

¹⁶¹ Per un approfondimento sul punto si rinvia alla nt. n 212 di M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 117, ove l'Autore, tra le altre cose, sottolinea come il rilievo dato alla fattispecie penale al disvalore di azione non esclude affatto, di per sé, che la condotta illecita costituisca una lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato: ciò sarebbe vero soltanto per quella particolare accezione del termine "disvalore di azione" più marcatamente soggettivizzante ed eticizzante, che identifica tale contenuto negativo con il disvalore dell'intenzione (*Intentionsunwert*) ed esclude espressamente qualsiasi rilevanza del momento fattuale, dell'evento, nei riguardi del verificarsi dell'illecito, considerando addirittura l'evento come una mera condizione obiettiva di punibilità. Tale ultima impostazione, precisa l'Autore, appare evidentemente influenzata dall'etica kantiana (per la quale, notoriamente, la bontà dell'atto morale è fondata sulla bontà della volontà, che determina se stessa secondo la legge, e non sul contenuto della stessa volontà), ed opera una certa confusione tra diritto e morale.

¹⁶² Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 118.

¹⁶³ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 27.

¹⁶⁴ Si veda, per tutti, la classica ricostruzione di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 50e ss. dove si preferisce la locuzione "illecito di modalità di lesione" a quella di "illecito personale", dato che dolo e colpa rimangono momenti della colpevolezza (per Bricola), dovendosi, grazie ad essi, limitare

risente di una nozione storicamente datata dell'illecito, più che della responsabilità penale¹⁶⁵, caratterizzata da una particolare attenzione alla componente soggettiva¹⁶⁶.

L'offesa, come componente oggettiva del reato, allora, riguarda «*solo i tratti dell'elemento oggettivo del fatto illecito (l'evento-offesa e le modalità offensive della condotta, il nesso di rischio tra condotta e risultato), ma non esclude certo, e anzi implica, tutta la componente soggettiva del reato che già "precede" la causalità perché conforma la condotta causante (il dolo e la colpa come "azione"), oltre a richiedere, altresì, la colpevolezza per il fatto*»¹⁶⁷.

2.5.3. La dimensione soggettiva dell'offesa: l'art. 43 c.p. come rovescio psicologico dell'art. 49 c.p.

L'art. 43 c.p., nel definire il dolo come previsione e volizione *dell'evento dannoso o pericoloso*, rappresenta il rovescio psicologico dell'art. 49, comma 2, c.p.

Questo perché, se si accede alla tesi secondo la quale già sul piano oggettivo debba considerarsi necessaria, ai fini dell'integrazione degli estremi dell'illecito, la lesione del bene o dell'interesse protetto, diviene ineludibile concludere che essa deve necessariamente rientrare anche nel "fuoco" della volontà dolosa, dovendo l'elemento soggettivo investire tutti gli elementi costitutivi del reato. Il soggetto dovrà, dunque, non avere la coscienza dell'illiceità, bensì essere consapevole di offendere, con la propria condotta, l'interesse protetto dalla norma¹⁶⁸. Pertanto noi accogliamo la

la responsabilità e non costruirla su elementi interiori; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI, a cura di, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, pp. 3 e ss.

¹⁶⁵ «Poiché è incostituzionale una responsabilità penale senza colpevolezza, l'illecito stesso non può essere oggettivo, dovendosi conformare dall'inizio a una soggettivizzazione della responsabilità: solo un illecito *civile* può essere oggettivo, laddove un illecito penalmente oggettivo – cioè senza colpa o senza dolo – non sarebbe suscettibile di implicare nessuna conseguenza penalmente rilevante perché altrimenti incostituzionale (*"nullum crimen, nulla poena sine culpa"*), e dunque solo con l'aggiunta di una componente soggettivo-umanistica può diventare davvero "antigiuridico" e penalmente tipico *ad un tempo*». Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 23 e nonché ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1654 e ss.

¹⁶⁶ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 10 e ss.

¹⁶⁷ «Vero, peraltro, che quando si parla di offesa del bene, la componente soggettiva dell'illecito non vi è tradizionalmente contenuta, supponendo (erroneamente) che il bene sia leso o messo in pericolo a prescindere da dolo o colpa. L'offesa oggettiva di cui si discute è in realtà solo una componente dell'illecito (*Unrecht, injusto, wrong, torto*), non potendo certo esaurirlo in termini penalistici». Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 23.

¹⁶⁸ Indubbiamente ciò implica, in concreto, notevoli difficoltà in quei casi in cui tale interesse non sia di agevole individuazione, con le conseguenti problematiche in tema di errore, dovendosi ammettere l'esclusione della punibilità, *ex art. 47, comma 1 c.p.*, laddove il reo versi in errore circa le caratteristiche

posizione dottrinarica che sostiene che l'offesa, intesa come consapevolezza della portata offensiva dell'evento rispetto all'interesse tutelato, sia un elemento del dolo¹⁶⁹. Ciò, in quanto, è l'agente l'elemento conduttore dell'offesa e deve conoscere la portata della stessa affinché il reato vi sia¹⁷⁰. Anche la teoria realistica sostiene, in questo senso, che essenziale non è la coscienza dell'antigiuridicità -specie nelle norme molto tecniche- ma la coscienza dell'offesa. In altri termini: l'agente non deve conoscere dell'esatta consistenza normativa del fatto, tramite la quale si identifica l'illecito; l'agente non deve, cioè, aver conoscenza della norma che dispone la proprietà (art. 832 c.c.) perché gli sia imputabile il reato di furto (art. 624 c.p.), ma deve conoscere l' "adeguata" lesività del fatto (furto) al bene giuridico tutelato (proprietà/patrimonio). Non occorre, così come invece altre teorie sostengono, l'antisocialità del fatto, che sorregge e colora il fatto tipico dall'interno, attraverso la penetrazione di un riferimento *extrapenale* (spesso evanescente).

L'offesa, in pratica, va a coincidere con l'evento in senso giuridico (sempre presente), nella dimensione oggettiva del reato, sorretta com'è dall'art. 49 c.p.; essa,

di lesività della propria condotta, ritenendo di tenere una condotta del tutto inoffensiva la quale abbia invece arrecato nocumento al bene o interesse tutelato.

¹⁶⁹ Il perenne problema dell'oggetto del dolo è se esso abbracci o meno anche la consapevolezza della disvalore penale del fatto, se cioè il dolo, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale abbracci la consapevolezza di agire in contrasto con la legge penale o quantomeno illecitamente. Nel nostro diritto positivo la coscienza dell'illiceità non può ritenersi necessaria per l'esistenza del dolo poiché in base all'art. 5 c.p. (secondo cui nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale), l'ignoranza non esclude il dolo -per quanto il principio incontra il limite dell'ignoranza inevitabile-. Per superare l'ostacolo posto dalla norma di sbarramento dell'art. 5 c.p. parte della dottrina ripiega sulla tesi secondo la quale ai fini della sussistenza del dolo sarebbe necessaria la consapevolezza dell'antisocialità del fatto, della circostanza cioè che la condotta contrasta con le esigenze della vita in comune, nel senso che il soggetto deve rendersi conto di ledere interessi che non gli appartengono. La valutazione della coscienza dell'antisocialità non va però fatta con riferimento alla valutazione dell'agente, che potrebbe ritenere la sua condotta non dannosa o socialmente utile, ma alla stregua dei criteri di valutazione della comunità sociale. Quindi, per l'esistenza del dolo, in questa prospettiva, non è necessario che il soggetto reputi antisociale il suo comportamento, ma è sufficiente che egli sappia che è considerato antisociale dalla collettività. Se l'agente sa che il fatto è vietato è sempre in dolo anche se non sappia dell'antisocialità del fatto e anche se reputa che la sua condotta è innocua o addirittura socialmente utile. Tuttavia anche questa impostazione va incontro ad obiezioni difficilmente superabili. Essa infatti sarebbe sostenibile se alla incriminazione penale preesistesse sempre una disapprovazione sociale di modo che il soggetto, pur non conoscendo la norma penale, senta comunque il carattere antisociale del fatto. Tuttavia vi sono reati rispetto ai quali non sussiste disapprovazione sociale cosicché il soggetto, per rendersi conto dell'antisocialità del suo comportamento, dovrebbe conoscere la norma con la conseguenza che il soggetto che ignora la norma andrebbe scusato; conclusione questa inaccettabile stante il disposto dell'art. 5 c.p. Quindi, se pure è vero che una responsabilità dolosa veramente personale presuppone la coscienza della offensività del fatto, questa necessità rappresenta, tuttavia, una meta ideale, una aspirazione de *iure condendo*.

¹⁷⁰ Ad esempio, nelle stesse ipotesi di pericolo presunto dovrà quantomeno sussistere la consapevolezza di dar luogo a una situazione che potrebbe creare, per l'appunto, un pericolo: non sussisterà ad esempio dolo nel caso in cui il soggetto interessato abbia potuto fondatamente escludere a priori qualsiasi rischio.

inoltre, va a coincidere (anche) con la coscienza e volontà dell'offesa (sempre presente), nella dimensione soggettiva del reato, sorretta com'è dall'art. 43 c.p.¹⁷¹.

Seppur tali affermazioni potrebbero apparire, *prima facies*, una contraddizione in termini rispetto a quanto sostenuto in precedenza¹⁷², è d'uopo specificare che non è sempre detto che in presenza sia del disvalore di evento che del disvalore di azione sussista, poi, concretamente l'offesa al bene giuridico tutelato: ben potrebbe prospettarsi l'ipotesi in cui il soggetto ponga in essere una condotta materiale in conformità alla fattispecie avendo anche la consapevolezza della portata offensiva della propria condotta, e poi, concretamente –cioè in base ad un accertamento *post factum*–, essere inoffensiva e quindi non rilevante ai fini di un rimprovero a titolo di responsabilità penale. Tale affermazione –con il rischio di non essere condivisibile– prova ulteriormente che l'offensività necessita di un autonomo accertamento ulteriore dopo la verifica della presenza del disvalore di azione e di evento, quali ineludibili componenti del fatto tipico.

2.6. L'inoffensività come causa di esclusione della tipicità. Il fatto tipico come offensività tipizzata.

Da quanto su esposto si può agevolmente dedurre che se si concludesse che l'offesa al bene protetto trova la sua realizzazione in uno con il verificarsi del fatto tipico¹⁷³, alla stessa offesa non si attribuirebbe un autonomo ruolo strutturale all'interno della fattispecie, esaurendo, piuttosto, la sua funzione in quella di *ratio* dell'incriminazione¹⁷⁴. Ma la conformità al tipo rappresenta solo il punto di partenza per vagliare la realtà penalistica della vicenda umana in tutte le sue sfaccettature¹⁷⁵. Certo è

¹⁷¹ Cfr. G. FIANDACA-E- MUSCO, *Diritto penale, parte gen.*, cit., p. 327.

¹⁷² Ossia che l'offensività potrebbe ben collocarsi al di fuori del disvalore di evento e di azione.

¹⁷³ Cfr. B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Padova, 1943, p. 328.

¹⁷⁴ Cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., p. 68. Falcinelli, p. 68. Se veda anche G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, cit., pp. 791 e ss., ove l'Autore evidenzia che sussiste, nella letteratura italiana, una tradizione di pensiero che esclude la rilevanza di fatti sostanzialmente inoffensivi senza l'ausilio dell'art. 49 c.p., muovendo dalla ricostruzione della *ratio legis* e dal controllo della circostanza che sia effettivamente realizzato il *vulnus* tutelato che il legislatore intendeva impedire con la minaccia della sanzione. Ancora, secondo G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA. VV., cit., p. 670, la distinzione concettuale tra tipicità e lesività può essere conservata, individuando nell'offensività la *ratio* e nella tipicità la forma dell'incriminazione: «comunque se è anche vero che l'offensività effettiva, una volta richiesta dalla legge per l'esistenza del reato, entra a far parte della fattispecie e si inquadra nella tipicità, concettualmente offensività e tipicità rimangono distinte. La prima è e rimane la *ratio* dell'incriminazione, la seconda né è la forma».

¹⁷⁵ Cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., p. 84.

che nei casi di discrasia tra la vicenda “apparente” e suo significato reale, l’atipicità del fatto discenderebbe dall’essere, questo, in quanto inoffensivo, non conforme al modello legale finalisticamente interpretato¹⁷⁶. Quindi conformità al tipo e contenuto di disvalore del fatto (offensività) procedono di pari passo a dipingere il modello legale entro cui va sussunto l’episodio concreto¹⁷⁷. In assenza di reale e concreta offensività ci troveremo non in presenza di un “fatto tipico ma inoffensivo”, bensì di un fatto completamente atipico: «una condotta ed un “evento” (...) privi di ogni offensività non integrano l’ipotesi tipica»¹⁷⁸.

Resta, però, da chiarire a questo punto, se l’inoffensività (quindi l’assenza di carica offensiva della condotta umana) possa essere annoverata tra le cause di esclusione della tipicità. A nostro avviso non si può dubitare di ciò. Difatti, già autorevole dottrina¹⁷⁹, collocando la disamina dell’art. 49, comma 2, c.p., tra le altre cause di esclusione della tipicità¹⁸⁰, considera la mancanza di offensività –per inidoneità dell’azione o inesistenza dell’oggetto- come causa precludente al fatto tipico di assurgere alla statura di illecito penale, dando ragione della espressa negazione dell’assoggettabilità a pena per essere, il reato impossibile¹⁸¹, “fatto non previsto dalla legge come reato”¹⁸².

Ed è agevole arrivare ad una simile conclusione se si parte da un semplice presupposto, ossia che l’offensività non integra un elemento aggiuntivo del fatto tipico

¹⁷⁶ Cfr. D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 68; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., pp. 3 e ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1947, pp. 452 e ss.; G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico*, cit., p. 72; F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, cit., pp. 83 e ss.

¹⁷⁷ Infatti la definizione di reato scaturisce dal combinarsi dei connotati formali tipici con la realtà del pregiudizio che gli stessi comportano: dal divergere di queste due dimensioni nasce un fatto il cui significato non coincide con quello tecnico-giuridico di entità legale punibile. Cfr. D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 71.

¹⁷⁸ Cfr. C. FIORE, *L’idoneità dell’azione*, cit., p. 237.

¹⁷⁹ Cfr. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit.

¹⁸⁰ Ossia tra gli artt. 45 (forza maggiore) e 46 (costringimento fisico e caso fortuito) c.p. e art. 47, comma 1 e 3, c.p. (errore sul fatto che costituisce il reato)

¹⁸¹ Cfr. D. FALCINELLI, *L’attualità dell’offesa*, cit., p. 72; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pp. 402 e ss.

¹⁸² Cfr. art. 202 c.p. il quale prevede che: «Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non previsto dalla legge come reato». Una misura di sicurezza può quindi trovare applicazione solo al ricorrere di due condizioni: la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato (presupposto oggettivo) e la pericolosità sociale e criminale del soggetto (presupposto soggettivo). Quest’ultimo è condizione essenziale per l’applicazione e il mantenimento della misura di sicurezza, in quanto questa può aversi anche quando ricorra solo questo presupposto ovvero in quei casi tassativi in cui il legislatore fa prevalere l’esigenza rieducativa sulla oggettiva realizzazione di un fatto non costituente reato, definibile quindi quasi-reato.

ma costituisce, piuttosto¹⁸³, l'aspetto negativo di ogni condotta tipica¹⁸⁴, che assomiglia, in parte, anche alla causa di giustificazione¹⁸⁵. La differenza tra le due situazioni risiede nella circostanza che la condotta giustificata presuppone la lesione del bene giuridico, ma sussiste un principio giuridico che autorizza questa lesione; quando, invece, difetta l'offensività è impossibile distinguere tra i momenti dell'offesa e della giustificazione, perché il fatto è di per sé inoffensivo, indipendentemente da una norma *extrapenale* che lo autorizzi. Non mancano, però, punti di contatto tra le due situazioni¹⁸⁶.

Ma ancora, il difetto di offensività spiega molteplici situazioni in cui la punibilità è esclusa, come, ad esempio, nei casi in cui la condotta dell'agente è assolutamente inidonea –secondo una valutazione *post-factum*– a cagionare l'evento che, invece, si verifica, per l'interferenza sulla condotta dell'agente di serie causali autonome derivanti dall'insorgenza di circostanze straordinarie e non prevedibili. In questi casi la condotta non è punibile perché inoffensiva, non avendo in nessun modo accresciuto il rischio del verificarsi dell'evento. Qui l'esclusione della punibilità non dipende dalla mancanza del nesso causale, bensì, ancora prima, dall'assenza di offensività della condotta che non ha provocato alcun rischio per il bene giuridico¹⁸⁷.

¹⁸³ Come già specificato nel paragrafo precedente.

¹⁸⁴ Cfr. M. RONCO, *Il reato*, cit., p. 96. Secondo l'autore, questo aspetto negativo deve «bensì corrispondere al profilo positivo descritto dal modello normativo, ma anche essere priva di note che le tolgano il significato di contrarietà all'esigenza di rispetto che promana dal bene giuridico». Si veda anche G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, cit., p. 794, secondo cui: «Il principio di offensività gioca, infatti, sempre in negativo: è cioè orientato a restringere lo spettro di imputazione alla luce delle finalità della norma e mai ad ampliarlo».

¹⁸⁵ Per questa tesi, cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Auf.*, Tübingen, 1984, p. 109.

¹⁸⁶ «Un esempio è costituito dal consenso del titolare del bene giuridico alla condotta lesiva del bene. Soltanto l'ordinamento italiano prevede il consenso dell'avente diritto come scriminante di ordine generale (art. 50 c.p.). In realtà la disposizione codicistica costituisce la conferma di ciò che è già implicitamente presente nel tessuto ordinamentale. Che i reati contro i beni patrimoniali o i beni della libertà personale contemplino il requisito tacito del "dissenso" del titolare del bene, è evidente. Anche l'attività medico-chirurgica, che incide sull'integrità della sfera psico-fisica della persona, non è tanto un'attività anti-giuridica scriminata dal consenso, bensì un'attività intrinsecamente conforme a *ius* quando sussista il consenso, perché l'incisione dei tessuti a scopo di cura, in presenza del consenso, pur apparendo tipica sul piano formale, non è tipica sostanzialmente, siccome non offensiva del bene della salute e dell'integrità corporale, non violando l'esigenza di rispetto che sta alla base della norma di cui all'art. 582 c.p.». Cfr. M. RONCO, *Il reato*, cit., p. 97.

¹⁸⁷ Cfr. M. RONCO, *Il reato*, cit., p. 98: «Questa problematica delinea l'orizzonte di verità della c.d. teoria dell'imputazione oggettiva (...). Non è assolutamente necessario e, peraltro, è contrario al diritto vigente, introdurre, a mezza strada tra il tema del nesso causale e della colpa, la categoria dell'imputazione oggettiva. Vero è, tuttavia, che non è ragionevole sollevare il quesito circa l'imputazione del fatto quando la condotta non possieda alcuna nota intrinseca di rischiosità per il bene giuridico. Ove ciò accada la punibilità va esclusa per mancanza assoluta di offensività, indipendentemente dall'esame in ordine al nesso di condizionamento tra condotta ed evento».

Quindi, sul piano della struttura del reato, l'innoffensività del fatto non potrà che risolversi, in ogni caso, in una causa di esclusione del fatto tipico¹⁸⁸. Ed il reato va, pertanto, inteso, come fatto offensivo tipico, cioè non solo come “fatto previsto dalla legge come reato”, ai sensi dell'art. 1 c.p., ma legislativamente costruito in termini di necessaria offensività del bene specifico tutelato dalla norma attinta¹⁸⁹. E, volendo profilare un azzardo, attesa la mancata positivizzazione del principio in esame, e, data l'elevazione dello stesso a rango di ineludibile elemento del fatto tipico, *de lege ferenda* potrebbe prospettarsi l'enunciazione del principio di offensività in raccordo con quello di legalità per cui “nessuno può essere punito per un fatto *offensivo* che non sia espressamente previsto dalla legge come reato, ne con pene che non siano da esse stabilite. *Nessuno può essere punito per un fatto inoffensivo*”. In tal modo, poiché il principio di offensività vieta l'imputazione di comportamenti che non presentino capacità lesiva, esso rivestirebbe un ruolo eminentemente garantista in piena armonia con la *ratio* di garanzia già propria del principio di legalità¹⁹⁰.

Ciò potrebbe risolvere tutte le problematiche che ruotano intorno alla mancata positivizzazione espressa del principio di offensività¹⁹¹ –benché non se ne disconosca, oggi, una sua costituzionalizzazione- tra cui la derivazione dalla stessa norma dell'offensività, in quanto il fatto tipico assurgerebbe ad *offensività tipizzata*. Ciò risolverebbe anche la problematica tensione che il principio di offensività ha, attualmente, con quello di legalità¹⁹², causata, alle volte, dal ruolo che lo stesso principio ha come criterio generale e canone ermeneutico di interpretazione delle fattispecie criminose¹⁹³.

¹⁸⁸ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 69.

¹⁸⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, cit., p. 93.

¹⁹⁰ Già G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, cit., p. 794.

¹⁹¹ Un tentativo di positivizzazione, addirittura a livello costituzionale, del principio di offensività, si ebbe con un progetto di revisione costituzionale. La Commissione Bicamerale istituita con l. 24 gennaio 1997, n. 1, voleva introdurre, nell'art. 129 Cost. il principio di offensività, elevandolo a canone reggente l'intero ordinamento. Al di là di ogni opinione riguardante l'opportunità di questa riscrittura dell'art. 129, si è notato che - da un punto di mera tecnica legislativa - così facendo la Corte Costituzionale sarebbe stata letteralmente inondata di ricorsi per violazione dell'offensività. Si rinvia, per gli ulteriori progetti di codificazione del principio di offensività, al § 2.7.

¹⁹² Si rinvia per l'esplicazione dei motivi di tensione tra il principio di offensività con quello di legalità al § 2.7.

¹⁹³ Vedi *infra* § 2.7.

2.6.1. Irrilevanza, tenuità dell'offesa e inoffensività.

In tema di offensività, non si può non far riferimento all'istituto giuridico della non punibilità per particolare tenuità del fatto, introdotto con il D.lgs. del 16 marzo 2015, n. 28 (entrato in vigore il 2 aprile 2015) il cui art. 1 ha aggiunto l'art. 131-*bis* c.p., rubricato “*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*”, il quale prevede, al comma 1, che nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, comma 1, c.p. l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

La recente introduzione dell'art. 131-*bis* c.p. pone, al centro della riflessione, un tema di teoria generale del reato tanto antico quanto controverso: ossia quello della quantificazione dell'offesa in misura talmente lieve o esigua da non meritare una risposta sanzionatoria. Non si tratta di un'idea inedita del legislatore post-moderno¹⁹⁴, ma l'aspirazione più elevata di tutti i pensatori della teoria della pena, da quelli “classici” (Beccaria, Stuart Mill, Feuerbach, Binding, Birnbaum, etc.), fino ad arrivare a quelli moderni¹⁹⁵.

L'art.131-*bis* c.p., pur animato da una pratica e contingente esigenza deflattiva, presenta una portata teorica di elevatissimo livello, con conseguenti ripercussioni dogmatiche: esso, secondo alcuni, codifica il principio di offensività, enuncia la nozione di offesa ed il relativo principio che la sostiene, riconoscendo ad esso una dignità normativa espressa, fino ad oggi non sempre ammessa¹⁹⁶. Ma tale normativizzazione

¹⁹⁴ Alle prese con un complesso “sistema giustizia” che non riesce più a governare.

¹⁹⁵ Cfr. M. B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *Archivio penale*, n. 3 del 2015, p. 4. Prima ancora dell'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., parlano di esiguità e fatto tenue, Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 71 ove l'autore sottolineava, tuttavia, che l'introduzione di una causa generale di esclusione della punibilità per fatti di minima lesività, avrebbe comportato un pericoloso eccesso di discrezionalità giudiziaria, connesso con la inevitabile soggettività del giudizio sulla entità del danno o del pericolo. Cfr. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., p. 83, ove l'Autrice segnala che ci sono dubbi circa l'identificabilità del fatto tenue nel fatto inoffensivo e che le ipotesi di tenuità «di carattere prevalentemente processuale, potrebbero trovare una congrua collocazione sostanziale giusto sul terreno delle cause di non punibilità: è questo il luogo in cui l'ordinamento rinuncia all'applicazione di una sanzione penale divenuta inopportuna ed irragionevole per la scarsa significatività dell'offesa ingenerata».

¹⁹⁶ Cfr. M. B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, cit.. Sul tema cfr. anche C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 27; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004; M. CATENACCI, *Brevi osservazioni in merito al principio di offensività nello schema di legge delega per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale predisposto dalla*

non è avvenuta attraverso un'enunciazione generale del principio di "necessaria offensività", i cui tentativi nel tempo si sono mostrati fallimentari¹⁹⁷, ma, *a contrario*, mediante la previsione, nella parte generale del codice penale, di una norma che prevede la esclusione della punibilità non nei casi di carenza totale di offesa, ma qualora l'offesa vi sia, anche se lieve, tenue o esigua¹⁹⁸.

Tratteggiato così velocemente il volto dell'art. 131-*bis* c.p., in questa sede ci interessa soprattutto indagare la natura di questa clausola di non punibilità¹⁹⁹ e fare chiarezza su cosa debba intendersi per esiguità, inesistenza del reato o irrilevanza²⁰⁰.

È pacifico che la tenuità o esiguità presuppone l'esistenza di un fatto perfettamente riconducibile ad un tipo legale in tutti i suoi elementi. Se anche uno solo degli elementi costitutivi del reato non attinge a quella soglia minima di consistenza, tale da farlo ritenere sussistente, deve ritenersi che il reato è inesistente (e il fatto irrilevante in senso propriamente penalistico).

In questa accezione, l'irrilevanza per particolare tenuità descrive un fatto tipico, perfetto in tutte le sue componenti, e, pertanto, costitutivo di reato, ma non punibile in ragione dei principi di ragionevolezza, proporzione e economia processuale²⁰¹. In questa accezione, l'irrilevanza penale del fatto è espressione del principio di *extrema ratio*, e sortisce un effetto pratico di depenalizzazione in concreto per quei fatti per i quali non si manifesta un bisogno di pena. Invece l'inoffensività, così come recepita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, attiene alla totale mancanza di offensività del fatto, che risulta, pertanto, privo di un suo elemento costitutivo. La nozione di "inoffensività" trova la sua ragion d'essere nella necessità di risolvere la "sfasatura" tra

Commissione Pisapia, Siracusa, 2007; F. RICCARDI, *I confini mobili del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 711; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, 1987, p. 804; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA, G. INSOLERA, Milano, 1998, 9; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit.; V. MONGILLO, *Il principio di offensività tra costituzionalizzazione e ricodificazione*, in *Giur. mer.*, 2002, p. 1144.

¹⁹⁷ Vedi *infra* § 2.7.

¹⁹⁸ Cfr. M. B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, cit., p. 5.

¹⁹⁹ Che a nostro avviso rappresenta un limite istituzionale della punibilità.

²⁰⁰ Cfr. C. F. GROSSO, F. PALAZZO, D. SICILIANO, *Offensività e irrilevanza del fatto*, in *Per un nuovo codice penale, Relazione della Commissione Grosso (1999)*, a cura di GROSSO, Padova, 2000, p. 103.

²⁰¹ Cfr. R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di DE FRANCESCO, Venafro, Torino, 2002, p. 101; F. GIUNTA, *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Stud. iur.*, 2001, p. 400; G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 34 decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 193; G. DIOTALLEVI, *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2806.

la corrispondenza al modello legale e la reale lesività degli interessi tutelati. Viceversa, si ricorre a clausole di esiguità o di irrilevanza in senso improprio quando, il fatto, pur essendo tipico, antiggiuridico e colpevole, è contrassegnato da una dimensione quantitativa di offesa talmente lieve che l'applicazione della pena potrebbe addirittura apparire irragionevole e sproporzionata²⁰².

L'esiguità descrive, quindi, un'offensività e tipicità di confine, in cui la condotta appare tipica, antiggiuridica, colpevole e offensiva, ma la misura dell'offesa, che ne consegue, risulta tanto contenuta da far apparire sproporzionata, e in definitiva non giustificata, la sanzione penale. La clausola di esiguità rappresenta la soglia minima delimitativa del *Tatbestand*, suppone un *minimum* di offesa, senza la quale non si potrebbe neppure parlare di fatto tipico²⁰³.

2.7. L'offensività come canone di politica criminale e criterio guida di interpretazione teleologica: dalla funzione della pena alla concretizzazione dell'offesa.

L'importanza che il principio di offensività ha ormai assunto nel nostro ordinamento la si può apprezzare anche in virtù del fatto che lo stesso opera quale filtro selettivo nelle scelte di politica criminale²⁰⁴ (e parallelamente come canone di politica

²⁰² In effetti, vi è chi nega la possibilità di scindere tipicità formale di un determinato fatto e la sua offensività concreta, poiché la tipicità non può essere concepita come una categoria puramente formale, in quanto di per sé già inclusiva dell'offensività. Questo orientamento esclude in radice la possibilità teorica di scindere la tipicità dall'offesa: il fatto è tipico ogni qualvolta integri gli estremi di una fattispecie incriminatrice e abbia una valenza offensiva, in quanto la offensività, quale componente esplicita o implicita, deve ritenersi parte della più ampia nozione di tipicità, senza la quale il concetto di offesa verrebbe ricostruito sulla base di criteri *extra*-legislativi.

²⁰³ Cfr. M. B. MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale*, cit., p. 12.

²⁰⁴ Ciò lo si può constatare, in particolare, in due importanti settori: quello della legislazione penale tributaria e quello dei reati societari. La legge delega di riforma dei reati tributari (L. 25 giugno 1999, n. 500) ha posto tra i criteri direttivi quello di non punire condotte meramente preparatorie rispetto all'evasione fiscale e che non esprimono una significativa offensività nei riguardi del bene protetto, ora individuabile non già nella trasparenza fiscale, bensì nella tempestiva ed efficiente riscossione delle imposte dovute dai contribuenti. Di qui, da parte del legislatore delegante, il monito rivolto al Governo a prevedere, per molte disposizioni incriminatrici, soglie di punibilità concernenti il *quantum* di imposta evasa o dei componenti attivi e passivi non computati o erroneamente considerati ai fini della formazione della base imponibile. Con il D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sono state così abrogate espressamente tutte le ipotesi di reato previste dalla L. n. 516/1982, attraverso un intervento di riforma organica che ridipingeva integralmente tutte le fattispecie di natura tributaria penalmente rilevanti. La recente riforma dei reati societari, intervenuta con il D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, intervenendo sull'impianto originario del sistema penale societario previsto nel libro V, Titolo XI del codice civile a margine degli articoli sul funzionamento delle società (artt. 2621 ss.), ha ri-descritto le fattispecie penali in ossequio, tra l'altro, al principio di offensività, espungendo dal novero delle condotte punibili quelle inadeguate a minacciare gli interessi tutelati. Tali interessi assumono ora una valenza per lo più privatistica, condensandosi

penale²⁰⁵), in una direttrice che ne vede come fondamentale destinatario il legislatore «sia nei processi di penalizzazione orientati all'input (cioè la progettazione di fattispecie criminose) ovvero all'output (la depenalizzazione)»²⁰⁶.

Pur se finalizzato alla realizzazione della medesima istanza –cioè la circoscrizione del perimetro di rilevanza penale a fatti dotati di un significativo nucleo di lesività- il principio di offensività, come direttiva di politica criminale, può essere utilizzato sia come regola (quando è chiamato a risolvere una fattispecie concreta in chiave ermeneutica) sia come principio (quando è chiamato a risolvere una questione di legittimità costituzionale)²⁰⁷.

Ma il principio di offensività costituisce anche un canone ermeneutico generalmente riconosciuto²⁰⁸ nonché un criterio di interpretazione –teleologica- delle fattispecie criminose²⁰⁹, da coordinare ed armonizzare con tutti gli altri canoni ermeneutici. In assenza di una positivizzazione espressa del principio in esame, di esso se ne fa solitamente un uso in chiave interpretativo/applicativa. Difatti il principio di offensività costituisce, non di rado, uno strumento per superare, in via giudiziale, limiti e difetti della fonte legislativa²¹⁰, in quanto, l'elemento dell'offesa, viene “aggiunto” dall'interprete alla struttura descrittiva di una fattispecie legislativamente già definita in

principalmente nel patrimonio della società, dei soci e dei terzi, cioè i creditori ed i risparmiatori. Cfr. www.dikegiuridica.it.

²⁰⁵ Sulla distinzione tra politica criminale e politica penale, cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *Scritti di diritto penale*, Vol. II, Tomo I, Milano, 1997, pp. 2599 e ss. di recente si veda M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *QG*, 2004, pp. 498 e ss., identificando la prima con «quel complesso della legislazione e dell'amministrazione dello Stato (...) – che si occupa della prevenzione del crimine (neutralizzazione o riduzione del fenomeno), mediante strumenti in primo luogo strutturali, economici, amministrativi, giuridici in senso lato (civili, pubblicistici, ecc...)», ma anche sociali, culturali» e concependo la “politica penale” come il complesso di scelte che intervengono «a sanzionare, con strumenti punitivi e repressivi, le condotte rispetto alle quali non abbiano funzionato gli interventi repressivi».

²⁰⁶ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 242

²⁰⁷ Cfr. ID., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 244: «il principio di offensività può essere utilizzato, da un lato, per salvare una norma da una pronuncia di incostituzionalità, attraverso una lettura sostanzialistica; dall'altro, -assumendo il principio nella sua valenza giuridico dimostrativa- può essere, al contrario, il fomite di una declaratoria di illegittimità».

²⁰⁸ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 63

²⁰⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, p. 83.

²¹⁰ ID., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 84: «si tratta della ben più problematica dimensione che potremmo definire *interpretativo-applicativa*, volendo con ciò significare che, qui, non è il legislatore nel momento della formulazione della fattispecie, bensì il giudice nel momento della sua applicazione al caso concreto, ad essere chiamato a dare piena attuazione al principio di offensività. E ciò anche al di là dei limiti “formali” segnati dalla struttura della fattispecie».

funzione delimitativa nel suo campo di azione²¹¹. Così, il principio di offensività diventa la cifra di rilettura in senso sostanziale del tipo legale in grado di arginare applicazioni formalistiche e di guidare la delimitazione del perimetro di tipicità della norma oltre le apposizioni di termini offerta dalla tradizionale ermeneutica orientata al bene giuridico²¹². Tuttavia ciò crea non poche tensioni con il principio di legalità formale in quanto, come evidenziato da parte della dottrina «*il rispetto della formulazione legale è sempre apparso soffocare gli spazi per un apprezzamento sostanzialistico rispetto a modelli strutturali (...) costruiti su una forte anticipazione della tutela, lontana da quadri lesivi empiricamente apprezzabili*»²¹³. Sotto questo profilo, la difficoltà nel riconvertire in sede ermeneutica reati fondati, ad esempio, su vere e proprie presunzioni di pericolo, rappresenta, tutt'ora, il limite più marcato della versione interpretativa del principio di offensività²¹⁴. Questo perché, il principio in esame, non è mai in grado di fornire all'interprete informazioni adeguate e sufficienti sullo specifico contenuto offensivo della singola fattispecie di cui si tratta, in quanto, suddetto principio non si pone «*in rapporto con questa o quella fattispecie piuttosto che con altre, bensì con tutte le figure criminose*»²¹⁵.

Il problema sta nel fatto che “l'esigenza di offensività” dovrebbe risolversi già sul piano legislativo: il legislatore, nel formulare le singole disposizioni, dovrebbe operare, in modo da far combaciare la descrizione del fatto con la sua offensività²¹⁶, seppur attraverso un sostanziale rinvio all'opera concretizzatrice del giudice. In pratica si dovrebbe recuperare l'offensività dall'interno della stessa norma penale, privando l'offesa di ogni eventuale eterointegrazione, esterna cioè alla norma²¹⁷.

²¹¹ Quindi il principio in esame opererebbe nel senso di aggiungere alla struttura della fattispecie un ulteriore elemento totalmente diverso da quelli solitamente espressi nella fattispecie. Un elemento, cioè, che innanzitutto è di regola inespresso come tale e che, in secondo luogo, ha una consistenza interamente valutativa, resa inoltre difficilmente afferrabile dalla natura del bene giuridico. Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell' offensività come principio di ricodificazione*, p. 82.

²¹² Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 243.

²¹³ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 268: «Un tale atteggiamento che consente all'interprete di conferire al fatto, senza modificarlo *contra legem*, una autentica “identità o dignità penalistica”, si è ampiamente affermato già a livello di parte generale dove l'offensività – quale epifania categoriale dell'oggettivismo della scienza penalistica italiana, ha permesso (...) la radicale rivisitazione di taluni istituti o persino di modelli strutturali tradizionali».

²¹⁴ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 269.

²¹⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell' offensività come principio di ricodificazione*, p. 82.

²¹⁶ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 68.

²¹⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell' offensività come principio di ricodificazione*, p. 83. Riprendendo le parole di autorevole dottrina: «l'offensività si recupera entro i confini, invece che fuori, della norma»

È sulla base di tali premesse che si è progressivamente sperimentata una tecnica di rilettura teleologica volta ad interpolare all'interno del tipo legale momenti di lesività ricostruiti in via interpretativa; esperimenti tradottosi, via via, in un atteggiamento che costituisce, oramai, un tratto peculiare dell'ermeneutica penalistica, legittimato anche dalla Corte Costituzionale che ha, appunto, riconosciuto il principio di offensività come criterio che «*deve reggere ogni interpretazione di norme penali*»²¹⁸. E ciò risulta necessario anche se si ragiona partendo dall'analisi del fine della pena²¹⁹ che postula la necessità della concretizzazione dell'offesa nel tipo legale in quanto, solo quando sia chiaro ed evidente il valore lesivo preso di mira dal comportamento del soggetto, potrà realizzarsi quella funzione di risocializzazione, nonché di aggregazione dei consensi intorno ai principi dell'ordinamento, che la pena mira a conseguire²²⁰.

Tuttavia, che all'ufficio di colmare lo scarto fra lesività e (formale) conformità al tipo valga meglio un'espressa disposizione di legge ordinaria, che non la invocazione di un canone costituzionale ermeneutico, peraltro non da tutti riconosciuto come esistente, è intuitivo²²¹, alla luce anche delle suesposte considerazioni. E, difatti, tra le incertezze che complicano l'utilizzo del principio di offensività come canone ermeneutico, che si sono mossi i diversi progetti che hanno proposto l'espressa codificazione del principio stesso, sulla scorta di sollecitazioni provenienti dalla dottrina più sensibile ad inquadrare l'offesa necessaria in una logica di sistema direttamente vincolante per l'interprete²²².

Nel novembre 1997 la Commissione bicamerale del Parlamento italiano approvava un Progetto preliminare di revisione della Costituzione che, fra l'altro, all'art. 129 contemplava alcune «norme sulla giurisdizione» che, in tutti e quattro i commi, in realtà, toccavano direttamente il diritto penale sostanziale. Il primo comma dell'art. 129 («*le*

Cfr. M. GALLO, *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1999, pp. 769 e ss.; oppure in *Appunti di Diritto Penale*, 2001, vol. II, tomo II, cap. I.

²¹⁸ Cfr., tra le altre, Corte Cost. n. 62 del 1986, già precedentemente citata.

²¹⁹ Il rinnovato interesse per il collegamento tra fini della pena e la determinazione di ciò che può essere legittimamente punito, si può far risalire, a C. ROXIN, *Sin und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, *passim*.

²²⁰ Anche dall'esame dei fini della pena si ricava la necessità che al centro di ciascun reato venga a trovarsi un fatto capace di arrecare offesa ad un interesse socialmente rilevante ad un bene giuridico. Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 129.

²²¹ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 68.

²²² Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 271. Già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., proponeva, a fianco al principio di tipicità formale (art. 1 c.p.), l'introduzione del principio di tipicità sostanziale, edificato sulla fusione tra legalità ed offensività secondo questa formulazione: «Un fatto conforme al tipo di reato non è punibile quando non offenda l'interesse specificamente protetto dalla norma incriminatrice nella sua concreta dimensione sociale o costituzionale».

norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale») mirava a tradurre in regola costituzionale la tesi principale della teoria del reato di Bricola. Il secondo comma («non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività»), sembrava completare il disegno bricoliano, esigendo anche nella realizzazione concreta della fattispecie di reato solo offese di danno o di pericolo concreto²²³.

I lavori della Bicamerale non si conclusero positivamente in Parlamento²²⁴, e la revisione non venne mai approvata definitivamente²²⁵. È interessante notare, al riguardo, che la dottrina italiana, con poche eccezioni, non mostrò nessun entusiasmo per questo progetto, in quanto le tesi fondamentali di Bricola, al riguardo, erano ormai state accettate solo in quanto declassate a *principi di politica criminale, giuridicamente non vincolanti*²²⁶. Un segno di questa posizione prevalente si è registra nelle successive redazioni di progetti di riforma del codice penale –*Progetto Grosso* (2001), art. 2.2: applicazione della legge penale solo in caso di offesa del bene giuridico²²⁷; *Progetto Nordio* (2005): art. 7 sull’«offensività» del reato, con applicazione della norma solo se si sia verificato un danno o pericolo per l’interesse «specificamente protetto»²²⁸. In questi progetti, successivi all’esperienza della Bicamerale, non si è andati molto oltre

²²³ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 24.

²²⁴ Per ragioni che nulla avevano a che vedere con l’art. 129 in particolare.

²²⁵ Il Progetto di revisione costituzionale dell’art.129, naufragò per due ordini di ragioni: il timore di “costringere” il legislatore nelle maglie di un testo immanente e circoscritto, riprendendo la critica tradizionale alla concezione del Bricola; la politicizzazione della Corte Costituzionale che avrebbe potuto, di fatto, effettuare una scelta dei contenuti di tutela penale, mettendo a repentaglio il principio di separazione dei poteri. A ben vedere però, entrambe le ragioni non risultano insuperabili. Innanzitutto la Costituzione, non è certamente una tavola morta e intoccabile ma è indubbiamente pronta ad adeguarsi al contesto sociale, ferma restando la possibilità estrema della sua revisione. Inoltre la Corte ha avuto modo di dimostrare, nel corso degli anni, un notevole equilibrio e una grossa capacità nel garantire la convivenza tra un codice autoritario e vetusto come quello penale, e la Carta democratica datata 1948, attraverso vari interventi di attualizzazione del primo. Cfr. ancora V. MANES, *Il principi di offensività nel diritto penale*, cit., p. 205.

²²⁶ E questo perché non si voleva che diventassero vincolanti, per lasciare più campo libero alla politica criminale di sperimentare incriminazioni di pericolo astratto e a tutela di beni non riconducibili direttamente ai beni costituzionali. Cfr. sull’intero progetto, in senso sostanzialmente favorevole almeno rispetto ai commi 1, 2 e 4 (il co. 3 prevedeva un inesigibile divieto d’interpretazione estensiva), M. DONINI, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, cit., spec. 126 ss. (e in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 68 ss.); N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *Critica del dir.*, 1998, 155 ss.; A. CASTALDO, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, in *Fest. Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, 1104 ss. Chi scrive ha sempre criticato l’assolutezza del vincolo parlamentare a un supposto *numerus clausus* di beni costituzionali. Nondimeno, non era per ragioni affettive soltanto che si è ritenuto di aderire alla formulazione dei beni di rilevanza costituzionale.

²²⁷ Consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 661.

²²⁸ Consultabile in *Cass. Pen.*, 2005, 252.

quanto aveva già previsto il *Progetto Pagliaro* (1992) all'art. 4.1 dello *Schema di legge delega*, tra i principi di codificazione, cioè «*il principio che la norma sia interpretata in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi del bene giuridico*»²²⁹. Solo il *Progetto Pisapia* (2007), ha stabilito all'art. 2.1 *sub a)* e *b)* che nessuno sia punito per un fatto che non offenda “beni giuridici di rilevanza costituzionale” e che non offenda “in concreto” i beni protetti, così richiamandosi esplicitamente al dettato della Bicamerale²³⁰. Anche tale progetto è naufragato ma in ogni caso si sarebbe trattato sempre di norma inserita in una legge ordinaria, dove il principio di offensività e il richiamo a beni di rilevanza costituzionale, come oggetto di tutela, sarebbe stato scritto tra le regole-principio generali del codice, norme sempre derogabili, evidentemente²³¹.

Ad ogni modo si è sostenuto che ogni risoluzione di una espressa previsione del principio dell'offesa necessaria, sarebbe comunque parziale nonché simbolica se basata su una norma di parte generale, rischiando di fomentare le frizioni con il principio di legalità se tutto ciò non si accompagna ad un rigoroso impegno nella tipizzazione delle offese²³². Sarebbe augurabile, secondo questa opinione, un aggancio normativo all'offensività collocato, invece, nella parte speciale, attraverso - ad esempio - lo sfruttamento delle condizioni obiettive di punibilità, o l'ingresso di una forma di ‘quantificazione’ dell'offesa nella dimensione di una cifra di lesività, magari ‘calcolabile’, da vagliare per ogni fattispecie (quali le soglie di punibilità dei reati tributari), in modo da visualizzare comunque il bene finale rispetto a cui condurre la verifica dell'offensività in concreto²³³.

²²⁹ Si veda, sul punto, sempre M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 24.

²³⁰ Si veda il testo relativo in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, Napoli, 2009, 656, e sul tema M. N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 1772 e ss.

²³¹ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 25.

²³² Cfr. V. MANES, *Il principi di offensività nel diritto penale*, cit., p. 276. In questo senso si veda anche F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., p. 466: «*De iure condendo* il grande compito che si pone per il legislatore penale e prima ancora per la scienza penale, è di trovare le tecniche legislative adeguate per attuare il principio costituzionale di offensività nel rispetto del più generale principio di legalità. Non basta a questo scopo inserire nel codice penale una disposizione generale che sancisca -espressamente o solo implicitamente come l'art. 49 c.p. -la non punibilità del fatto non offensivo dell'interesse protetto dalla norma. Essa non indica gli interessi specificamente tutelati dalle singole norme, né può munire di un oggetto giuridico e di una offesa i reati senza offesa o di puro scopo. Sicché, in questi casi, o si finisce per fare coincidere l'offesa con la fattispecie legale, svuotando il principio di offensività; oppure la si ricerca fuori dalla norma, violando il principio di legalità».

²³³ Cfr. V. MANES, *Il principi di offensività nel diritto penale*, cit., 276.

2.8. Conclusioni.

Non può non segnalarsi, tuttavia, che il principio di offensività, soprattutto nel nuovo contesto sociale, ha subito una progressiva “perdita di mordente”, se non forse sul piano teorico scientifico, certamente su quello della sua concretizzazione e traduzione pratica²³⁴. Ma, secondo parte della dottrina, è soprattutto sul piano prasseologico che il principio di offensività ha subito “cocenti sconfitte”²³⁵.

La perdita dell’originario ruolo egemone nella teorica del bene giuridico costituzionalmente orientato e l’appiattimento su una funzione sostanzialmente servile o pedissequa, hanno determinato un significativo ridimensionamento del ruolo del principio in esame²³⁶. La sostanziale perdita della propria vincolatività contenutistica ha fatto sì che, nei tempi recenti, si sia progressivamente offuscata la stessa capacità di orientamento nei confronti del legislatore²³⁷. Sullo sfondo della progressiva spiritualizzazione e smaterializzazione dei beni giuridici, che già da tempo ha sacrificato l’offensività sull’altare del diritto penale preventivo e dell’anticipazione della tutela²³⁸, recenti vicende della politica criminale italiana, ispirate all’intento di placare le più varieguate istanze di allarme sociale, sembrano aver riaperto quasi la secolare discussione sulla separazione tra diritto e morale, criminalizzando varie forme di

²³⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 75: «Innanzitutto sul piano legislativo, il principio di offensività avrebbe dovuto dare i suoi frutti migliori con un profondo rinnovamento della parte speciale del codice poggiante sulle nuove e solide basi liberal-democratiche, di una democrazia liberale e sociale, costituite da una tipologia di beni direttamente ricavabili dalla Costituzione. Orbene, questa prospettiva non ha trovato il modo di consolidarsi né sul piano delle sue premesse teoriche né tampoco su quello dell’esperienza legislativa concreta».

²³⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Palazzo, Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, cit., p. 75: «quasi beffarda è stata la vendetta della storia quando, negli anni della (perenne) emergenza, ha riaccreditato fattispecie del diritto penale politico decisamente compromesse in quanto volte alla tutela di beni giuridici di pretta marca autoritaria. Oppure quando ha comportato l’ingresso nello stesso codice, per motivi più o meno simbolici, di nuove fattispecie ispirate alla tutela di quei beni giuridici, o comunque di beni che avrebbero invece meritato un ridimensionamento quantitativo della loro tutela se non un ripensamento qualitativo: primo fra tutti, ma non solo, l’ordine pubblico».

²³⁶ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 76: «da un lato, infatti, esso ha continuato ad offrirsi come argine garantistico inquadabile nell’orizzonte dei più tradizionali avamposti liberali ostili ad un diritto penale soggettivo o eticizzante, adagiandosi via via sui confini di garanzia già tracciati, in particolare, dal principio di materialità o, al più, dal principio del *nullum crimen sine iniuria*, e smarrendo, così, i propri peculiari tratti distintivi; ovvero perdendo persino quella identificazione minima, risultando sempre più incapace di offrirsi pur come mero criterio di differenziazione tra diritto penale e morale».

²³⁷ Finendo con il rimettere in discussione non solo la cifratura costituzionale degli interessi meritevoli di tutela, ma anche la più tradizionale ed indiscussa acquisizione della teoria del bene giuridico, riconducibile, sostanzialmente, al principio illuministico del *nullum crimen sine iniuria*. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 122.

²³⁸ La cui diffusione, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, è ormai epidemica nel settore del diritto penale complementare.

immoralità pubblica e devianza ideologica²³⁹. Ma soprattutto si è andati verso l'adozione di schemi e tecniche di tutela²⁴⁰ -come si vedrà nella seconda parte del presente lavoro-, che hanno, via via, anticipato sempre più l'intervento penale su una linea di massima astrazione dell'offesa, che ha comportato il sacrificio del principio di offensività e l'abbandono del criterio della sussidiarietà. Ciò si è ripercosso, spesso, in modo direttamente proporzionale sul grado di osservanza e di affermazione anche di altri principi di garanzia in materia penale (riserva di legge; tassatività/determinatezza; colpevolezza) con la conseguente «*deformazione dell'illecito penale non priva di tracce sullo stesso piano della funzione della pena*»²⁴¹.

²³⁹ In questo senso cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 18 e ss.

²⁴⁰ Come, ad esempio, l'utilizzo di fattispecie che concentrano il proprio nucleo di disvalore sulla contrarietà (o sulla mera inosservanza) di un provvedimento dell'autorità, ovvero sulla mancanza di una abilitazione amministrativa in assenza di un pericolo concreto o di una modalità lesiva ulteriormente qualificante, ecc.

²⁴¹ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 107.

PARTE II

L'ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA PENALE TRA OPZIONI DI POLITICA CRIMINARE E *RATIO* DI TUTELA.

Capitolo primo

L'anticipazione della tutela penale e tecniche di tipizzazione della fattispecie: la soglia legittima delle attività punibili.

SOMMARIO: 1.1. Premessa: fotografia del problema; 1.2. Il grado di anticipazione della tutela e l'opportunità del ricorso alla sanzione penale; 1.3. Il principio di offensività come limite all'anticipazione della tutela penale; 1.4. Tecniche di tipizzazione della fattispecie e principio di offensività; *1.4.1. I reati senza bene giuridico e senza offesa; 1.4.2. I c.d. limiti soglia come ulteriore tecnica di tipizzazione della fattispecie*; 1.5. Il principio di proporzione e la soglia legittima delle attività punibili.

1.1. Premessa: fotografia del problema.

Una volta appurato che il nostro ordinamento concepisce il “reato” come quel fatto conforme al modello descritto dalla norma incriminatrice, ma altresì offensivo di quell'interesse¹ (*alias* bene giuridico) che la legge intendeva presidiare con il precetto penale violato, si pone l'ulteriore problema –sul quale dottrina e giurisprudenza ormai da lungo tempo si confrontano– di quale sia la soglia di legittimo arretramento dell'intervento penale o, in altri termini, quale sia il *grado di anticipazione della tutela penale* compatibile con il principio di offensività.

Tematica centrale del presente lavoro di ricerca è, appunto, quello di tentare di individuare un criterio di legittimazione dell'intervento penale che giustifichi il ricorso alla sanzione per quelle fattispecie di reato ove si registra un arretramento della tutela ben oltre la verifica di un'effettiva lesione e, ancora più grave, ben prima della comparsa del pericolo. Il problema sorge in quanto, nel diritto penale della post-modernità, e non solo, si è via via registrato l'utilizzo, da parte del legislatore, di tecniche di tutela e di tipizzazione del fatto (soprattutto nella legislazione penale complementare che inonda, oramai, il nostro sistema) raramente imperniate intorno a figure tradizionali di reati di danno. Il ricorso sempre più frequente a forme di tutela anticipata (reati di pericolo, di sospetto, ostativi, ecc.) ha reso problematica la

¹ O quegli interessi, nel caso si tratti di reati plurioffensivi. Secondo V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 84, lo schema della plurioffensività è sovente visto come una tecnica di aggiramento del principio di offensività. Tale schema ha origini risalenti ma «nell'attuale dimensione sembra aver sostanzialmente rinnegato l'originaria funzione di garanzia ad esso sotteso e tale da esigere, per l'integrazione del reato, una condotta aggressiva capace di attingere contemporaneamente le diverse oggettività giuridiche qualificanti il contenuto materiale dell'offesa. (...) Attualmente tale schema trova nello sradicamento del concetto di bene giuridico dall'impianto costituzionale un formidabile volano, viene spesso utilizzato in chiave espansiva, e non già limitativa dell'ambito di rilevanza penale».

giustificazione di tale forma di intervento punitivo² che, da un lato, ha messo in forte crisi la maggior parte dei principi garantisti in materia penale³ e, dall'altro, ha posto in risalto la necessità che la scienza penalistica «fornisca al legislatore adeguate indicazioni affinché non siano superati quei limiti oltre i quali il ricorso alla pena appare ingiusto ed esagerato»⁴. Difatti, laddove si decide di intervenire con il diritto penale per la punizione di quei fatti non dotati (o addirittura sforniti) di una carica offensiva tale da apparire giustificato il ricorso alla sanzione penale, specie di quella detentiva, si ottengono solo nefaste conseguenze; innanzitutto ciò crea disobbedienza e non certo rispetto delle norme penali vigenti, in quanto, il consociato, già disorientato e confuso dalla miriade di leggi in materia, vede come visionaria l'effettiva inflizione della sanzione, sicuro che, per un fatto di lieve entità, non si vedrà mai ristretta la propria libertà. Perché, diciamoci la verità, oramai non si ha più paura della pena detentiva, si vede il carcere (cosa di cui minaccia la fattispecie) come un luogo in cui non si entrerà quasi mai: e questa consapevolezza appartiene sia al soggetto che commette reati c.d. gravi, ma ancor di più per il soggetto agente che realizza un fatto di reato c.d. bagatellare. Se a ciò si aggiunge, poi, la sfiducia nell'applicazione della legge, nel processo penale -date le lungaggini, in termini di tempo- che lo caratterizzano, la sfiducia nella prescrizione, che, così com'è oggi pensata, porta alla celere estinzione del reato, lo scenario è quanto mai inquietante. Dall'altro, il ricorso sempre più frequente a forme di tutela anticipata, causa una stortura del sistema poiché si mette in crisi la validità stessa dello strumento penale non più riservato a fatti dotati di effettiva carica lesiva; ciò procura, il più delle volte, l'abbandono di quell'idea classica che vede il diritto penale come strumento eccezionale, di *extrema ratio*, per la tutela frammentaria di beni giuridici essenziali per l'esistenza e lo sviluppo della comunità statale⁵. Tuttavia, è anche vero che, a volte, un intervento prima della realizzazione di un'effettiva lesione dell'interesse tutelato dalla fattispecie, si impone come necessario per la tutela di quei beni che, in una scala gerarchica immaginaria, si pongono ad un livello primario (si pensi al bene vita, salute, ecc.) e dove risulta quanto mai urgente un

² Ciò era già stato lucidamente segnalato ed evidenziato da M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 2 e ss.

³ Si veda quello di sussidiarietà, legalità, tassatività e determinatezza della fattispecie.

⁴ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 2.

⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti di diritto penale in memoria di G. Delitala*, a cura di S. CANESTRARI - A. MELCHIONDA, Milano, 1997, p. 1477.

intervento in chiave preventiva per impedire il sacrificio del bene stesso. Ciò che è inopportuno non è l'arretramento dell'intervento penale per quei casi in cui risulti necessario incriminare il pericolo concreto ed effettivo di depauperamento del bene, ma sconveniente è fare un uso smodato di tale forma di ingerenza anche quando questo concreto pericolo, perché astratto o presunto, non c'è.

Ed è qui che risiede la stortura in cui oggi versa il sistema, che svilisce e trasgredisce al principio di necessaria offensività penale laddove si potrebbe ben intervenire, per la tutela di quello stesso bene, attraverso altri sistemi di controllo (civile ed amministrativo)⁶.

Per tali ragioni, imprescindibile per individuare dei limiti alla misura della tutela, è avere ben chiari due punti fermi: da un lato l'identificazione del bene giuridico che la norma penale mira a tutelare, e dall'altro l'offensività come elemento indiscutibile di qualsiasi fattispecie di reato. Solo dopo aver fatto chiarezza, secondo il nostro modo di vedere le cose, sul fondamento sostanziale e costituzionale del bene giuridico e dell'offesa -la cui disamina si è resa necessaria nella prima parte della presente ricerca-, si può azzardare un approfondimento sulla tematica dell'anticipazione della tutela penale per poter saggiare tutte le problematiche connesse -di cui ci occuperemo nel prosieguo della trattazione-, al fine di individuare, attraverso una "rimessa in gioco" del principio di sussidiarietà, un valido criterio per promuovere nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie.

Basti, per ora, sottolineare che risulta quanto mai urgente l'individuazione di parametri che possano fungere da guida per un legislatore, oggi troppo spesso frettoloso quando legifera, dimentico e non curante dell'esistenza non solo di un principio di offensività, che ha piena legittimazione ad essere rispettato, ma anche dell'*extrema ratio* che contraddistingue il diritto penale, preferendo l'adozione di schemi impostati anticipando la soglia della tutela a fatti prodromici rispetto alla realizzazione del vero e proprio pregiudizio per il bene tutelato⁷. E, in questa linea di tendenza, è chiaro che, quanto più ci si spinge sulla strada dell'anticipazione della tutela, tanto più poveri di contenuto di disvalore saranno gli illeciti previsti in quest'ottica⁸.

⁶ Si rinvia, sul punto, alla Parte III del presente lavoro.

⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di Diritto penale, parte generale*, Torino, 2016, p. 64.

⁸ ID., *Corso di Diritto penale*, p. 63.

È chiaro che, il punto di inizio della difesa di un determinato bene, è quello più prossimo alla sua lesione. Ma ciò non è sempre detto, in quanto il legislatore può anticiparne la tutela in modo anche assai avanzata: ed il problema è che non è facile individuare praticamente dei parametri e dei limiti ultimi a questo processo di anticipazione. Le varie forme in cui si manifesta il diverso grado di intensità della tutela, e che noi conosciamo, sono i reati di danno, e via via di pericolo concreto, astratto, astratto-concreto e presunto, in una sorta di gerarchia che testimonia l'allontanamento sempre ulteriore dalla distruzione del bene.

Ma, prima di procedere all'analisi della tormentata questione della legittimità costituzionale di tali tipi di reato⁹, è utile chiarire quali sono le note che caratterizzano l'anticipazione della soglia dell'intervento penale e gli illeciti imperniati su tale arretramento della tutela¹⁰.

1.2. Il grado di anticipazione della tutela e l'opportunità del ricorso alla sanzione penale.

Il problema dell'anticipazione della tutela penale, come già sostenuto in passato ed in modo lungimirante da parte della dottrina¹¹, sebbene non sia nuovo alla dogmatica penalistica, «può tuttavia essere considerato tra quelli che maggiormente suscitano un rinnovato, crescente interesse»¹²: esso, nei suoi risvolti teorici e pratici, tecnico-

⁹ Si precisa sin da ora che, seppur per l'orientamento dottrinale maggioritario la categoria dei reati di pericolo presunto coinciderebbe con quella dei reati di pericolo astratto, sicché i termini "astratto" e "presunto" vengono spesso utilizzati come sinonimi (così M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, Vol. I, III ed., Milano 2014; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA. VV., *Beni e tecniche di tutela penale*, Milano, 1987, p. 50; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 245; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, pp. 1416 e ss.), altra parte della dottrina ha ritenuto più idoneo distinguere i reati di pericolo astratto da quelli di pericolo presunto (così M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 4. Per l'Autore sono invece reati di pericolo concreto effettivo, quelli con riferimento ai quali il pericolo, costituendo il risultato della condotta, va accertato dal giudice tenendo conto di tutte le circostanze presenti al momento in cui quel risultato si assume come prodotto).

¹⁰ Per completezza argomentativa è utile ricordare che i reati di pericolo non rappresentano l'unica categoria di illeciti con cui viene realizzata un'anticipazione della tutela penale. Difatti, tra le forme di protezione anticipata dei beni giuridici la dottrina maggioritaria riconduce anche i reati a dolo specifico, il tentativo nonché i delitti di attentato: così, fra gli altri, G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, pp. 692 e ss. e G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 573.

¹¹ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 5 e ss.

¹² ID., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 5. Tra gli altri ricordiamo: G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi al Seminario su "Bene giuridico e riforma della parte speciale"* (tenuto presso l'ISICS di Siracusa dal 14 al 18 ottobre 1981), in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985, p. 334; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 689; U. WEBER, *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch*

legislativi e politico-criminali, ripropone il quesito fondamentale circa i «*limiti di legittimità ed opportunità del ricorso alla sanzione penale*»¹³.

Ciò, in quanto, nella materia dell'anticipazione della tutela penale, più di altre, è difficile l'individuazione di nozioni sicure, concetti precisi e punti fermi di riferimento, dato che, la stessa terminologia ha bisogno di puntualizzazioni preliminari perché talora si fa riferimento alla "tutela anticipata", mentre altre volte si parla di "consumazione anticipata", e ciascuna di queste formulazioni da luogo, poi, ad altrettante incertezze¹⁴.

Ad ogni modo, con l'espressione *anticipazione della tutela penale* si è soliti indicare quel modo di intervenire del legislatore quando ritiene necessario prevedere la punibilità per fatti che non abbiano ancora arrecato un'irreparabile lesione al bene giuridico protetto¹⁵. Sono considerati strumenti di anticipazione della tutela penale tanto l'istituto del tentativo (art. 56 c.p.), quanto i delitti di attentato ed i reati di pericolo, come pure certe figure di reati a dolo specifico¹⁶ e di mera condotta (*alias*: di azione)¹⁷.

Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, in *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, Beiheft zur ZStW, Berlin – New York, 1987, pp. 1 e ss.

¹³ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 5. Secondo l'Autore il problema dell'anticipazione della tutela penale, secondo una distinzione non nuova e riproposta in forma originale da G. JACOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 751, andrebbe affrontato sotto due diversi punti di vista, o meglio, in due fasi successive: «al giudizio sulla possibilità di incriminare un dato comportamento in anticipo rispetto alla lesione di un bene giuridico pensato come punto fisso di riferimento, dovrebbe seguire quello sull'ulteriore eventualità di incriminare lo stesso comportamento in quanto lesivo di altri beni giuridici, che, rispetto alla tutela del primo, si pongono in una posizione anticipata o di "fiancheggiamento"».

¹⁴ Sul punto si veda in generale U. WEBER, *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, cit., p. 1; nonché M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *L'indice penale*, n. 2, 1999, p. 687. L'Autore sostiene che «già in merito al concetto stesso di consumazione non si registra uniformità di posizioni: vi è chi ritiene che questa nozione coincida con quella di compiuta realizzazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, e che, pertanto, ogni ulteriore valutazione circa la gravità dell'offesa vada riservata alla fase di commisurazione della pena ex art. 133 c.p., mentre altri distinguono tra perfezione del reato coincidente con la realizzazione di tutti i requisiti previsti dalla singola fattispecie nel loro contenuto minimo e necessario, e vera e propria consumazione, che si avrebbe quando il reato ha raggiunto la sua massima gravità (...). Ad ogni modo si può sostenere che si ha anticipazione della tutela quando la legge considera come fatto penalmente rilevante un comportamento che, rispetto al reato consumato, costituisce una fase anteriore dell'*iter criminis*, cosicché in esso manca la realizzazione integrale della fattispecie del reato consumato, o perché non si è realizzato l'evento o perché non è stata compiuta integralmente l'azione. In questo senso è evidentemente non consumato il delitto tentato, del quale la legge (art. 56 c.p.) determina i requisiti strutturali proprio per differenza con il corrispondente reato consumato».

¹⁵ Cfr. M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., p. 688. Invece si parla di reati a consumazione anticipata quando, ai sensi di una determinata fattispecie incriminatrice, costituisce un reato autonomo ciò che, rispetto ad altra fattispecie, integrerebbe soltanto un tentativo o non raggiungerebbe neppure la soglia minima di realizzazione rilevante ai fini della punibilità del tentativo. La figura dei delitti di attentato è quella che risponde in pieno a tale nozione.

¹⁶ I reati a dolo specifico sono quei reati dove un certo fenomeno psichico (l'intenzione di qualcosa) costituisce elemento espressamente contemplato nel tipo di parte speciale. Qui un problema di offensività si può porre solo con riguardo a quelle fattispecie nelle quali l'elemento psichico non è semplice movente

Secondo parte della dottrina, con la formula “consumazione anticipata” si fa riferimento alla struttura formale della fattispecie incriminatrice, che descrive come fatto consumato ciò che sarebbe tentato ai fini di una diversa disposizione incriminatrice¹⁸; viceversa la formula “*tutela anticipata*” fa riferimento, piuttosto, alla prospettiva politico-criminale che induce il legislatore a punire fatti che non abbiano ancora compromesso il bene che egli intende proteggere¹⁹. Ma il problema che si pone è fino a che punto sia ammissibile ed opportuna, ai fini politico criminali, l’anticipazione della tutela di beni giuridici²⁰, nonché il ricorso alla sanzione penale per la punibilità di quei fatti che si allontanano non solo da un’effettiva lesione al bene stesso, ma, a volte, anche da una sua concreta messa in pericolo. La problematica non è assolutamente di facile soluzione, né di poco conto, e le difficoltà maggiori derivano soprattutto dal modo di intendere ed individuare il bene giuridico, e se prendere in considerazione anche l’interesse da proteggere che è sullo sfondo²¹.

Illuminate, sul punto, appare il passo di Parodi Giusino, uno tra i pionieri in materia, che, attraverso “una raffigurazione plastica di quest’ultima istanza di tutela”, prova ad immaginare il bene giuridico come una fortezza, che frequentemente viene assediata da numerosi nemici ed i cui governanti fanno affidamento, per difendersi, sui

ma ha una qualche relazione con il bene giuridico inespresso ed è indice rivelatore di esso. In queste ipotesi il termine di riferimento del dolo specifico, cioè l’oggetto dell’intenzione, costituirebbe, se realizzato, l’offesa del bene giuridico tutelato. Tuttavia si pone il problema se queste fattispecie a dolo specifico siano conciliabili con il postulato principio di offensività. Cfr. sul punto e per una completa disamina F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 114 e ss. Si rinvia, inoltre, *infra* § 1.4.1.

¹⁷ Secondo F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 125, nelle fattispecie di pura condotta e di omissione propria «si potrebbe credere che il fatto si riduca a una mera violazione di dovere consistente nell’omissione di un comportamento dovuto (ad. Esempio del dovere di referto nei casi previsti dall’art. 365 c.p.) o nella commissione di un comportamento vietato (per esempio l’evasione)». Quindi, anche queste figure pongono problemi in relazione all’offensività.

¹⁸ M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., p. 688.

¹⁹ Sotto l’aspetto politico criminale si tratta di individuare e selezionare, fra i comportamenti socialmente dannosi, quelli che, pur non essendo dotati del massimo disvalore rispetto alle esigenze della vita sociale, tuttavia mostrano ancora una tale meritevolezza di pena (Strafwürdigkeit) ed un tale bisogno di pena (Strafbedürfnis) da potere essere penalmente sanzionati. Su tali nozioni si veda H. L. GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, in *JuS*, 1978, pp. 11-14; si rinvia, inoltre, alla nt. n. 3 di M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 6.

²⁰ Sul punto cfr. G. MARINCCI, *Reato come ‘azione’. Critica di un dogma*, Milano, 1972, p. 183.

²¹ La tutela di beni quali l’ambiente, il governo del territorio, la sicurezza della circolazione stradale è spesso funzionale alla tutela di beni giuridici che si trovano sullo sfondo, c.d. finali, preesistenti e di rango superiore (come la vita, la salute, ecc.). L’aggancio a tali beni che sono sullo sfondo, secondo parte della dottrina (cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2007, p. 86) è fondamentale per legittimare, con sufficiente preservazione del principio di offensività, la criminalizzazione dei fatti raggruppati sotto le oggettività giuridiche intermedie, strumentali, e per delimitare, altresì, l’ambito della criminalizzazione.

solidi ed elevati bastoni. «Se però l'esperienza di ripetuti attacchi dimostra che le mura non sono del tutto sufficienti a proteggere la fortezza o che quel tipo di resistenza agli assalti comporta comunque rischi troppo elevati e perdite troppo numerose tra i difensori, allora appare opportuno, se non indispensabile, costruire un'ulteriore barriera protettiva, ad esempio con fossati. In questo modo -continua l'Autore-, è possibile contrapporsi al nemico già in un territorio più lontano da quello che si vuole salvaguardare veramente: ciò non tanto al fine di mantenere il controllo di quella fascia di terra, in sé non molto importante, ma piuttosto al fine di rendere assai più difficile che, gli assalitori, riescano ad avvicinarsi alle mura così tanto che, a quel punto, una valida difesa non sia più opponibile, o lo sia solo a costo di perdite gravissime»²².

Fuor di metafora, la fortezza rappresenta il bene giuridico da tutelare, ma anche il fossato va però protetto per assicurare la salvaguardia di quel bene. E con ciò si vuol dire che, a volte, vanno difesi anche quegli interessi prodromici cui spetterebbe una funzione strumentale rispetto al bene finale²³. Ma la complessità risiede proprio nell'individuazione del rapporto tra ciò che si vuole difendere in via diretta e ciò che costituisce solo un mezzo per tale difesa, in quanto, ogni valutazione circa l'anticipazione della tutela penale presupporrebbe la possibilità di identificare, senza margini di incertezza, quale sia il bene giuridico che in ultima istanza si vuole davvero tutelare²⁴. Questo perché, tanto il concetto di anticipazione della tutela, che di lesione e di pericolo, sono, sotto questo angolo visuale, concetti *relativi* nel senso che si concretano a seconda dell'oggetto che si assume e funge da loro riferimento. Cosicché, nulla vieta che un fatto possa essere qualificato contemporaneamente di lesione o di pericolo a seconda dell'oggetto di riferimento²⁵, cioè considerato dalla legge penale sia come pericoloso rispetto ad un bene superiore che come lesivo per un bene di rango

²² M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., p. 689.

²³ Cfr. ancora una volta M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., p. 689. per la distinzione tra beni finali e beni strumentali, già sottolineata nel § 1.8. del primo capitolo, parte I del presente lavoro, si rinvia a A. FIORELLA, *Reato in generale: diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, pp. 791 e ss. Si veda anche G. JACOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, cit., p. 751.

²⁴ «Infatti è cosa evidente che un certo interesse può essere protetto non soltanto in vista di un altro superiore, ma anche in sé e per sé, in quanto sia considerato come necessario per il mantenimento delle condizioni di vita in comune». Cfr. M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., p. 689.

²⁵ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di ben giuridico*, cit., pp. 7 e 8 e nt. 18.

inferiore²⁶. Per esempio, il solito reato di furto (art. 624 c.p.) può essere qualificato come fatto di lesione se si considera come oggetto dell'offesa la detenzione della cosa sottratta, fatto di pericolo (astratto o presunto?) se, invece, si assume, come riferimento dell'oggetto di tutela, la proprietà²⁷. Anche se si pensa ad un fatto di lesioni personali gravi, questo, oggettivamente può integrare tanto una lesione del bene giuridico dell'integrità fisica, quanto un pericolo per il più alto bene della vita²⁸.

Quindi importante è non perdere di vista la centralità del bene giuridico che si intende proteggere affinché risulti chiara, non solo la misura della tutela che si intende apprestare, ma anche se sia o meno opportuno il ricorso alla sanzione penale per la difesa di quel bene, e, se lo stesso, onde evitare un'eccessiva anticipazione della tutela, potrebbe ugualmente -e forse più efficacemente- essere tutelato attraverso altri strumenti sanzionatori, civili o amministrativi, di cui l'ordinamento dispone.

Si tratta di riflessioni di non poco conto, alla luce del fatto che, se noi riteniamo che la funzione della pena sia quella di integrazione sociale²⁹, volta non solo al recupero del reo, ma anche alla non de-socializzazione dello stesso con l'obiettivo dell'aggregazione dei consensi dei cittadini intorno alle norme dell'ordinamento³⁰, risulta agevole temere che un'eccessiva anticipazione della tutela penale a beni giuridici la cui lesione e messa in pericolo, in concreto, si trovi solo sullo sfondo, possa essere del tutto vanificata.

Ma vi è chi, in dottrina³¹, ritiene, invece, che anticipare la soglia della protezione di interessi che si spingono in una sorta di progressione criminosa con altri interessi omogenei, ad una fase antecedente non solo alla verifica del danno, ma anche del

²⁶ Cfr. M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., p. 689.

²⁷ Così F. ANGIONI, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 113.

²⁸ Cfr. M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., p. 689. L'Autore, in nota, evidenzia come siano ben note le difficoltà in cui si dibatte la giurisprudenza quando deve stabilire, in base all'elemento oggettivo e soggettivo del reato, se quei casi, molto frequenti nella pratica, di lesioni che mettano in pericolo la vita della persona offesa siano da punire *ex art. 583 c.p.* o come tentativo di omicidio; sul punto cfr. Cass., Sez. Un., 12 aprile 1996, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 55; Cass., Sez. V, 18 novembre 1993, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1784.

²⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1998, pp. 83 e ss.

³⁰ Cfr. ID, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109: «il nostro ordinamento consente che in rapporto alla funzione della pena possono essere legittimamente perseguiti gli scopi positivi della prevenzione: sul piano generale essi sono costituiti dal rafforzamento della coscienza sociale intorno ai principi/valori fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento giuridico; sul piano individuale, dal recupero sociale, beninteso per il condannato che lo voglia e, comunque, dalla non-desocializzazione. (...). Gli scopi sin qui delineati riteniamo che possano essere unitariamente compresi sotto il concetto di genere dell'integrazione sociale: esso risulta, pertanto, comprensivo delle specie della prevenzione, generale e speciale positiva».

³¹ Cfr. D. PULITANÒ, *La formulazione della fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano, 1987, p. 37.

pericolo, colpendo l'aggressione al bene nella sua fase embrionale, senza attendere che gli sviluppi della condotta rendano tardivo ed inefficace l'intervento penale, non significa abbandonare la prospettiva della centralità del bene giuridico³².

Vero è che, nell'attuale contesto sociale, l'esigenza di tutela di beni collettivi³³, e di interessi c.d. diffusi, ha cambiato un po' il modo di vedere le cose, impegnando parte della dottrina a rivedere le sue posizioni tradizionali sull'anticipazione della tutela³⁴. Ma ciò non toglie che non si possa concepire un intervento penale che si muova al di fuori della dimensione dell'offensività; piuttosto, si rende necessario l'individuazione e la scelta della tecnica più idonea per conseguire la tutela efficace dell'interesse protetto, evitando di punire il pericolo del verificarsi del pericolo o della lesione. Difatti, un limite costituzionalmente ammissibile e politicamente confacente di anticipazione della tutela penale, la cui possibilità e misura risulti proporzionale al rango del bene tutelato³⁵, da realizzare attraverso una corretta tecnica di strutturazione della fattispecie, risulta quanto mai urgente ed opportuno.

È difficile negare che, rispetto agli interessi c.d. diffusi ed ai beni strumentali e collettivi, le tecniche di tutela anticipata rappresentano modelli legali di formulazione della fattispecie di cui il diritto penale contemporaneo non può più fare a meno³⁶, ma ciò che non deve essere assolutamente perso di vista, è il ruolo dell'offensività nella

³² Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, p. 294. Lo stesso F. ANGIONI (*Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 102), con riguardo ai reati di pericolo astratto osserva che pur essendo detti reati fattispecie senza bene giuridico, ciò non significa che le norme che prevedono reati di pericolo astratto siano norme che non tutelano beni giuridici.

³³ Al novero dei beni collettivi appartiene, ad esempio, il paesaggio di cui, come visto già in precedenza, è pacifico l'inquadramento tra i valori costituzionalmente rilevanti, erigendo l'art. 9 Cost. il valore estetico-culturale a valore primario dell'ordinamento.

³⁴ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pp. 284 e ss. secondo l'Autrice: «nel momento attuale si riconosce che lo Stato, in certi casi, non deve intervenire troppo tardi, soltanto quando si sta verificando il danno. Deve anticipare il pericolo e agire per prevenire la sua manifestazione. La società contemporanea ha bisogno di questa anticipazione (...); ha bisogno di scelte di criminalizzazione con riferimento a condotte individuali propedeutiche all'evento di pericolo temuto (...). Il problema è se un diritto penale, nella sua visione attuale migliore, debba provvedere ad uno spettro di protezione più ampio, a forme di tutela anticipata, alla difesa contro "i rischi" che riguardano il futuro».

³⁵ Come sostenuto sempre da A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 303: «perché l'anticipazione della tutela sia pienamente conforme alla Costituzione, necessario, poi, oltre ad un uso corretto della tecnica legislativa, in modo che la fattispecie sia fornita della necessaria precisione e determinatezza, che l'atto preparatorio risulti normalmente pericoloso per un bene giuridico sulla base di corrette verifiche empiriche». Cfr., in questo senso, Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, la quale, nel respingere la censura di illegittimità dell'art. 73 e 78 del D.p.r. n. 309 del 1990 in materia di sostanze stupefacenti, ha affermato che è conforme a Costituzione la categoria dei reati di pericolo astratto a condizione che la presunzione di pericolo non sia irrazionale ed arbitraria, ciò che si verifica allorquando non sia collegabile all'*id quod plerumque accidit*.

³⁶ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 304.

struttura del reato, la sua irrinunciabilità e non derogabilità³⁷. Pertanto la questione ruota attorno all'opportunità o meno di far ricorso a forme di tutela anticipata per la protezione dei beni su menzionati, in modo legittimo e in adesione al principio di offensività, o se, rimetterne la tutela a misure coercitive *extrapenali*, in tutti quei casi in cui si correrebbe il rischio di svilire il moderno diritto penale dell'offesa. Questo perché il problema della misura della tutela, il grado giuridicamente ammissibile e politicamente opportuno di anticipazione, riguarda tutto l'ordinamento nella sua totalità³⁸

1.3. Il principio di offensività come limite all'anticipazione della tutela penale.

Il rispetto della libertà individuale, l'individuazione di limiti all'esercizio del potere punitivo, le ragioni di efficienza, ma soprattutto gli obiettivi di integrazione sociale, sono tutti elementi che spingono verso il ridimensionamento dell'intervento penale alle sole offese significative. E quando parliamo di offese significative, non ci riferiamo solo alla verifica di un danno ma anche all'esistenza di un concreto pericolo, ciò in quanto, il diritto penale moderno, prende in considerazione non solo i risultati lesivi della condotta che si sono verificati, ma anche quei risultati lesivi che potevano derivarne³⁹.

Quindi il principio di offensività rappresenta il vero limite ad un'anticipazione della tutela penale smisurata che vada oltre i confini del concretamente offendibile. Seppur negli ultimi tempi si è assistita ad una svalutazione (c.d. dimensione *flou*⁴⁰) del principio

³⁷ Per la non derogabilità dell'offesa nella struttura del reato, cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 68.

³⁸ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di ben giuridico*, cit., p. 50.

³⁹ Ciò, in quanto, ai fini della protezione dei beni giuridici, può non risultare sufficiente ancorare la sanzione penale alla verifica del danno, rendendosi invece necessaria l'incriminazione della messa in pericolo, con conseguente anticipazione della punibilità. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2017, p. 203. Cfr. anche G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 50, il quale ritiene che il ricorso all'anticipazione della tutela penale potrà considerarsi tanto più esente da obiezioni quanto più elevato è il rango del bene esposto a rischio.

⁴⁰ Secondo parte della dottrina, l'offensività da principio dimostrativo, capace di offrire un criterio di controllo forte sulle scelte di criminalizzazione, sui contenuti della politica criminale, è divenuto principio a carattere argomentativo, se non di mero indirizzo politico che tratteggia i caratteri dell'illecito penale, al pari del principio di laicità, effettività, materialità. Nella dimensione attuale, il principio di offensività appare privo di uno statuto dimostrativo che possa guidare il sindacato della Corte costituzionale nelle scelte di criminalizzazione del legislatore, incompatibili con il principio stesso. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 74 e ss. L'Autore denuncia una perdita di mordente del principio di offensività, c.d. dimensione *flou*, a seguito del cambio di prospettiva in relazione alla teoria costituzionale del ben giuridico. Tale cambio di prospettiva ha fatto sì che «la teorica dell'offensività disertasse il appuntamento più importante, perdendo la possibilità di offrirsi, già sul piano astratto, come

di offensività, a nostro avviso esso resta un parametro forte nella selezione dei fatti che possono assurgere a illecito penale in vista di un progetto di ricodificazione del sistema, con valore e significato fondante dell'intervento penale; altresì, svolge la funzione di criterio delimitativo dell'area del penalmente rilevante che richiama una certa concezione di fondo del diritto penale ispirata all'idea dell'*extrema ratio* di tutela. Esso può fungere da parametro di commisurazione delle scelte di criminalizzazione del legislatore, nonché da valido metro di controllo per impedire esasperate anticipazioni della tutela penale.

Questo risultato è da ottenere non solo in astratto, facendo apparire le espressioni precedentemente esposte solo delle enunciazioni di principio; ma connesso a questo modo di ragionare, dovrà seguire una messa alla prova su campo, di cui cercheremo di dare contezza nel prosieguo della trattazione.

Basti, per ora, sottolineare che, se pur è vero che il principio di offensività gioca un ruolo fondamentale in tema di anticipazione della tutela, una sua messa in crisi, negli ultimi tempi, è dipeso dal fatto che la tutela penale ha dovuto fare i conti con la nascita di nuovi bisogni sociali, come tali sentiti dalla comunità. Anche le scelte di politica criminale di questi ultimi decenni rivelano la tendenza ad assumere come oggetto di tutela interessi e valori di carattere superindividuale: beni a tutela anticipata, beni diffusi e interessi strumentali⁴¹. Rispetto a queste nuove categorie di beni l'accertamento dell'effettiva lesività dell'interesse tutelato si è certamente fatto più complesso, di guisa che, parte della dottrina, ne sostiene un'impraticabilità di tutela con le categorie del passato che stentano a trovare il passo con i nuovi beni: *«tale accertamento è possibile solo se del bene si accetti una nozione ideale, e l'offensività sia intesa come offensività astratta»*⁴². Difatti, non sempre è possibile costruire la condotta come obiettivamente

parametro di selezione qualitativa della meritevolezza di pena in relazione agli interessi protetto e, soprattutto, alle tecniche di tutela legittimamente attingibili. L'abbandono dell'idea d una Costituzione capace davvero di offrirsi come programma fondazionale dell'illecito penale ha finito col ripercuotersi sull'intero approccio costituzionale, sclerotizzando le sue potenzialità e condannandolo ad un progressivo *self-restraint* in molti campi in cui era chiamato ad esporsi e a giocare un ruolo centrale (...), come anche sul terreno dell'offensività».

⁴¹ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 56. Si veda anche D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, pp. 54 e ss.

⁴² Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 61. «Di fronte alla nascita di beni diffusi, ed al crescere degli interessi strumentali, è stata proposta una riformulazione di tali categorie di beni, nel senso di un loro concretizzazione attraverso l'indicazione nel fatto di specifiche forme di aggressione immediatamente collegabili ad interessi sottostanti. Vale a dire una tecnica di tutela che renda, per quanto possibile, più concreti tali beni e, soprattutto, più obiettivo, e dunque controllabile, l'accertamento dell'effettiva lesività del bene da parte della condotta incriminata (ad esempio in materia

offensiva rispetto a beni che presentano elementi, più o meno, marcati di astrattezza⁴³; con riguardo a quest'ultimi il principio di concreta offensività soffre di enormi difficoltà nel tentativo di costruzione della fattispecie con margini di tipizzazione adeguata, sicché in alcuni settori di intervento, il legislatore si avvale delle diverse tecniche di anticipazione della tutela. La conseguenza –secondo una parte della dottrina- è che il bene giuridico protetto finisce per ridursi da realtà naturale, sociale od economica, tutelata dal dritto, a scopo della proposizione normativa: il bene oggetto di protezione finisce con l'identificarsi con la *ratio legis*⁴⁴.

La preoccupazione, cioè, è che tali tecniche di tutela, nonostante siano concepite pensando esclusivamente ad alcuni settori (ambiente, sicurezza, lavoro, trasparenza, corretto funzionamento dei mercati finanziari, ecc.), finiscano per snaturare la teoria stessa del bene giuridico, ripercuotendosi sull'intero sistema del diritto penale⁴⁵. Fra gli effetti di questa deriva, fra l'altro, vi è l'utilizzo sempre più frequente di tecniche di anticipazione della tutela fino alla formulazione di illeciti di mero rischio, ispirati, questi ultimi, al principio di precauzione⁴⁶.

di scarichi inquinanti si era proposto di costruire la fattispecie in termini di lesività concreta, richiedendo, per il delitto di "alterazione dell'ecosistema", oltre alla violazione dei limiti di accettabilità fissati con legge, il contributo a determinare un'alterazione della composizione o dello stato fisico dell'ambiente). »

⁴³ Alcune fattispecie sembrano irriducibili ad una effettiva concretizzazione, in quanto l'interesse tutelato non è immediatamente riconducibile né ad un soggetto né ad un bene oggettivamente afferrabile. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 67.

⁴⁴ In una prospettiva di fondo esasperata, anche se ispirata da esigenze garantiste, non si segnala solo il pericolo che un concetto di bene giuridico, così concepito, perda le sue radici liberali, e sia considerato alla stregua della *ratio legis*; ma si teme che, in modo simmetrico a tale fenomeno, il bene giuridico enfatizzi e radicalizzi la sua nuova dimensione ben al di là dei settori rispetto ai quali le nuove tecniche di tutela sono invocate per reagire alle nuove forme di criminalità e garantire una risposta ai bisogni di protezione delle società contemporanee. Rispetto ai beni super individuali e collettivi, si è osservato che, se è vero che l'impressione di una sorta di volatilizzazione non è a prima vista infondata, non pochi di essi, come ad esempio l'ambiente, sono andati acquisendo un rango crescente nella stessa coscienza sociale, divenuta sempre più avvertita della strumentalità della tutela ambientale rispetto alla protezione dello stesso bene della salute. Se ne è dedotto che la prospettiva del problema finisce col mutare: il problema cioè si sposta su un terreno diverso, che è quello della corretta tecnica di strutturazione delle fattispecie incriminatrici. Cfr. G. FIANDACA - G. TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano, 1984, pp. 25 e ss.

⁴⁵ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 68.

⁴⁶ In tema di precauzione, si rinvia a CASS R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, pp. 10 ss.; U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007, pp. 9 ss., e più di recente ID., *Condittio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008, pp. 5 ss.; PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 786 e ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1695; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 174 e ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 231; G. FORTI, *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 573 e ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza*

E questo processo risulta, oggi, inarrestabile e va a discapito soprattutto del diritto penale classico. Difatti : «*esasperate anticipazioni della soglia della punibilità – ispirate al bisogno di sicurezza della società civile- favorirebbero una transizione sempre più accentuata dello schema “reato di lesione di beni individuali” a quello “reato di messa in pericolo di beni superindividuali”*»⁴⁷. Connesso a tale fenomeno, è la rinuncia alle fattispecie di danno o di pericolo concreto. Risulta, infatti, pressoché impossibile ancorare una condotta realmente offensiva ai c.d. beni a tutela anticipata⁴⁸, a beni cioè assolutamente privi di precisi contorni⁴⁹, e descrivere il fatto in termini di reale lesività. Inoltre, soprattutto oggi che viviamo in quella che viene definita la “società del rischio”, per fronteggiare il problema, la linea seguita dal legislatore si muove nel solco di un diritto penale della prevenzione; e questa tendenza legislativa allontana sensibilmente le condotte incriminate dalla soglia effettiva della lesione e della messa in pericolo⁵⁰,

scientifica, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, pp. 1743 e ss.; F. CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dif. pen.*, XXI sec., 2007, pp. 269 e ss.; D.F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, p. 11; V. ATTILI, *L’agente-modello “nell’era della complessità”: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1276; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, pp. 155 e ss.; E. CORN, *Principio di precauzione e diritto penale? Il principio di precauzione nella disciplina giuridica dell’agricoltura biotecnologica*, in *Forum BioDiritto*, 2008; R. MARTINI, *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, Firenze, 2010, pp. 579 e ss.; F. CONSORTE, *Principio di precauzione e tutela penale. Un connubio problematico*, Bologna, 2012, pp. 1 e ss.; D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, pp. 10 e ss.; ID., *Principio di precauzione e beni legali alla sicurezza*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁷ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 59. La categoria dei beni sovra individuali solleva una serie di problemi e principalmente quello legato alle tecniche di tutela ad essi riferibili, in particolare l’ammissibilità delle fattispecie di pericolo astratto o presunto e di pericolo indiretto.

⁴⁸ Secondo A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., tuttavia ipotesi di anticipazione del momento consumativo del reato ad uno stadio anteriore al tentativo, con l’incriminazione di atti idonei, ma solo preparatori, si riscontra già nel codice Rocco, il quale, ad esempio, persegue una funzione di tutela anticipata con la fattispecie della cospirazione politica mediante accordo (art. 308, comma 2, c.p.).

⁴⁹ In tal senso cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del Diritto penale?*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1994, p. 28; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 52.

⁵⁰ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 60: «Un esempio delle nuove tecniche di tutela si può cogliere in un recente intervento legislativo in materia di pedopornografia, la cui disciplina – nell’intento di soddisfare esigenze di prevenzione generale divenute più pressanti per l’allarme sociale e le preoccupazioni manifestate da più parti in ordine all’incremento dello sfruttamento dei minori a fine sessuale – rivela la volontà del legislatore di predisporre una protezione anticipata e complementare a quella preesistente della libertà sessuale del minore. In seguito, con la legge 6 febbraio 2006, n. 38, il legislatore ha anticipato ulteriormente la già avanzata soglia della rilevanza penale stabilita dalla legge precedente, inserendo nella fattispecie incriminatrice della pornografia minorile la mera condotta di induzione del minore a partecipare alle esibizioni pornografiche, confermando e sanzionando un ipotesi di reato di possesso nel quale l’oggetto del divieto è la mera detenzione di materiale pornografico. La norma incriminatrice preoccupa soprattutto per l’eccessiva anticipazione della tutela».

mettendo in crisi lo stesso principio di offensività, con il rischio di costruire fattispecie del tutto avulse da questo carattere⁵¹.

Al pari del principio di legalità o di materialità, storicamente la funzione del criterio di necessaria lesività, è quella di garantire l'individuo contro possibili arbitri del legislatore. Difatti, se si prevedessero sanzioni per fatti privi di offesa verso il bene giuridico oggetto di tutela, si spalancherebbero le porte della strumentalizzazione del singolo per finalità general-preventive, frustrando i principi di dignità, personalità della responsabilità penale e finalità rieducativa della pena⁵². Assodata, dunque, la possibilità per l'individuo di subire limitazioni della propria libertà personale solo a fronte di comportamenti pericolosi per un bene rilevante, non si deve tendere ad affievolire il principio di offensività, fino a degradarlo a mera direttrice della politica legislativa, ma, al contrario, si dovrebbe elevare e considerare questo principio come unico vero limite ad una tecnica di costruzione della fattispecie che è solita anticipare la tutela penale anche al di là del pericolo concreto⁵³. Pertanto, non dovrebbero essere ammesse deroghe al principio di offensività⁵⁴ e, tale affermazione, come si avrà modo di specificare in seguito, non significa che è vietato al legislatore *«di ricorrere ai reati di pericolo astratto o addirittura a presunzioni di pericolo; implica soltanto l'illegittimità costituzionale dell'eventuale pretesa normativa di assoluta invincibilità del pericolo»*⁵⁵. Ciò che è precluso al legislatore è, fondamentalmente, l'enucleazione di fattispecie del tutto irrazionali ed arbitrarie che si pongano in contrasto con l'*id quod plerumque accidit*.

⁵¹ Con tutte le conseguenze del caso, anche in termini sanzionatori.

⁵² Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA- G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, Diritto e Procedura Penale. I Quarant'anni dalla Corte Costituzionale*, Milano, 1998, p.165.

⁵³ L'offensività deve, dunque, rapportarsi alla ragionevolezza delle tecniche e dei gradi di anticipazione della tutela rispetto a beni giuridici di sicuro rilievo costituzionale la cui prevalenza nei confronti degli interessi realizzati con le condotte vietate, non è in discussione.

⁵⁴ Cfr., per una diversa posizione, F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 81. Secondo l'Autore, il principio di offensività, quale principio regolatore, può subire deroghe necessarie per la prevenzione delle offese di beni primari, individuali, collettivi, istituzionali. Trattasi di principio costituzionalizzato, fondato già nell'art. 2 Cost., che imperiosamente impone alla Repubblica il dovere di riconoscere i diritti fondamentali di ogni uomo e di garantirli, attraverso anche la tutela di beni-mezzo, pure contro le altrui aggressioni, adottandole tecniche di tutela, repressive delle lesioni arrecate, ma anche preventive delle medesime, necessarie allo scopo: in sintesi, quindi, il diritto di libertà dal crimine. Con la conseguente non necessaria incostituzionalità delle suddette deroghe, se mantenute entro le direttrici politico-legislative della meritevolezza di tutela penale del bene e del bisogno di pena.

⁵⁵ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 280.

Quindi, il rapporto tra esigenze di tutela di beni di più recente emersione e garanzie del diritto penale classico, unita alla preoccupante tendenza del diritto penale moderno verso un progressivo ed inarrestabile ampliamento dell'area del penalmente rilevante⁵⁶, è diventato la questione dominante nell'attuale contesto storico, e la grande sfida che deve affrontare la dottrina penalistica, la cui risoluzione potrebbe essere rintracciata attraverso l'utilizzo di nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie.

1.4. Tecniche di tipizzazione della fattispecie e principio di offensività.

Alla luce di quanto precedentemente esposto, alcune sintetiche considerazioni sulle diverse tecniche di "tipizzazione" dell'offesa risultano quanto mai necessarie.

Assodato che la piena attuazione del principio di necessaria lesività impone al legislatore di intendere il reato come "fatto offensivo tipico", naturale conseguenza di tale deduzione è che esiste un onere, per il legislatore, di strutturare le singole fattispecie criminose in modo che ne risulti chiaramente il loro significato offensivo⁵⁷. Ciò significa, in altri termini, che dovrebbe essere la struttura stessa della fattispecie a segnalare, già a livello astratto, un chiaro contenuto di offesa. Il che avviene, almeno parzialmente, ad esempio, tutte le volte in cui il legislatore menziona espressamente il bene giuridico rispetto al quale ricostruire il significato offensivo del reato⁵⁸; ovvero, quando riesce "*a trasfondere l'offesa nelle componenti del fatto tipico*"⁵⁹ attraverso la formulazione di fattispecie di danno o di pericolo concreto⁶⁰.

⁵⁶ Assumendo sempre di più il ruolo di strumento di organizzazione e di tutela di funzioni amministrative e di gestione ordinaria dei problemi sociali. Cfr. W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale – Aspetti giuridici*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 104.

⁵⁷ Sul principio di offensività e le tecniche di tipizzazione cfr. I. MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità*, Roma, 2007, p. 27, la quale evidenzia come a tale necessità di chiarezza non può ovviare l'art. 49, comma 2, c.p. che, nel prevedere la non punibilità del fatto inoffensivo, non indica quali siano gli interessi specificatamente tutelati dalle singole norme incriminatrici.

⁵⁸ Si pensi, ad esempio, alla diffamazione tipizzata come reato contro il decoro o la reputazione ovvero agli atti osceni che il legislatore definisce come quelli che offendono il comune sentimento del pudore; oggetti di tutela che, pur essendo espressi in concetti generici e tendenzialmente imprecisi che lasciano ampio spazio all'apprezzamento dell'interprete, tuttavia consentono quantomeno di superare quelle incertezze, legate all'individuazione dell'effettiva entità tutelata, che impediscono il corretto operare del principio di necessaria offensività del reato: così F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *AV.VV., Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 83.

⁵⁹ Letteralmente, G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, p. 648.

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, all'*altrui danno* del delitto di truffa e di estorsione (artt. 640 e 629 c.p.), al *grave nocumento alla produzione nazionale o all'industria nazionale* previsto nei reati di distruzione di materie prime (...) e di frodi contro le industrie nazionali (artt. 499 e 514 c.p.) o, ancora, al *pericolo per la*

Tuttavia non è superfluo specificare che *non ogni forma o modalità di offesa di beni è di rilevanza penale*; di qui la concretizzazione delle diverse tecniche di tutela⁶¹. Ma quando parliamo di “tecniche di tutela”, ci riferiamo al modo/schema prescelto dal legislatore per la descrizione di un fatto nel rispetto dei principi garantisti in materia penale. Così, se la Costituzione fissa alcuni principi regolatori della tecnica di tutela penale, al legislatore spetta il potere di individuare le modalità più idonee per realizzare simili principi⁶². Se ad esempio l’art. 25, comma 2, Cost., stabilisce l’esigenza della tassatività della fattispecie, il legislatore dovrà individuare la tecnica di struttura, a seconda delle varie ipotesi criminose, più funzionale a tale scopo. Di conseguenza, oggi, alla luce dell’implicita costituzionalizzazione del principio di offensività, il legislatore potrà formulare fattispecie imperniate sulla forma della lesione o del pericolo, arretrando la tutela penale solo fino ai limiti consentiti, cogliendo, da un lato, le forme di aggressione di particolare gravità al loro insorgere, e, dall’altro, cristallizzando nella fattispecie la situazione pericolosa con nettezza di contorni⁶³. Perché l’anticipazione della tutela sia pienamente conforme a Costituzione, è necessario, poi, oltre ad un uso corretto della tecnica legislativa, in modo che la fattispecie sia fornita della necessaria precisione e determinatezza, che l’atto preparatorio risulti normalmente pericoloso per un bene giuridico sulla base di corrette verifiche empiriche⁶⁴.

Ma il problema che si pone, è che spesso, quanto su esposto, resta nella prassi una mera enunciazione di principio laddove sono moltissime le fattispecie che risultano totalmente sganciate dal principio di offensività. Tali tecniche di tipizzazione della fattispecie, basate su un arretramento della tutela tale da risultare avulso alcun riferimento alla portata offensiva del fatto, vengono spesso utilizzate dal legislatore

pubblica incolumità nel delitto di strage e di incendio di cosa propria (artt. 422 e 423 c.p.). Si tratta di fattispecie ad offesa espressa, in cui i parametri dell’offensività e della tipicità vengono ricondotti ad unità perché alla verifica dell’offesa corrisponde l’accertamento di uno specifico elemento di fattispecie: in altri termini si può dire che, in questi casi, la legge «isola un elemento costitutivo che rappresenta l’equivalente fenomenico dell’offesa al bene giuridico». Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 536.

⁶¹ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, n. 4/2013, p. 12.

⁶² Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, p. 1514.

⁶³ Cfr. ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, p. 1515.

⁶⁴ Con riguardo, ad esempio, ai reati cumulativi, rispetto ai quali l’evento lesivo non può ipotizzarsi senza il necessario concorso di più soggetti nella realizzazione del fatto, occorre che le leggi scientifiche o probabilistiche abbiano dimostrato che invariabilmente o almeno in un’apprezzabile percentuale di casi la ripetizione nel tempo di un determinato tipo di condotta è normalmente idonea a ledere il bene. Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 207.

soprattutto per la tutela di beni collettivi o superindividuali, o interessi strumentali, quali ad esempio la fede pubblica, l'incolumità pubblica, che si caratterizzano per l'astrattezza dei loro contenuti. Secondo parte della dottrina, la *ratio* di tale scelta risiede proprio nella natura dei beni in questione: quanto più ci si allontana dal carattere materiale del bene giuridico oggetto dell'incriminazione, più è difficile, da parte del legislatore, formulare fattispecie incentrate sullo schema del danno⁶⁵. Esiste, infatti, una stretta correlazione tra natura e contenuto del bene, selezione degli interessi, e selezione delle tecniche di tutela. Gli strumenti e l'ampiezza della tutela, e le tecniche di tipizzazione, mutano in funzione delle tipologie dei beni giuridici di riferimento, e si riflettono inevitabilmente sulla struttura dell'illecito⁶⁶. È la natura stessa del bene che spinge ad anticipare –in maniera più o meno considerevole- il limite idoneo a far scattare la sanzione penale⁶⁷. E l'obiettivo è quello di scegliere la tecnica più idonea per conseguire una tutela efficace dell'interesse protetto, e non un intervento penale che si muova al di fuori della dimensione della offensività, come spesso accade⁶⁸.

Difatti non è detto che la tutela di beni giuridici che presentano aspetti di marcata genericità, debba avvenire per forza attraverso lo strumento penale. Quindi, quando ci troviamo di fronte a beni per la cui tutela occorre formulare una norma con una tecnica di tipizzazione che si allontana troppo dal pericolo concreto, quindi astratto o presunto,

⁶⁵ Secondo parte della dottrina, la tutela anticipata si giustifica, innanzitutto, in presenza di beni cui il legislatore attribuisce essenziale rilievo di modo che anche la semplice esposizione a pericolo costituisce un disvalore di tale entità da giustificare la repressione penale (un bene di tal tipo è la pubblica incolumità tutelata anticipatamente mediante i delitti di strage e di incendio). In secondo luogo, in presenza di beni sopraindividuali, collettivi, le cui dimensioni sono tali che solo eccezionalmente possono essere realmente lesi da una singola condotta, è opportuno che la sanzione colpisca tutte le condotte che, pur di per sé non immediatamente lesive, siano potenzialmente idonee a contribuire, nel lungo termine o in concorso con attività di terzi soggetti, alla compromissione del bene (un esempio tipico di tali ipotesi è costituito dai reati ambientali). In terzo luogo, l'evoluzione tecnologica ha comportato un notevole incremento di attività rischiose, se pure lecite e socialmente utili, determinando, però, al contempo l'esigenza di emanare norme di carattere cautelare idonee a regolamentarle e, per quanto possibile, ad evitare che il rischio si trasformi in danno (possiamo richiamare vari reati contravvenzionali in materia di circolazione stradale o attività industriale). Cfr. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1986, pp. 689 e 690.

⁶⁶ Le diverse caratteristiche dei beni ci danno ragione della diversità delle tecniche di tutela adoperate, e delle modalità di costruzione delle fattispecie incriminatrici. Cfr. A. Merli, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 297.

⁶⁷ Ad esempio, i beni ambientali, la cui offesa richiede il cumularsi di una pluralità di condotte, impongono lo schema del reato cumulativo che, colpendo condotte solo sintomatiche della realizzazione di un vero e proprio pericolo per il bene, essendo impossibile accertare se nel caso concreto il bene giuridico ha corso un effettivo pericolo, offre la possibilità di costruire una barriera più avanzata, che anticipa la tutela a una fase antecedente alla verifica di un pericolo concreto. Così A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 296.

⁶⁸ Cfr. G. FIANDACA-U. TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano, 1984, pp. 25 e ss.

allora dovremmo rinunciare allo strumento penale e utilizzare nuove tecniche di tutela anche non penali, amministrative ad esempio, che non ledono i principi garantisti in materia, onde scansare il rischio di una «*perdita di legittimazione del diritto penale*»⁶⁹.

Come ci insegna parte della dottrina⁷⁰, alcune *tecniche di tutela* sono di natura penale, altre di natura civile o amministrativa. Sono sicuramente penali le tipologie d'incriminazioni di offese di pericolo concreto, o astratto-concreto, diremmo oggi, rispetto a beni strumentali, ma necessari, aggredibili in situazioni anticipate. Non sono penalistiche le incriminazioni di offese di pericolo così arretrato da confondersi con la neutralizzazione della pericolosità dell'autore, con la mera inosservanza di una regola di organizzazione, con la violazione di regole precauzionali prive di riconoscimento scientifico sicuro e verificabile⁷¹. Di qui l'esigenza, se non si vuole delegare all'interprete l'arbitrio della scelta, o impedirgli ogni scelta, mediante regole formali, di ricostruzione in via ermeneutica del pericolo per rendere praticabili le incriminazioni, di prevedere opportunamente situazioni più concretizzate, beni giuridici intermedi ai quali ancorare la verifica della pericolosità tipica⁷², prima, e dell'elemento soggettivo tipico, poi.

⁶⁹ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 23 e ss.; nonché G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, pp. 9 e ss.

⁷⁰ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 13.

⁷¹ Cfr. ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 12, secondo cui: «Ma non è che il pericolo concreto sia una panacea: se lo si collega a beni-situazioni di interesse collettivo, universali o ideali *etc.*, o a eventi-beni giuridici immensi, di grande magnitudo, il paradigma dell'offensività rischia di diventare ideologia, in quanto tutta la sua gestione si sposta sull'interprete, cioè sulla giurisprudenza, costretta a concretizzare offese indeterminate – data la grandezza dell'evento – e a ricostruire in via ermeneutica offese di pericolo più arretrato, più astratto, per rendere praticabili le incriminazioni». Ampiamente, su questo rischio e alcune soluzioni rispetto ad esso, cfr. anche M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica, Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, p. 85, e anche in AA.VV., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, in *Atti del Convegno di Modena*, 3-5 novembre 2011, a cura di L. FOFFANI, A. DOVAL PAIS, D. CASTRONUOVO, Milano, 2014.

⁷² La posizione prevalente in dottrina, oggi, risulta nel senso della possibile valorizzazione di beni intermedi, strumentali, dotati però di adeguata concretizzazione. Cfr. per es. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit. pp. 199 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 39 e ss.; G. MARINUCCI -E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 541 e ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, pp. 135 e ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, pp. 218 e ss.; G. COCCO, *Il fatto tipico*, in *Il reato*, a cura di G. COCCO, Padova, 2012, pp. 69 e ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, pp. 119 ss.; C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2013, pp. 52 e ss.; A. ALESSANDRI, *Parte generale* in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, pp. 27 e ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 140 e ss. Si veda anche per un quadro ricostruttivo e critico, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 86 e ss. Tale posizione trova espressione anche presso quelle teoriche che –in parte solo

Ma ciò non risulta sempre possibile. La pretesa di riconoscere la legittimità dei soli beni materiali, in qualche modo afferrabili nel loro riferimento a cose o persone, si scontra con la realtà delle legislazioni penali vigenti che proteggono beni assolutamente privi di precisi contorni⁷³. La dottrina ha individuato una vasta gamma di reati che non sono riconducibili né alla lesione né alla messa in pericolo di un bene -quanto meno nel senso di una corretta e tangibile aggressione all'oggetto tutelato- ove si corre il rischio di ritenere penalmente rilevante la semplice disobbedienza al precetto normativo, o atteggiamenti interiori e semplici opinioni, ovvero condizioni soggettive sintomatiche di pericolosità. E sono proprio queste tecniche di tipizzazione che, ponendosi in contrasto con il principio di offensività, sono passibili di presunta illegittimità costituzionale e, per le quali, occorrerebbe l'individuazione di nuovi criteri che rendano la fattispecie in sintonia con i principi garantisti in materia penale.

Il riferimento è ai c.d. reati senza bene giuridico ed ai c.d. reati senza offesa.

1.4.1. I reati senza bene giuridico e senza offesa.

Tipica tecnica di strutturazione delle fattispecie incriminatrici, che suscitano perplessità in ordine al principio di offensività, ed a cui il legislatore ricorre in un numero indefinito di casi, sono quelle dei reati senza bene giuridico e senza offesa, della legittimità dei quali si pone il problema.

Sono considerati senza bene giuridico i *reati con bene giuridico vago o diffuso* che sono quelli che hanno ad oggetto beni collettivi, non ben identificabili nella loro reale consistenza, rispetto ai quali non è, pertanto, facilmente identificabile il comportamento lesivo o pericoloso (ad esempio reati contro la fede pubblica, economia pubblica, ambiente, territorio, circolazione stradale ecc.); nonché i *delitti senza vittime*, così chiamati in quanto, essendo essi ritenuti a sfondo esclusivamente etico, non offenderebbero alcun bene (come ad esempio la prostituzione, l'omosessualità, ecc.)⁷⁴.

con diversa etichetta- valorizzano una categoria di reati di *pericolo indiretto* dove il pericolo intermedio riguarda beni distinti o situazioni tutelate strumentalmente in vista di un bene ulteriore (per es. i citati G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 563 e ss., e già F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 179 ss.).

⁷³ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 70.

⁷⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 94: «per evitare in assenza di oggettività giuridica il desiderio ideologico-soggettivo di un'indiscriminata non punibilità di certi fatti, occorre distinguere tra: 1) fatti attinenti alla mera sfera morale, come tali non criminalizzabili né negli autori né nei concorrenti (...); 2) fatti attinenti alla sfera del *giuridicamente tollerato* perché pure dai moderni ordinamenti considerati un disvalore giuridico e criminalizzati non negli autori per ragioni di opportunità,

Per quanto riguarda i c.d. *reati senza offesa* (detti anche reati di scopo), dove viene punito non l'offesa ad un bene giuridico, ma il verificarsi di situazioni che lo Stato non vuole si realizzino (es. gioco d'azzardo), essi pongono il problema del grado legittimo di anticipazione della tutela del bene giuridico compatibile o meno con il principio di offensività⁷⁵. Tralasciando per un attimo i reati di pericolo astratto e presunto⁷⁶, occorre pendere in considerazione tutta una serie di reati a tutela anticipata fondati o sul sospetto di reato o su mere intenzioni offensive, i quali, non essendo reinterpretabili in termini di offesa, ne restano irrimediabilmente privi. Sono tali i c.d. *reati a dolo specifico*, che possono costituire la «*tecnica più semplice di inquinamento del principio di offensività*»⁷⁷, in quanto si tratta di illeciti imperniati su di una condotta che, considerata in se stessa, può addirittura costituire esercizio di un diritto costituzionalmente riconosciuto, ma che assume, invece, rilevanza penale in virtù del fine soggettivamente perseguito⁷⁸. In questi reati, ove la presenza dell'elemento soggettivo rende il fatto da lecito ad illecito (si pensi al reato di associazione per delinquere ove associarsi è un diritto costituzionalmente garantito ma se la finalità perseguita è quella di delinquere diventa un fatto illecito), sono accusati di contrastare con il principio di offensività perché ancorano il disvalore del fatto all'elemento psicologico⁷⁹. Anche i *reati c.d. di sospetto* -costituiti da quei reati attinenti a

ma pur sempre nei concorrenti (...); 3) i fatti collidenti con altrui beni, perché non esauriscano i loro effetti nella sfera soggettiva dell'agente ma invadono la sfera soggettiva altrui, costituendo, così, un problema non più solo morale di libertà, ma anche giuridico».

⁷⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 94.

⁷⁶ La cui disamina verrà affrontata compiutamente nel capitolo secondo di questa parte.

⁷⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 95 e 96. Essi vanno distinti tra: «a) *reati a dolo specifico di offesa*, con funzione di tutela anticipata, perché l'offesa è prevista come risultato non oggettivo, ma meramente *intenzionale*, rendendosi così punibile una condotta di per sé inoffensiva (es.: artt. 503, 504, 505, 507 c.p. nonché le ipotesi di accordo o di associazione, punite, in deroga all'art. 115 c.p. subordinatamente ad un certo dolo specifico). Trattasi, qui, di deroghe al principio di offensività con funzione preventiva; b) *reati a dolo specifico di ulteriore offesa*, con funzione imitativa della punibilità, perché accanto all'offesa obiettiva è richiesta una ulteriore offesa meramente intenzionale, che pertanto ha una funzione restrittiva della illiceità penale di un fatto già di per sé offensivo e, quindi, meritevole di pena; c) *reati a dolo specifico differenziale* del trattamento penale di fatti di pari offensività oggettiva o, comunque, tutti meritevoli di pena».

⁷⁸ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 20.

⁷⁹ Per superare queste perplessità si opera una rilettura della fattispecie, pretendendo un'oggettiva idoneità del comportamento a perseguire il risultato dannoso (così, in relazione all'art. 416 c.p., si richiede, quale elemento implicito, l'esistenza di un'organizzazione idonea al perseguimento degli scopi dell'associazione medesima). Secondo F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 114 e ss., nei reati a dolo specifico il problema di offensività si può porre poiché «l'elemento psichico non è semplice movente ma ha una qualche relazione con il bene giuridico inespresso ed è indice rivelatore di esso. In queste ipotesi il termine di riferimento del dolo specifico, cioè l'oggetto dell'intenzione, costituirebbe, se realizzato, l'offesa del bene giuridico tutelato. Poiché, però, per

comportamenti che, pur non essendo in quanto tali né lesivi né pericolosi di alcun interesse, lasciano presumere l'avvenuta commissione non accertata o la futura commissione di reati (ad esempio l'essere colto in possesso non giustificato di chiavi alterate o grimaldelli, art. 707 c.p.)⁸⁰ - e i c.d. *reati ostatici* –ossia quelle incriminazioni arretrate che non colpiscono comportamenti offensivi di un interesse, ma tendono a prevenire il realizzarsi di azioni effettivamente lesive o pericolose, mediante la punizione di atti che sono solo la premessa idonea per la commissione di altri reati⁸¹- rappresentano modelli delittuosi che si pongono in contrasto con il principio di offensività e per i quali, parte della dottrina, propende per una loro riconduzione, più che al campo della pena, a quello delle sanzioni amministrative.

Anche i *delitti di attentato* (c.d. delitti a consumazione anticipata) appartengono ai reati senza offesa, in quanto, tale modello delittuoso colpisce già gli atti preparatori di condotte destinate ad offendere interessi attinenti la personalità dello Stato⁸². In tal modo viene realizzata, evidentemente, un'anticipazione della tutela penale che va oltre quella misura minima di offesa che deve registrarsi in ogni fattispecie criminosa affinché possa considerarsi tipica. Quanto, infine, ai *reati omissivi propri*, la loro asserita incompatibilità con il principio di offensività si fonda sul fatto che essi sono spesso costruiti legislativamente ed interpretati, nella passi, in termini di mera inosservanza dell'obbligo di attivarsi.

In tutti questi modelli delittuosi, così tipizzati dal legislatore, risulta frustrato il principio di offensività, e, in via di principio, secondo parte della dottrina, dovrebbe

l'integrazione della fattispecie non è qui necessaria la realizzazione dello scopo (e, dunque, l'offesa al bene giuridico), si pone il problema se queste fattispecie a dolo specifico sono conciliabili con il postulato principio di offensività. Il necessario legame tra condotta tipica e bene giuridico è sufficientemente garantito dalla mera presenza dell'intenzione che accompagna la condotta stessa?».

⁸⁰ Cfr. F. TAGLIARINI, *Osservazioni in tema di condotta tipica nei cosiddetti reati di sospetto*, in *Arch. Pen.*, 1969, pp. 330 e ss.

⁸¹ Secondo F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 97, i reati c.d. ostatici coprono una sfera di atti anteriori allo stesso tentativo punibile, poiché in se “non diretti in modo non equivoco” alla commissione di reati, potendo sfociare in vari delitti, ma anche in fatti penalmente irrilevanti. A differenza dei reati di sospetto sono puniti di per se stessi e non come supposte intenzioni di commettere reati. E sono le ipotesi più significative del *genus* dei reati di scopo.

⁸² I delitti di attentato si connotano per la circostanza che il fatto tipico è descritto in modo generico, attraverso la direzione della condotta verso un certo risultato che non costituisce l'evento del reato restando estraneo alla struttura obiettiva della fattispecie. La legge considera come delitti consumati fatti caratterizzati da una struttura molto simile se non uguale a quella del delitto tentato realizzando in tal modo un'anticipazione della tutela penale. Cfr. diffusamente M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, cit., pp. 698 e ss.

essere posta l'inesistenza dei reati c.d. senza offesa⁸³. Ciò in quanto -almeno per il nostro modo di vedere le cose-, rilevato che se una condotta è conforme al tipo per ciò stesso lede o mette in pericolo il bene ivi tutelato, la soluzione va ricercata nell'adozione di un corretto uso del concetto di tipicità teleologicamente interpretato in chiave di offensività; nel senso che la condotta, per poter essere sussunta nella fattispecie considerata, dovrà possedere quella idoneità a pregiudicare gli interessi tutelati: altrimenti la condotta, ancorché conforme al tipo, sarà solo "apparentemente" tipica e, conseguentemente, fuori dal penalmente rilevante⁸⁴. Dato che i reati c.d. di sospetto rappresentano forme di anticipazione della tutela penale dei beni giuridici ad uno stadio addirittura anteriore alla messa in pericolo, giacché incriminano comportamenti che solo "indirettamente" espongono a pericolo l'integrità del bene, essi, in realtà, finiscono con il sanzionare una condotta che crea non tanto un pericolo per la lesione del bene, ma soltanto un pericolo di una situazione pericolosa per il bene stesso. Pertanto, un loro recupero al principio di offensività può essere operato solo attraverso un'interpretazione in termini di offesa con conseguente esclusione del reato allorché il bene non venga pregiudicato. Dovrebbe, dunque, essere utilizzata una tecnica adeguatrice ai principi costituzionali⁸⁵, introducendo, nelle fattispecie costruite

⁸³ Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 35 ss., ove viene posta la premessa che «...ogni norma penale è preordinata alla tutela di uno o più interessi».

⁸⁴ Emblematici, in tal senso, i noti esempi, indicati nella manualistica italiana, del furto dell'acino d'uva o del chiodo arrugginito. Qui l'esiguità del disvalore ascrivibile alla condotta consente di affermare che il bene giuridico tutelato (patrimonio) non ha subito, in concreto, alcun nocumento, sicché la condotta medesima sarà penalmente irrilevante in quanto apparentemente conforme al tipo. Ove, poi, la redazione della fattispecie presenti rigidità tali da attribuire rilevanza penale anche a condotte concretamente inoffensive del bene giuridico tutelato, il giudice potrà sollevare questione di legittimità costituzionale rilevando che il reato da applicare nel caso concreto si pone in contrasto con il principio di offensività che parte della dottrina reputa ormai costituzionalizzato. Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 155.

⁸⁵ Esattamente come si fa con le ipotesi di responsabilità oggettiva le cui fattispecie vengono interpretate in chiave adeguatrice ai precetti costituzionali, ossia all'art. 27, comma 1 e 3, Cost. È noto che parte rilevante della letteratura penalistica, in attesa di un'auspicata riforma legislativa, ritiene che il giudice debba interpretare in conformità a Costituzione tutte le norme che prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva (ad es. delitti aggravati dall'evento, omicidio preterintenzionale, ecc.), a causa del loro contrasto col principio costituzionale della responsabilità penale personale. La soluzione proposta, dunque, è quella di adeguare dette norme considerandole come se già contenessero l'elemento della colpa, pur se nelle stesse formalmente non esiste alcun richiamo a detto elemento soggettivo. Sul tema si veda G. INSOLERA, *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981, fasc. 3, pp. 754 e ss.; A. REGINA, *L'omicidio preterintenzionale (Una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 530; C. F. GROSSO, voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991, pp. 1 e ss.; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 177; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, pp. 428 e ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 335; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2004, pp. 203 e ss.

“senza offesa”, degli elementi in grado di condurre la norma verso un’applicazione conforme al canone dell’offensività⁸⁶, entro i limiti, tuttavia, del dettato letterale per non violare il principio di legalità⁸⁷ e rifuggendo da manipolazioni della fattispecie⁸⁸.

Facile a dirsi, ma quasi impraticabile a farsi: a nostro avviso –per la tesi che qui sosteniamo- dovrebbe spettare, a monte, al legislatore, attraverso una recupero del principio di sussidiarietà e dell’idea di *extrema ratio* del diritto penale, utilizzare, nel momento in cui legifera, tecniche di tipizzazione della fattispecie conformi al principio di offensività, ed operare, tra le esistenti e non poche previsioni normative di reati a criminalizzazione anticipata, una selezione, magari depenalizzando quelle fattispecie di reato che restano irrimediabilmente e concretamente senza offesa del bene giuridico, anche *c.d. finale*⁸⁹.

1.4.2. I c.d. limiti-soglia come ulteriore tecnica di tipizzazione della fattispecie.

Altra tecnica di tipizzazione della fattispecie, che, sovente, viene utilizzata dal legislatore, è quella dei c.d. limiti-soglia (o c.d. soglie di punibilità), definite, da parte della dottrina, come «*esplicitazioni espresse in forma quantitativa ed in campi specifici*

⁸⁶ Si pensi al caso paradigmatico dei reati di attentato interpretati, sia in dottrina che in giurisprudenza, in maniera tale che la formula “fatto diretto a” deve intendersi come “fatto idoneo diretto a”, e l’espressione “chiunque attenta a” come equivalente a “chiunque compie atti idonei diretti a”, così riportando questa categoria di reati nell’alveo dell’idoneità-offensività usando come parametro di riferimento la struttura del tentativo. In tema, in particolare sul principio di offensività, cfr. M. CATERINI, *Il reato impossibile*, Napoli, 2004, *passim*.

⁸⁷ Cfr. M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Torino, 2006, pp. 214 e ss., ritiene che in assenza di una espressa indicazione legislativa (nel caso di specie, della colpa), all’interprete non sia consentita un’ermeneutica conforme a Costituzione. In casi di questo genere l’unica soluzione sarebbe quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Sul tema, più in generale, si veda T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, pp. 94 e ss., secondo cui le operazioni di c.d. ortopedia interpretativa trovano un limite nella compatibilità col testo normativo.

⁸⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 84.

⁸⁹ Si segnala, sul punto, come parte della dottrina (cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 69 e ss.), sottolineando che è fuori dubbio l’esistenza di reati c.d. senza offesa, che tutelano funzioni in quanto la norma assume come sua specifica finalità la salvaguardia del modo legalmente definito per la risoluzione di un conflitto punendo chi non vi si adegua, non ne contesta una illegittimità costituzionale poiché dietro la tutela del modo prescelto per risolvere un conflitto, c’è in realtà sempre la tutela di un interesse, che dal comportamento inosservante viene, sia pure indirettamente, compromesso. Secondo l’Autore, il ricorso a forme di tutela che siano “strumentali” rispetto alla salvaguardia di beni “finali” non deve perciò solo considerarsi carente sotto il profilo dell’offensività, sia pure potenziale, della condotta incriminata. Ciò che non è ammissibile sono deroghe al principio di offensività e la criminalizzazione di condotte del tutto prive anche di questa potenzialità offensiva.

del principio di offensività»⁹⁰. Ossia, in alcune circostanze, il legislatore conferisce rilevanza penale ad un fatto solo col superamento di determinate soglie quantitative, generalmente indicate numericamente: si pensi, ad esempio, oltre al settore del diritto penale tributario ove la punibilità di determinate fattispecie⁹¹ è subordinata al verificarsi di un certo valore di evasione d'imposta indicato dal superamento di specifiche soglie quantitative⁹², alla legislazione a tutela dell'ambiente che è frequentemente caratterizzata dall'inserimento di soglie di tollerabilità della condotta, superate le quali, quest'ultima è considerata inquinante⁹³. Ancora, si ponga mente alle soglie di cui agli artt. 2621, commi 3 e 4, e 2622, commi 7 e 8, c.c. in tema di false comunicazioni sociali prima della riforma intervenuta con la legge n. 69/2015, oppure alla previsione di cui all'art. 316-ter, comma 2, c.p. che sanziona l'indebita percezione di erogazioni pubbliche oltre un importo specificamente indicato⁹⁴.

La scelta legislativa di prevedere questi limiti quantitativi, cioè di subordinare la punizione al superamento degli stessi, è un'opzione correlata all'esigenza di sanzionare

⁹⁰ Cfr. S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento*, in *Studi in onore di Marinucci*, a cura di C. E. PALIERO – E. DOLCINI, Milano, 2006, 2077; C. MANDUCCHI, *Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, pp. 1210 e ss., per la quale attraverso le soglie di punibilità "l'offensività viene determinata (...) in termini quantitativi". Sul punto cfr. anche I. MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità*, cit., p. 31.

⁹¹ Trattasi delle fattispecie previste dal D.lgs. 74 del 2000 "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto": la dichiarazione fraudolenta mediante artifici, la dichiarazione infedele, l'omessa dichiarazione e di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte.

⁹² La medesima tecnica si riscontra anche nella riformulazione dei reati di false comunicazioni sociali ad opera del D.lgs. n. 61 del 2002, nei quali sono state introdotte soglie di punibilità per le ipotesi in cui le falsità e le omissioni alterino in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica patrimoniale o finanziaria della società (...) e comunque quando la variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, superi il 5% o la variazione del patrimonio netto superi l'1%.

⁹³ Ed invero la strutturazione degli illeciti ambientali attraverso indici tabellari "di offensività", già previsto nella Legge Merli, è stato utilizzato costantemente nei più importanti interventi di settore degli ultimi anni e, da ultimo, nel D.lgs. n. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'ambiente) che ha riordinato la legislazione in detta materia. Numerose, infatti, sono le fattispecie ambientali che risultano imperniate sul superamento di una "soglia quantitativa": reati, dunque, nella cui descrizione il legislatore, rinviando ad apposite tabelle e ad atti generali ed astratti di enti locali o della Pubblica Amministrazione, fissa in rigidi parametri numerici un limite quantitativo oltre il quale il fatto è ritenuto (*rectius*: presunto) pericoloso per il bene giuridico.

⁹⁴ L'art. 316-ter, rubricato "Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato", dispone che: «Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'articolo 640-bis, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a euro 3.999,96 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164 a euro 25.822. Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito».

fatti realmente offensivi, che evidentemente si ritiene non possano esserlo se quella condotta non produce un determinato rilevante effetto negativo per il bene protetto, appunto, superando un dato limite quantitativo.

Non essendo, questa, la sede per analizzare il dibattito sulla natura giuridica delle soglie di punibilità⁹⁵, basti evidenziare come in tutti questi casi sembrerebbe che a queste ultime spetti proprio il compito di precisare il significato offensivo del fatto nei termini che legittimano l'intervento penale; di misurare, cioè, per note normative, l'entità dell'offesa penalmente rilevante, posto che con esse viene stabilito, *ex ante* ed in astratto, ciò che è punibile in quanto offensivo dell'interesse tutelato e ciò che invece non lo è. In altri termini, la loro funzione sembrerebbe essere proprio quella di limitare l'intervento penale ai soli fatti caratterizzati da una "significativa" offensività per gli interessi protetti dalle norme incriminatrici che le prevedono.

Del resto, il collegamento tra le soglie di punibilità e il piano dell'offesa era stato già messo in evidenza da quelle pronunce della Corte Costituzionale⁹⁶ che hanno ravvisato proprio nelle soglie e nella loro capacità di identificare un reale contenuto di offesa, il "limite di resistenza" della norma incriminatrice di fronte ad eccezioni di illegittimità costituzionale fondate su pretese carenze di offensività⁹⁷. Ciò non toglie che, in ossequio al principio costituzionale di offensività, possa essere il giudice ad escludere la sussistenza di un reato proprio in virtù del carattere sostanzialmente inoffensivo della condotta che, pur apparentemente tipica, non produce, però, effetti

⁹⁵ Sulla natura giuridica delle soglie di punibilità, dottrina e giurisprudenza mostrano di assumere posizioni diverse, in alcuni casi accogliendo l'idea che si tratti di condizioni di punibilità o comunque di dati estranei ai disvalori del fatto (così, in tema di false comunicazioni sociali, per tutti G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, pp. 69 e ss.), in altri considerandole elementi decisivi nella definizione dell'offesa tipica ossia elementi costitutivi del reato (così, con riferimento alle soglie di punibilità nei reati tributari, M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di C. E. PALIERO – E. DOLCINI, Milano, 2006, p. 1721.

⁹⁶ Cfr. Corte Cost., sentenza del 26 marzo 1986 n. 62, in *Cass. pen.*, 1986, 1053 e ss., nonché l'ordinanza n. 437 del 25 luglio 1989, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 725, con nota di G. INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1, VI comma l. n. 516 del 1982*.

⁹⁷ Più precisamente, in assenza di una preventiva determinazione delle soglie da parte della legge, la medesima Corte Costituzionale ha ritenuto che, in alcuni casi, sarebbe l'art. 49, comma 2 c.p., ad imporre al giudice di individuare una soglia di punibilità, così garantendo alla singola figura di legge significati e capacità applicative concrete, nel senso di applicarsi ai soli fatti che risultino realmente offensivi.

realmente offensivi rispetto al bene giuridico tutelato proprio perché non supera un dato limite⁹⁸.

Certo è che, se da un lato, come sostenuto da parte della dottrina, attraverso la previsione di soglie di punibilità l'ordinamento sembrerebbe evolversi verso la costruzione di fattispecie incriminatrici che consentano di superare quelle incertezze che l'accertamento giudiziale dell'offensività, sviluppato secondo l'art. 49, comma 2, c.p., porta con sé, specie nell'assenza di chiare e univoche indicazioni da parte del legislatore nella definizione dell'offesa tipica⁹⁹, a nostro avviso, non sembra essere questa la tecnica di tipizzazione della fattispecie valevole per superare i rischi di un uso distorto ed arbitrario di forme di tutela anticipata che si pongono al limite di con il principio di offensività. La domanda che ci poniamo è come il superamento di certe soglie quantitative, al pari, ad esempio, della mancanza di un'autorizzazione amministrativa, possa fungere da indice di offensività della condotta ed individuare la soglia legittima dell'attività punibile. A noi sembra che l'utilizzo di questa tecnica di strutturazione della fattispecie risulti fallace poiché ancora la punibilità del soggetto a dati pre-giuridici e predefiniti in modo, a volte, approssimativo da parte del legislatore. Non può essere l'indicazione di un limite sintomo di offensività del fatto.

1.5. Il principio di proporzione e la soglia legittima delle attività punibili.

Ma qual è, dunque, la soglia legittima delle attività punibili? Dare risposta a tale interrogativo non è di facile soluzione. Infatti, uno dei problemi centrali della presente ricerca è quello dell'individuazione del grado ammissibile di anticipazione della tutela

⁹⁸ Al riguardo, il giudice delle leggi, pronunciandosi sul reato di cui all'art. 2, comma 1-bis, D.L. n. 463/1983, che sanziona la condotta del datore di lavoro che ometta di versare le ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dovute ai lavoratori dipendenti (rigettando la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) per assunta irragionevole disparità di trattamento rispetto al delitto di cui all'art. 10-bis D.Lgs. n. 74/2000, col quale si incrimina la condotta di chiunque non versi entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto d'imposta le relative ritenute a fini tributari, prevedendo espressamente la non punibilità degli omessi versamenti che non eccedano i cinquantamila euro per periodo d'imposta, sul rilievo che il merito della scelta sanzionatoria operata dal legislatore non possa dirsi viziata da arbitrarietà né da manifesta irragionevolezza perché “*gli obblighi tributari e gli obblighi previdenziali di cui si tratta, pur rientrando nell'ampia categoria delle obbligazioni pubbliche, sono correlativi a diversi interessi, rispettivamente presi in considerazione dai due diversi precetti costituzionali di cui agli articoli 53 e 28 della Costituzione*”), ha affermato che il giudice ordinario neppure dovrebbe porsi il problema dell'omessa previsione di una soglia legale di punibilità ogniqualevolta, all'esito di una valutazione dei fatti, ritenga che la condotta contestata risulti “*in concreto palesemente priva di qualsiasi idoneità lesiva dei beni giuridici tutelati*”. Cfr. Corte Cost. sent. 19 maggio 2014, n. 139

⁹⁹ Così I. MERENDA, *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità*, cit., 33.

penale, tale da giustificare il ricorso alla pena detentiva. Certo la Costituzione, che funge da guida nella fase della creazione e, poi, in quella successiva di interpretazione, di ogni fattispecie criminosa, seppur designa degli indirizzi, non indica, tuttavia, dei criteri certi ed univoci di delimitazione della misura della tutela. Non di rado, per determinare la soglia legittima delle attività punibili, è stato utilizzato il criterio dell' "inizio dell'esecuzione" in relazione agli atti idonei e diretti in modo non equivoco, con riferimento al delitto tentato, di cui all'art. 56 c.p., che rappresenta una delle tante forme di tutela anticipata che l'ordinamento appresta ad un bene giuridico¹⁰⁰. Fatto sta, che in questo caso, non trovandoci di fronte ad un delitto consumato, cosa che invece accade nei reati a consumazione anticipata, o nei reati di pericolo, lo stesso criterio non è valevole per poter suggerire al legislatore un metro di giudizio nel momento in cui formula la fattispecie incriminatrice arretrandone la tutela penale ad un momento prodromico rispetto all'effettiva lesione del bene tutelato dalla norma.

Individuare la soglia legittima dell'attività punibile è basilare per identificare dei limiti alle forme di anticipazione della tutela penale smisurate che vanno ben oltre il pericolo –concreto- del bene che «*segna il limite estremo del diritto penale dell'offesa*», oltre il quale si aprono gli infidi terreni del dritto penale soggettivistico¹⁰¹. Oltre alla lesione ed alla esposizione al pericolo, nessuna altra forma di offesa è ammissibile¹⁰².

Un valido indicatore potrebbe essere rappresentato dal *principio di proporzione*. Esso, secondo autorevole dottrina¹⁰³, si specifica, fra l'altro, nella proposizione secondo cui «*una reazione per essere legittima deve essere proporzionata all'azione offensiva*»¹⁰⁴, di guisa che anche il grado di anticipazione della tutela costituzionalmente ammissibile e politicamente opportuno deve fare i conti con tale principio che intrinsecamente rappresenta un limite per l'individuazione della soglia legittima delle attività punibili¹⁰⁵. Deve, infatti, sussistere proporzione tra gravità dell'offesa al bene

¹⁰⁰ Cfr. sul Delitto Tentato, L. SCARANO, *Il tentativo*, Milano, 1952, pp. 104 ss.; O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1950; B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966; M. SINISCALCO, voce *Tentativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; E. LO MONTE, *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino 2013, passim; G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, pp.459 e ss..

¹⁰¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, cit., p. 98.

¹⁰² Cfr. F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 138.

¹⁰³ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 205.

¹⁰⁴ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 164.

¹⁰⁵ È ormai acquisizione generalmente condivisa quella secondo cui la scelta da parte del legislatore di una certa qualità e quantità della pena dovrebbe dipendere dalla gravità del reato, che a sua volta

giuridico tutelato e pena, atteso che il principio suddetto impone che il bene giuridico offeso dal reato sia di valore pari o proporzionato a quello colpito dalla sanzione¹⁰⁶. Laddove l'offesa non raggiunga un certo "grado di gravità", essa non è più proporzionata alla sanzione penale e, di conseguenza, non la merita¹⁰⁷. Pertanto, il fatto, non potrà rientrare nel novero degli illeciti penali, e, per esso, si dovrà ricorrere ad una tutela diversa da quella penale, in quanto, per carenza del carattere offensivo, il fatto sarà da considerarsi atipico.

Innegabile è che tale modo di ragionare risulta utile per rinvenire un primo criterio di delimitazione della soglia legittima delle attività punibili¹⁰⁸: infatti, la gravità dell'offesa necessaria per assumere rilevanza penale è inversamente proporzionale anche al valore del bene costituzionale oggetto dell'offesa; ossia «*tanto più cresce l'importanza del bene costituzionale tutelato, tanto più si abbassa la misura minima di gravità dell'offesa*»¹⁰⁹. Il principio di proporzione esplica i suoi effetti in relazione al grado di anticipazione della tutela penale nel senso che, tanto più importante, secondo la Costituzione, è il bene offendibile dal reato, tanto più è legittimamente anticipabile la sua tutela, e viceversa¹¹⁰. Ed, inoltre, più l'anticipazione della tutela cresce, più tende a diminuire la pericolosità della condotta tipica, cioè la sua probabilità di cagionare la lesione del bene giuridico¹¹¹.

dovrebbe essere desunta in astratto sia dall'offesa oggettiva, dalla dannosità sociale, sia assumendo come parametro la colpevolezza o, meglio, il titolo di imputazione soggettiva. Al principio di proporzione, inoltre, con le sue implicazioni di carattere generale secondo cui una reazione è legittima solo se commisurata all'azione offensiva, è riconosciuto il ruolo di fondamento di qualsiasi teoria razionale della funzione della pena e anche dei principi di sussidiarietà, di offensività e della teoria del bene giuridico. Così M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AA.VV. *Persona, pena e processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di M. AMISANO e M. CATERINI, Napoli, 2012, p. 56.

¹⁰⁶ La prospettiva costituzionale indicherebbe che è tutelabile con la minaccia della pena solo quel valore costituzionale *anteponibile* al bene cardine della libertà personale del cittadino. Cfr. A. GAMBERINI – G. INSOLERA, *Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione*, in *Quest. Crim.*, 1981, p. 284.

¹⁰⁷ Si veda ancora una volta, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 209.

¹⁰⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. STILE, Napoli, 1985.

¹⁰⁹ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 206.

¹¹⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del Diritto Penale*, cit.

¹¹¹ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 181. Secondo l'Autore «nel pericolo indiretto (che altro non è, in sintesi, che un pericolo A di pericolo B di lesione C) è facile misurare quantitativamente questa diminuzione di probabilità rispetto al corrispondente pericolo diretto (= pericolo di lesione). Supposto che A possieda un decimo di probabilità di cagionare B, e B possieda un decimo di probabilità di cagionare C è matematicamente evidente che la probabilità per A di cagionare C è di un decimo moltiplicato un decimo, cioè di un centesimo. In questo esempio la probabilità dell'evento lesivo è di un decimo se il pericolo è diretto, di un centesimo se il pericolo è indiretto».

Da quanto fin qui esposto, risulta chiaro che il principio di proporzione ha un suo ruolo in tema di anticipazione della tutela penale; esso oggi funge da parametro per saggiare la razionalità del sistema delle fattispecie convenzionalmente elaborato dal legislatore penale¹¹², atteso che esso deve presiedere già al momento della redazione della fattispecie astratta¹¹³, parametrando la reazione penale, in modo “proporzionato”, sia al disvalore d’evento, sia a quello d’azione¹¹⁴, sia al principio di offensività.

Alla luce delle suddette considerazioni, il principio di proporzione deve reputarsi un criterio immanente al nostro sistema penale, che deve ispirare il legislatore, ma anche presiedere all’attività dell’interprete¹¹⁵, nell’individuazione della soglia legittima delle attività punibili.

¹¹² Infatti, secondo A. CERRI, *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 981, la ‘ragionevolezza’ ha un carattere relazionale e non impone il contenuto a cui le leggi si devono uniformare, ma richiede solo che le stesse siano coerenti e armonizzate.

¹¹³ Cfr. V. MANES, *Attualità e prospettive del controllo di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, cit., p. 52, nota n. 67. Sul principio di proporzionalità nelle norme comunitarie si veda pure E. MEZZETTI, *L’internazionalizzazione della legge penale*, in AA.VV., *La legge penale*, opera diretta da M. RONCO, Bologna, 2006, pp. 145 ss.

¹¹⁴ La Corte costituzionale italiana, sollecitata in vario modo dalla dottrina più sensibile (si veda per tutti, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim.*), è ormai arrivata al risultato, almeno come enunciazione ideale, secondo cui i principi di uguaglianza e di rieducazione impongono che la reazione penale debba essere parametrata in modo proporzionato sia al disvalore d’evento, sia a quello d’azione. Anche la Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) ha compiuto un’elaborazione del principio di proporzione, attraverso il quale controlla le scelte di penalizzazione, secondo uno schema in qualche modo assimilabile a quello che la Consulta italiana utilizza mediante il connubio ragionevolezza/offensività; ciò dimostra ulteriormente che il principio di proporzione si pone in intima connessione teorica e logica anche col canone dell’offensività. Per i punti di convergenza, in materia, della giurisprudenza costituzionale tedesca con quella italiana, si può richiamare *Bundesverfassungsgericht*, 9 marzo 1994, in *BVerfGE*, 90, 145, in tema di uso di sostanze stupefacenti.

¹¹⁵ Per l’elaborazione teorica tedesca sul principio di proporzione, si vedano I. APPEL, *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998, pp. 171 e ss.; G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998, pp. 101 e ss.; O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996, pp. 138 e ss. Per la letteratura in lingua spagnola si vedano T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en materia penal*, Madrid, 1999, *passim*; N. J. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, 2007, *passim*.

Capitolo secondo

La legittimità del ricorso a forme di tutela anticipata: i reati di pericolo

SOMMARIO: 2.1. Premessa: la legittimità del ricorso a forme di tutela anticipata. 2.2. Reati di pericolo vs reati di danno; 2.2.1. *Il pericolo come relazione di possibilità o probabilità. La misura della probabilità*; 2.3. L'anticipazione della tutela penale nei reati di pericolo; 2.4. I reati di pericolo concreto; 2.5. I reati di pericolo astratto; 2.5.1. *Il problema della necessaria offensività della condotta*; 2.5.2. *Le ragioni politico-criminali che giustificano l'adozione dei reati di pericolo astratto*; 2.6. I reati di pericolo astratto-concreto; 2.7. I reati di pericolo presunto: cenni; 2.8. I reati di pericolo diretto e indiretto.

2.1. Premessa: la legittimità del ricorso a forme di tutela anticipata.

Come illustrato nel capitolo precedente, sovente il legislatore, per la tutela di determinati beni giuridici, ricorre a forme di tutela anticipata laddove reputa necessario apprestare una difesa a dati interessi in una fase prodromica rispetto ad una loro effettiva lesione, onde scongiurare il rischio del definitivo depauperamento o perdita del bene. Si è, inoltre, visto come tale modo di operare, nonostante appartenga anche al diritto penale classico, che ha sempre conosciuto forme di reato a tutela anticipata, è stato portato alle estreme conseguenze soprattutto negli ultimi anni, a seguito della nascita di nuovi beni di cui la società contemporanea ne reclama una tutela efficace.

Il problema si pone soprattutto per quei beni giuridici, c.d. collettivi o superindividuali, che risultano sforniti di certezza nei contorni e nei contenuti, che a volte rappresentano quasi “entità astratte” apparentemente inafferrabili¹, tanto da palesare quasi il rischio di una smaterializzazione e spiritualizzazione del concetto stesso di bene giuridico².

Da qui la presa di posizione di parte della dottrina circa una possibile convertibilità di siffatti beni, in diritti ed interessi individuali³, in modo da superare le difficoltà che la protezione dei beni c.d. “a largo spettro” (come nel settore dell'economia, ad esempio)

¹ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, p. 285.

² Per tali concetti si veda retro § 2.7., capitolo secondo, Parte I. Ampiamente S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, pp. 218 e ss.

³ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 288: «Così, ad esempio, in tema di tutela del pudore, il bene protetto della tradizionale moralità pubblica si concretizza nel diritto individuale di prevenire l'involontario impatto con materiali a contenuto erotico. Infatti, tutti concordano che i crimini sessuali offendono il diritto del singolo alla libera autodeterminazione, e non l'interesse collettivo alla moralità e al buon costume».

possa mascherare spesso un vuoto di tutela⁴. Si è, inoltre, sottolineato, come le fattispecie che prevedono un'anticipazione della tutela, se eccessiva, pongono non pochi problemi in relazione al canone dell'offensività che richiede, affinché un fatto possa considerarsi tipico, la necessaria carica lesiva della condotta, anche nella forma della messa in pericolo del bene, purché un concreto pericolo ci sia!

Con riguardo alle norme finalizzate ad operare un'anticipazione della soglia di punibilità ad uno stadio anteriore alla messa in pericolo del bene⁵, non inquieta l'anticipazione in sé della tutela, laddove ammissibile e adeguata, se corrispondente ai canoni garantistici in materia penale, come l'offensività; la questione dibattuta è di stabilire la natura dei beni che la giustificano, nonché il *grado*, le *condizioni* e le *tecniche* di anticipazione giuridicamente ammissibili e politicamente opportune⁶. Superata una certa soglia, incriminando atti lontanamente preparatori che comportano una scarsa probabilità di lesione del bene (il pericolo del pericolo di un pericolo di lesione, come nella ipotesi, ad esempio, di cui all'art. 461 c.p.), ovvero, la semplice ideazione o il mero progetto, essa può diventare intollerabile e preoccupante⁷.

Ma, d'altro canto, l'anticipazione della tutela non deve essere neanche oltremodo mitizzata: è innegabile che oggi rappresenta uno strumento di prevenzione dei "grandi rischi" che minacciano il presente ma anche il futuro, ed al quale non è sensato rinunciare in nome di un garantismo esasperato e fuori dalla storia⁸; ciò su cui dovrebbe lottare la dottrina, e con essa anche la giurisprudenza, è contro forme *esasperate* di criminalizzazione anticipata, nei cui confronti bisogna tenersi lontani per evitare eccessi e distorsioni⁹. Pertanto, solo a ben precise condizioni ed alla luce di solide tecniche di tipizzazione della fattispecie, che riescano ad equilibrare garanzie ed efficienza del

⁴ Cfr. P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani e fondamentali*, Padova, 1993, p. 10. Poiché le norme penali debbono tutelare beni giuridici afferrabili, i beni ideali (personalità dello Stato, pubblica incolumità, ecc.), data la loro inafferrabilità, si porrebbero non tanto in termini di oggettività giuridica, quanto piuttosto come *ratio* della norma incriminatrice.

⁵ Secondo Merli è questa la tecnica di tutela adoperata dal codice Rocco in tema, ad esempio, di delitti politici. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 285.

⁶ Cfr. P. PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1148; G. RICCARDI, *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de jure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2001, pp. 1131 e ss.

⁷ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 299.

⁸ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 295.

⁹ Per una presa di posizione sul punto, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1998, pp. 479 e ss.

sistema penale, dovrebbe essere considerata possibile e legittima una tutela in via così anticipata¹⁰.

Riguardo alla domanda di tutela di beni emergenti, che, come si è visto nel capitolo precedente, sollevano una serie di problemi, -principalmente quello legato alla legittimità delle tecniche di tutela ad essi riferibili¹¹-, nelle linee di tendenza della dottrina si possono oggi individuare due orientamenti di fondo. Da una parte chi si sforza di recuperare l'intero sistema penale al principio di offensività¹², nella prospettiva di una modernizzazione del diritto penale che bilanci insopprimibili esigenze di tutela con le imprescindibili garanzie individuali¹³. Dall'altra, chi, invece, ritiene che alcuni settori del diritto penale –in particolare il diritto penale dell'economia e dell'ambiente- siano destinati a tutelare non più beni giuridici materiali o comunque afferrabili, quanto piuttosto *funzioni*, in una prospettiva che tende, di fatto, a recuperare il significato del bene quale scopo della norma penale¹⁴. Ed è proprio rispetto a questi settori che, una parte della dottrina, propone di costruire un diritto penale basato sulle pene pecuniarie e privative di diritti, limitando il diritto penale della pena detentiva ai settori tradizionali¹⁵. Su questa scia, secondo altra parte della dottrina¹⁶, occorrerebbe elaborare una nuova e più moderna formulazione della categoria dell'offensività, riducendone la rigidità. Quanto meno per la difesa dei beni primari, e adeguandola sia alla struttura dei nuovi interessi penalmente tutelabili che alle nuove tecniche di tutela, la cui valutazione non deve perdere di vista l'ancoraggio al principio di necessaria lesività¹⁷. Quindi, non è illegittimo il ricorso a forme di tutela anticipata; è illegittimo il ricorso a tecniche di tipizzazione della fattispecie totalmente avulse dal canone dell'offensività.

¹⁰ Cfr. G. MARINUCCI- E. DOLICINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 243.

¹¹ In particolare, l'ammissibilità delle fattispecie di pericolo astratto o presunto e di pericolo indiretto.

¹² Così, ad esempio, C. FIORE, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Milano, 1994, pp. 275 e ss.

¹³ In tale prospettiva si riconosce, ad esempio, alle norme di natura organizzatoria, poste a tutela di beni giuridici c.d. finali, una protezione di beni giuridici in senso stretto, assumendosi, del resto, che una funzione può senz'altro costituire un autentico ed autonomo oggetto di tutela. Così A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 68.

¹⁴ Cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 47; W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 104.

¹⁵ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 69: «Si avrebbe, così, al posto di una teoria del reato unitaria, retta da identiche esigenze dogmatiche, una configurazione dualistica del sistema del diritto penale, dotato di un duplice livello di regole di imputazione e di principi di garanzia».

¹⁶ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 297.

¹⁷ Cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico criminali*, in G. MARINUCCI- E. DOLICINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 204 e ss.

Forme classiche di reati che anticipano la tutela del bene giuridico, sono i reati di pericolo, a cui saranno dedicate le pagine seguenti, per saggiarne da vicino le problematiche connesse.

2.2. Reati di pericolo vs reati di danno.

Sotto il profilo della tipologia di offesa tipizzata dal legislatore, si è soliti distinguere a seconda che l'evento giuridico del reato consista in un nocumento effettivo all'interesse protetto dalla norma incriminatrice (c.d. reati di "danno") ovvero in una sua esposizione a pericolo, intendendosi per "pericolo" una situazione caratterizzata da "*un'apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto*" (c.d. reati di "pericolo")¹⁸. Quindi, la distinzione tra reati di danno e di pericolo si basa principalmente –ed a nostro avviso esclusivamente- sulla diversa modalità di offesa nei confronti del bene giuridico: nel primo caso essa consiste nella lesione del bene medesimo che deve essere compromesso, in tutto o in parte, nella sua integrità. Secondo parte della dottrina, tale nocumento effettivo può consistere in una *distruzione* (per es.: della vita nell'omicidio), nella *diminuzione* (per es.: dell'integrità fisica nella lesione personale), o nella *perdita* del bene (per es.: del potere sulla cosa nel furto)¹⁹. Diversamente, nei reati di pericolo, che consistono in una messa in pericolo, ossia in un nocumento potenziale, il bene viene soltanto minacciato (per es.: l'incolumità pubblica nell'incendio)²⁰. Elemento rilevante ai fini della distinzione suddetta, è sicuramente il momento a cui viene fatta risalire la tutela del bene giuridico che, nei reati di pericolo, è anticipata in quanto la repressione del comportamento avviene in un fase antecedente rispetto ai reati di danno²¹.

¹⁸ Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 2. Sul problema della qualificazione del pericolo vedi ampiamente F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, pp. 9 e ss.,

¹⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2007, p. 90.

²⁰ Da evidenziare che l'attribuzione di un reato all'una o all'altra categoria di frequente dipende dall'individuazione del bene giuridico protetto: dato che un determinato comportamento può comportare l'immediata lesione di un bene, o esporre soltanto a pericolo un bene differente.

²¹ Quest'ultima tipologia d'illecito è, pertanto, caratterizzata da un'anticipazione della tutela penale poiché si perfeziona prima ed a prescindere dalla verifica di un danno, posto che il legislatore reprime fatti che minacciano l'esistenza o il godimento di un determinato bene giuridico. Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 206. Sul punto va precisato che la distinzione tra reati di danno e reati di pericolo muove dal presupposto che l'interesse, la cui violazione fornisce il contenuto del reato, è l'interesse c.d. di categoria. Allorché, però, si riconosca che ogni singola norma incriminatrice tuteli uno o più interessi specifici e, correlativamente, ogni reato rappresenta l'offesa di uno (o più) di tali interessi, allora si deve concludere che ogni offesa penalmente

La scelta tra le due forme di tutela non è arbitraria ma risponde a precise esigenze, oltre che di politica criminale, anche di politica legislativa ed è strettamente correlata - come si è avuto modo di sottolineare nelle pagine precedenti- alla natura del bene che ne costituisce l'oggetto: si è acutamente osservato che suscettibili di essere materialmente distrutti o menomanti sono soprattutto i beni dotati di un substrato materiale (come la vita, l'integrità fisica, il patrimonio); la possibilità di accertare un effettivo nocumento decresce, invece, a misura che il bene protetto perde di spessore materiale e si sublima in entità di tipo ideale (come l'onore, il pudore)²². Più precisamente, la tutela anticipata si giustifica soprattutto in presenza di beni cui il legislatore attribuisce essenziale rilievo, di modo che anche la semplice esposizione al pericolo costituisce un disvalore di tale entità da giustificare la repressione penale (un tal tipo di bene è la pubblica incolumità, tutelata anticipatamente mediante i delitti di strage e di incendio)²³. In secondo luogo, in presenza di beni superindividuali o collettivi, le cui dimensioni sono tali che solo eccezionalmente possono essere lesi da una singola condotta, è opportuno che la sanzione colpisca tutte le condotte che, pur di per sé non immediatamente lesive, siano potenzialmente idonee a contribuire alla compromissione del bene (esempio tipico sono i reati ambientali)²⁴. Infine, l'evoluzione tecnologica ha comportato un notevole incremento di attività rischiose, se pure lecite e socialmente utili, richiedendo però, al contempo, l'esigenza di emanare norme di carattere cautelare idonee a regolamentarle onde evitare che il rischio si trasformi in danno (ad esempio i reati contravvenzionali in materia di circolazione stradale)²⁵.

relevante è un'offesa di lesione: così M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, Torino, 2013, pp. 102 e ss. Per chiarezza espositiva si sottolinea che ai reati di pericolo sono intitolati il Capo I (Dei delitti di comune pericolo mediante violenza), il Capo II (Dei delitti di comune pericolo mediante frode), il Capo III (Dei delitti colposi di comune pericolo) del Titolo VI (Dei delitti contro l'incolumità pubblica) del codice penale. Numerose altre fattispecie che vengono ricomprese nella categoria si rinvencono nello stesso codice (a titolo esemplificativo, si pensi alla falsa testimonianza art. 367 c.p.; alla calunnia art. 368 c.p.; all'associazione per delinquere art. 416 c.p.; istigazione a delinquere art. 414 c.p.; vendite di sostanze alimentari non genuine art. 516 c.p.; corruzione di minorenni art. 530 c.p.; detenzione abusiva di armi, art. 697 c.p., ecc.), nonché nella legislazione penale complementare (reati tributari, ambientali, fallimentari, ecc.).

²² Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2015, p. 179.

²³ Cfr. E. FIORENTINO, *Principio di offensività e reati di pericolo astratto*, in www.iniurepraesentia.eu.

²⁴ Cfr. E. FIORENTINO, *Principio di offensività e reati di pericolo astratto*, cit., p. 6.

²⁵ Cfr. G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 441 e 442; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 689 e 690.

Tuttavia, ad avviso di illustre dottrina²⁶, la qualificazione di alcune fattispecie incriminatrici in termini di pericolo o di danno è controversa data «*l'incertezza delle impostazioni tradizionali nella individuazione di un criterio interpretativo che consenta di determinare, in via generale, se nell'incriminazione di un comportamento il legislatore ha dato rilevanza alla lesione o alla semplice messa in pericolo del bene protetto*»²⁷. L'impossibilità di fissare un preciso criterio di distinzione è dato dall'esistenza di un'ampia casistica nonché la tendenza giurisprudenziale ad ampliare la categoria dei reati di pericolo includendovi anche ipotesi di reati di danno: ciò è evidente soprattutto nella ricostruzione di quelle fattispecie in cui, mediante il ricorso a presunzioni di pericolo, si ritiene di poter prescindere dall'accertamento concreto della probabilità del verificarsi di un determinato evento. Sicché, spesso, si corre il rischio di qualificare di pericolo un reato che, in realtà, è di lesione²⁸. Nella ricerca di un valido criterio interpretativo discretivo tra queste due tipologie di offesa, tra cui si può sicuramente annoverare il principio di proporzione²⁹, si ritiene inconcepibile che in relazione ad uno stesso oggetto si punisca il pericolo e non la sua lesione. Ciò sta a significare: «*in primo luogo, che ad un'ipotesi che richiede come evento il verificarsi di un pericolo, deve corrispondere un'altra ipotesi con evento di danno; in secondo luogo, che l'incriminazione del pericolo costituisce un'eccezione e, come tale, dovrebbe essere o espressamente prevista dalla legge (un po' come si fa con la colpa)*»³⁰ o risultare dalla

²⁶ Cfr. V. PATALANO, *Significati e limiti nella dottrina dei reati di pericolo*, Napoli, 1979.

²⁷ Cfr. V. PATALANO, *Significati e limiti nella dottrina dei reati di pericolo*, cit., p. 173.

²⁸ ID., *Significati e limiti nella dottrina dei reati di pericolo*, cit., pp. 174 e ss. L'autore considera di danno alcuni reati che comunemente sono qualificati di pericolo come, ad esempio, l'associazione per delinquere, l'interesse privato in atti d'ufficio (ormai abrogato) e la calunnia.

²⁹ Il principio di proporzione può fungere da valido criterio idoneo ad individuare la soglia legittima delle attività punibili, e considerato da Patalano (cfr. V. PATALANO, *Significati e limiti nella dottrina dei reati di pericolo*, cit., p. 176) valevole anche per poter distinguere il reato di pericolo da quello di danno in quanto costantemente adoperato dalla legge nell'incriminazione delle ipotesi di pericolo. Si rinvia per un approfondimento al §1.5., Capitolo primo, Parte II.

³⁰ Infatti, secondo parte della dottrina, soprattutto la struttura del reato di pericolo astratto mostra una certa analogia con quella dell'illecito colposo: la volontaria realizzazione di un comportamento normalmente pericoloso è strutturalmente simile alla (consapevole) violazione della regola cautelare, ed anche l'accertamento del pericolo, effettuato in base alla tipica valutazione legale, corrisponde all'accertamento di quella forma di colpa, che è caratterizzata dall'inosservanza di regole giuridiche. Così M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 280, nonché nella dottrina tedesca W. BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973, pp. 131 e ss e F. CH. SCHROEDER, *Die Gefährdungsdelikte*, in *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum XI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung*, Caracas, 1982, p. 15 ed infine B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *JA*, 1975, p. 798: quest'ultimo ha addirittura pensato di proporre la categoria dogmatica del tentativo colposo per spiegare la natura di alcune forme di pericolo astratto. Nella dottrina italiana l'accostamento dei reati di pericolo ai

stessa formulazione normativa che concepisce l'incriminazione in relazione all'ipotesi corrispondente del danno (come si fa nel tentativo che, secondo l'art. 56 c.p. si configura solo se vengono commessi atti idonei diretti in modo non equivoco alla commissione di un delitto)»³¹.

Ma le questioni *testè* riferite ruotano sicuramente intorno al concetto ed ad una corretta qualificazione della nozione di pericolo, a cui è necessario rivolgere brevi cenni.

2.2.1. Il pericolo come relazione di possibilità o probabilità. La misura della probabilità.

Senza pretesa di poter affrontare globalmente tutte le questioni che ruotano intorno alla problematica definizione del concetto di pericolo, è bene chiarire che il grado di anticipazione della tutela penale non dipende solo dal volto esatto assunto nelle disposizioni penali dal bene giuridico tutelato, né soltanto dall'incriminazione della lesione o del pericolo, ma anche dal *genere di pericolo* richiesto dalla legge³². Esso rappresenta un punto di riferimento delle norme volte a realizzare una tutela preventiva degli interessi in gioco.

Il tentativo di ricostruire una definizione unitaria di pericolo, è operazione niente affatto semplice; lo dimostra una nota sentenza della Suprema Corte federale tedesca secondo cui: «*il concetto di pericolo si sottrae ad una precisa definizione scientifica, non essendo determinabile in maniera universalmente valida*»³³. Nel linguaggio corrente, pericolo è una «*circostanza o complesso di circostanze da cui si teme che*

reati colpo è fatto esplicitamente da A. PAGLIARO, *Reati dolosi di pericolo e reati colposi di danno*, in *Atti del X Congresso internazionale di diritto penale*, Roma, 1974, pp. 133 e ss.

³¹ Cfr. V. PATALANO, *Significati e limiti nella dogmatica dei reati di pericolo*, cit., p. 183. L'Autore ritiene che: «La prima delle due regole trova una significativa conferma nel delitto tentato che intanto si configura come delitto autonomo di pericolo, in quanto gli atti compiuti dall'agente siano diretti a commettere un fatto lesivo di un certo bene previsto per definizione come delitto di danno da una norma di parte speciale. Si pensi al caso di colui che per uccidere una persona gli spari contro, mancando però il bersaglio per un errore di mira. In quest'ipotesi si può vedere molto chiaramente come la punibilità di un evento di pericolo (artt. 56-575 c.p.) sia condizionata all'esistenza di una corrispondente figura delittuosa di danno. L'azione intanto è punibile come tentativo per il pericolo corso dal bene, in quanto vi è una norma contenuta nell'art. 575 c.p. che, incriminando il fatto di "chiunque cagioni la morte di un uomo", richiede per la configurabilità del reato l'effettiva lesione dell'interesse protetto. Si può affermare, quindi, che di regola l'oggetto dell'incriminazione è costituito da un evento lesivo perché la legge soltanto in casi eccezionali, ed espressamente preveduti, considera punibili comportamenti che pongono in pericolo il bene tutelato».

³² Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 160.

³³ *Bundesgerichtshof*, 4. Strafsenat, 15 febbraio 1963, in *Entscheidungen des BGH in Strafsachen*, 1963, p. 272.

possa derivare un grave danno»³⁴, «la possibilità che accada qualcosa di dannoso, non voluto, temuto»³⁵, o ancora «uno stato o condizione in cui c'è da temere qualche cosa, male o danno, che ci minaccia»³⁶. Nel corso del dibattito dottrinale di fine '800 si sono, poi, contrapposte due teorie, soggettiva ed oggettiva³⁷, tese ad identificare la nozione

³⁴ Cfr. *Dizionario enciclopedia italiano Treccani*, vol. IX, Roma, 1958, p. 244.

³⁵ Cfr. T. DE MAURO, *Dizionario avanzato dell'italiano corrente*, Torino, 1997.

³⁶ Cfr. F. PALAZZI, *Novissimo dizionario della lingua italiana*, Milano, 1973, p. 986. Le definizioni riportate hanno in comune la possibilità che si verifichi un danno in un momento futuro, il rapporto di derivazione di tale danno dal complesso delle circostanze cui si attribuisce il nome di pericolo, e la valutazione di tale nesso da parte di un soggetto interessato. Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 162. Utile allo scopo è l'analisi etimologica del termine, la cui origine risale al latino *periculum* (dal verbo *perior* che indica fare esperienza, provare, sperimentare). *Periculum* significa acquisire un'esperienza, fare un esperimento, una prova e si connette ad una possibilità, a un rischio. Nel linguaggio giudiziario *periculum* indica il processo stesso, con il rischio e la eventuale condanna ad esso connessi. (Cfr. F. CALONGHI, *Dizionario della lingua latina*, vol. I, Torino, 1951, c. 2016). Da questa origine la parola passa poi a significare il rischio di qualche cosa di negativo in genere, la possibilità di un danno e dalla sua radice derivano i termini italiani pericolo, lo spagnolo *peligro*, il francese *péril*, il portoghese *perigro*. Diversa l'origine della parola inglese *danger* che deriva dal latino popolare *domnarium* (da *dominus*) relativo ad un rapporto di potere tra due soggetti: partendo dall'espressione *estre en danger* (essere in potere di qualcuno) si otterrebbe il significato attuale di pericolo. Più complessa la ricostruzione del termine tedesco *Gefahr*. Inizialmente il termine *fara* indicava solo il concetto di "cattiva intenzione", estendendosi poi alla situazione oggettiva derivante da quest'ultima, comprendendo così non solo l'azione di chi crea il pericolo, ma anche la posizione di chi si trova in pericolo. Un ulteriore significato indica la sensazione di timore provata nella situazione di pericolo (da qui il collegamento con l'inglese *fear*). Quello che le varie espressioni hanno in comune, è il riferimento al rischio, l'esposizione a qualcosa di incerto e insicuro negativamente connotato.

³⁷ Infatti, nel dibattito dottrinale di fine '800 si contrapponevano due schieramenti: i sostenitori di una valutazione delle conseguenze dell'azione umana basata su criteri rigorosamente deterministici, e gli autori che limitavano la possibilità di attribuzione dell'illecito penale ricorrendo ai concetti di probabilità e adeguatezza. In base alla visione deterministica dei primi, qualsiasi accadimento è da ricondurre alle leggi causali, che regolano in modo necessario il corso degli avvenimenti, per le quali «tutto ciò che si è verificato non poteva non verificarsi e, viceversa, ciò che non è accaduto non poteva in alcun modo accadere», eliminando così ogni spazio residuo alla possibilità che viene configurata come la proiezione delle nostre rappresentazioni mentali, priva di consistenza oggettiva (M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 167 e ss.). Il pericolo non sarebbe qualcosa di reale, di oggettivo, ma si identifica con l'esito del giudizio di un osservatore che ha una conoscenza superficiale dei dati di fatto e delle leggi causali, frutto di un'impressione psicologica (Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, Milano, 2012, p. 168. si veda anche F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., p. 11), esso è "un figlio della nostra ignoranza" (cfr. H. HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Abtheilung, Bonn, 1884, p. 597) ignoranza invincibile, vista l'inaccessibilità per l'uomo di tutti quei dati che necessiterebbe. Il pericolo si accosterebbe così al timore, inteso come incombenza della minaccia prossima di un danno. Secondo altri fautori della teoria soggettiva, l'oggetto di tutela finirebbe per essere spostato dal bene giuridico alla sensazione di sicurezza dell'ordinamento intero (M. VON BURI, *Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890*, in *GS*, 1891, p. 325). Le critiche a questa concezione non sono certo mancate e la maggiore che le viene rivolta (anche a seguito dell'affermarsi del principio di legalità) verte sul rischio per la certezza del diritto, che la considerazione del pericolo come giudizio soggettivo crea, lasciando ampi margini di discrezionalità al giudice (cfr. E. FLORIAN, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, in *Enciclopedia del diritto penale diretta da Pessina*, vol. VII, Milano, 1909, p. 208). Parte della dottrina quindi ha modificato i parametri cui ancorare il giudizio di pericolosità: «non si tratta più di un giudizio personale dell'agente o dell'avente diritto, ma di un giudizio che si fonda sui dati dell'esperienza, e quindi su dati obiettivi» (Cfr. R. RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Studi in memoria di Delitala*, Milano, 1984, p. 1363). Il superamento della concezione soggettiva del pericolo è dovuto innanzitutto al tentativo

più congrua di pericolo fino ad arrivare ad accostarlo, nelle moderne concezioni penalistiche, al concetto di possibilità-probabilità³⁸ -attesa l'identità di struttura-, con la sola differenza che «mentre la probabilità è un concetto neutro quanto al valore, il pericolo è concetto connotato negativamente»³⁹. Acquisita questa corrispondenza di base fra pericolo e rapporto di possibilità/probabilità, la dottrina ha, poi, compiuto un ulteriore passo in avanti, affermando che esso «appartiene alla classe dei rapporti di derivazione su base fenomenica temporale, come il rapporto di causalità»⁴⁰. Così, come quest'ultimo consiste in un collegamento condizionale tra un fatto cronologicamente precedente (cui viene dato il nome di causa) e un fatto successivo (denominato effetto), anche la relazione di pericolo si compone dei medesimi elementi fondamentali⁴¹. In altre parole, tanto il giudizio di causalità che quello di pericolo ruotano intorno all'accertamento di un fattore ignoto e si avvalgono di leggi scientifiche in forma statistica per accertare il nesso esistente tra i due termini di paragone: cosicché le spiegazioni che essi forniscono non sono mai deduttivamente certe ma sempre e comunque a struttura probabilistica⁴². La differenza risiede nella circostanza che,

di individuare un fondamento che legittimasse l'incriminazione della sola esposizione a pericolo del bene giuridico. Nemmeno la concezione oggettiva è riuscita, tuttavia, ad offrire soluzioni universalmente valide: la nozione di pericolo così concepita, è incompatibile con lo scopo politico-criminale dei reati di pericolo: piuttosto che stimolare il destinatario della norma ad evitare possibili lesioni ai beni giuridici, concentrandosi sul "quasi-impatto" tra azione illecita e oggetto tutelato, finirebbe soltanto per rimproverare i turbamenti già arrecati (Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 186).

³⁸ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, cit., p. 27. Il padre di questo orientamento è J. VON KRIES, *Ueber den Begriff der obiectiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben*, in *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 1888, pp. 179 ss. Si veda anche F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., pp. 19 ss., A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, pp. 297 e ss.

³⁹ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 20. Sul punto si veda anche F. ANTOLISEI, *Sul concetto del pericolo*, in *Scuola positiva*, Milano, 1914, p. 27, secondo cui «mentre la probabilità può riferirsi a qualunque evento, noi parliamo di pericolo solo in relazione ad eventi contrari alla nostra volontà».

⁴⁰ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 22.

⁴¹ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, cit., p. 29.

⁴² Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, cit., pp. 29 e 30: «In questo senso, allora, non esiste una differenza di tipo logico strutturale fra il giudizio circa la correlazione causale e quello relativo al pericolo, poiché ciò che muta è esclusivamente il punto di vista dal quale il collegamento viene osservato: mentre l'accertamento del nesso causale viene effettuato a posteriori, così da ricondurre un certo accadimento al complesso dei fattori che lo hanno provocato, il rapporto di pericolo viene sempre riferito ad accadimenti futuri, rispetto ai quali è possibile che si verifichi un legame causale. È chiaro, infatti, che la relazione di "collegamento tra gli eventi" non muta la propria struttura ed è la stessa sia nel giudizio sulla sussistenza del nesso causale, sia in quello volto ad accertare l'esistenza del pericolo: nel primo caso, però, il procedimento conoscitivo è di tipo diagnostico, mentre nel secondo caso assume i caratteri tipici di una prognosi».

mentre la relazione di causalità è per definizione una relazione tra fatti certi⁴³, quella di pericolo presuppone, sempre per definizione, l'incertezza della verifica del secondo termine della relazione (il risultato dannoso), che è solo probabile ed eventuale: al riguardo «*si potrebbe parlare, in una parola, di causabilità*»⁴⁴. La relazione di pericolo «*non esprime un collegamento necessario tra due fatti, come il rapporto di causalità, ma dice che un dato complesso di circostanze è suscettibile di svilupparsi in una determinata direzione e dar luogo ad un risultato*»⁴⁵. Dal punto di vista del giudizio, infine, quello di causalità si svolge a posteriori, dopo che i fatti si sono compiuti, con l'obiettivo di ricondurre l'evento al complesso di fattori che effettivamente lo hanno determinato; viceversa il giudizio sulla relazione di pericolo, fondandosi su un solo dato certamente esistente e anteriore, dal quale si può indurre o no il dato posteriore ancora inesistente, consiste, sostanzialmente, in una prognosi volta ad accertare se avverrà o no un certo processo causale futuro⁴⁶.

Una volta assodato che il concetto di pericolo vada ricondotto ad una relazione di possibilità-probabilità⁴⁷, e che il secondo termine di relazione sia un risultato sfavorevole, incerto e futuro, occorre valutare quale sia il *grado di probabilità* necessario affinché un pericolo possa essere individuato e sanzionato dalla legge, ossia

⁴³ Secondo F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 23, il rapporto di causalità consiste in un rapporto di condizionalità necessaria tra un fatto precedente, la causa, e un fatto successivo, l'effetto, e in esso sia il primo fatto che il secondo sono dati assunti in quanto realmente esistiti o esistenti, in questo senso "certi".

⁴⁴ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 24.

⁴⁵ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 188.

⁴⁶ Per chiarire meglio: se si dispone di tutti gli elementi dai quali dipende il risultato, si è in presenza di un nesso causale; se si conoscono solo alcune delle condizioni, il processo osservato è in divenirsi ed è aperto a diverse conclusioni, si è in presenza di una possibilità. Tuttavia parte minoritaria della dottrina critica questa tesi, sostenendo che la differenza tra le due relazioni descritte verta sulla diversa logica dei due giudizi piuttosto che sulla riferibilità al passato o al futuro. Cfr. L. BIAMONTI, *Giudizio di probabilità e dottrine giuridiche*, in *Riv. it. Sociologia*, 1912, p. 470.

⁴⁷ È bene sottolineare che parte della dottrina (cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 259) accoglie una nozione normativa di pericolo nel senso che il concetto di pericolo viene assunto dalla legge penale in una molteplicità di accezioni differenti la compensino delle quali non è possibile in base al puro significato pre-giuridico del termine ma richiede necessariamente un rinvio alle diverse fattispecie penali, che assegnano a quel concetto una funzione di volta in volta differente all'interno della struttura del reato. La nozione normativa di pericolo si presta infinitamente meglio a strutturare in modo più vario quella differenziazione tra le diverse categorie di pericolo: grazie ad essa, infatti, è possibile riconoscere la presenza di un pericolo concreto anche là dove la probabilità della lesione del bene giuridico sia individuata in uno stadio anteriore rispetto al quasi impatto con la fonte di pericolo. Il riconoscimento del pericolo come elemento normativo della fattispecie, secondo l'Autore, si adatta meglio alla multiforme varietà delle situazioni disciplinate dal diritto positivo e soprattutto consente di affermare che, alla luce delle funzioni di prevenzione generale e di retribuzione svolte dalle norme penali, la valutazione dei fatti incriminati in ragione del pericolo è contrassegnata, inevitabilmente, da una certa componente di astrazione dalla realtà e deve essere accompagnata da una qualche componente di concretezza.

individuare un parametro quantitativo che consenta di discriminare un fatto pericoloso da uno innocuo. Pare naturale quindi affidarsi alla probabilità che è «una possibilità che raggiunge una certa dimensione percepibilmente superiore al minimo concepibile»⁴⁸.

Sono numerose le proposte avanzate sulla misura del pericolo penalmente rilevante in dottrina, quindi il problema è tutt'altro che risolto. Per alcuni⁴⁹ sarebbe addirittura sufficiente, per aversi pericolo, la semplice possibilità di una conseguenza lesiva: in questo senso, se si elide ogni rischio di incertezza giuridica connessa alle varie "gradazioni" della possibilità (prossima, notevole, consistente, ecc.), è pur vero che si è costretti a considerare pericolosi anche quegli eventi caratterizzati da una probabilità davvero trascurabile ma pur sempre obiettivamente realizzabili⁵⁰. Molti autori fanno ricorso al superamento del *c.d. rischio consentito* per indicare che il pericolo richiede un significativo grado di probabilità superiore a quella consentita, spesso perché connessa al compimento dell'attività considerata. Tuttavia anche questa teoria ha dei limiti: essa da per risolto il problema della delimitazione del rischio consentito e non considera che ciò che è penalmente rilevante, non sorge automaticamente una volta superati i limiti della liceità sussistendo, quindi, una zona grigia difficilmente definibile⁵¹. Un terzo indirizzo richiede parametri più selettivi della possibilità, esigendo di volta in volta una probabilità «apprezzabile»⁵², «concreta»⁵³, «rilevante»⁵⁴, restringendo il più possibile le dimensioni del pericolo, esponendosi, però, al rischio di indeterminatezza, data la genericità dei termini impiegati. Un'ulteriore teoria ritiene sussistente il pericolo quando la probabilità che si verifichi il risultato lesivo sia superiore alla probabilità che esso non si verifichi, ovvero sia superiore al cinquanta per cento⁵⁵.

Quel che è certo, è l'inesistenza di una nozione univoca di pericolo, visto che «*il concetto di pericolo viene assunto dalla legge penale in una molteplicità di accezioni*

⁴⁸ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 244.

⁴⁹ Cfr. A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., p. 306, G. DELITALA, *Les délits de mise en danger*, in *Studi in onore di Petrocelli*, Milano, 1972, p. 1734, B. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, Breslau-Neukirch, 1933, pp. 6 ss.

⁵⁰ La nozione, se accettata, sarebbe troppo ampia e costringerebbe i cittadini alla totale inattività, visto che una, sia pur minima, possibilità di recare danni, è insita in ogni comportamento. Cfr. F. ANTOLISEI, *Sul concetto del pericolo*, in *Scuola pos.* 1914, cit., p. 31.

⁵¹ Cfr. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, pp. 35 ss.

⁵² M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, p. 2.

⁵³ G. PENSO, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, Milano, 1976, p. 5.

⁵⁴ B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 282.

⁵⁵ K. BINDING, *Die Normen und Übertretung, Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Erster Band, 3, Aufl., Leipzig, 1916, p. 382.

*differenti (...)*⁵⁶. Se ci si rassegna ad un'elaborazione caso per caso del problema, il compito di definire il confine tra il lecito e l'illecito, spetta al giudice, con il solito problema di legittimità che ne consegue. Interessante è un'altra soluzione offerta dalla dottrina⁵⁷, la quale ritiene che il grado di pericolosità necessario ai fini dell'intervento del diritto penale sia raggiunto «quando i normali dispositivi non sono più sufficienti per il disinnescamento della situazione di pericolo e a questo scopo bisogna ricorrere a misure eccezionali». La dottrina italiana ha apprezzato questo criterio, ritenendolo in grado di orientare in maniera adeguata l'interprete. Non vanno però dimenticate le difficoltà connesse alla definizione delle "misure straordinarie" e alla possibilità di graduare il concetto di pericolo in base al bene giuridico tutelato di volta in volta, considerando che esso «decresce col crescere dell'importanza del bene giuridico minacciato, perché con riguardo a beni di particolare significato appare necessario il ricorso a misure straordinarie di tutela anche di fronte a livelli inferiori di pericolosità»⁵⁸. Così facendo, si rischia di uscire fuori traccia, perché il rango del bene rileva in un momento antecedente a quello applicativo delle norme, nel momento della loro posizione da parte del legislatore⁵⁹; una volta ricondotta la fattispecie alla norma, non si pongono più problemi relativi al bene giuridico protetto⁶⁰.

Non si può fare a meno di notare come, nonostante gli innumerevoli tentativi dottrinali di risalire a una nozione onnicomprensiva ed universalmente applicabile, il concetto di pericolo resti «refrattario alla misurazione giuridica»⁶¹.

2.3. L'anticipazione della tutela penale nei reati di pericolo.

Da quanto fin qui esposto emerge che il pericolo consiste nella probabilità della lesione del bene giuridico ed è elemento caratterizzante dei reati di pericolo, tipiche forme di anticipazione della tutela penale.

A partire dalla fine degli anni Sessanta, in Italia, si è registrato un profluvio di fattispecie di reato, ove il bene giuridico protetto non subisce una lesione effettiva, ma

⁵⁶ M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 206.

⁵⁷ B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 797.

⁵⁸ G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati d'attentato*, cit., pp. 704 ss.

⁵⁹ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 256.

⁶⁰ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, cit., pp. 43 e ss.

⁶¹ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 252.

solo una messa in pericolo⁶². La ragione di questa ipertrofia normativa risiede, certamente, nel mutato quadro sociale originato da processi tecnologici connessi alla produzione di massa. Attraverso tali categorie di norme si attua, oggi, prevalentemente, un'anticipazione della tutela come strategia privilegiata di contrasto ai grandi pericoli scientifico-tecnologici della modernità ed è dunque naturale che esse siano oggetto di una riflessione approfondita tesa, da un lato, a rintracciare, ove esistente, una legittimazione forte per il loro mantenimento in vita, e a delineare, dall'altro, i confini di una corretta interpretazione da trasporre in sede applicativa⁶³. Difatti sono molte le questioni che ruotano intorno ad una corretta configurazione dei reati di pericolo⁶⁴ soprattutto in relazione al principio di offensività, laddove molto spesso si corre il rischio di anticipare la tutela penale ben oltre la verifica di un pericolo di lesione nei confronti dell'interesse protetto dalla norma. Siamo di fronte ad una delle figure maggiormente discusse e controverse dell'intero ordinamento. Lo testimonia, a tacer d'altro, il numero elevatissimo di contributi scientifici e di dibattiti che, anche senza andare al di là degli ultimi dieci anni, hanno coinvolto trasversalmente la comunità degli studiosi, la giurisprudenza, specialmente quella di rango costituzionale⁶⁵, e persino le istituzioni, sia a livello nazionale che comunitario, nell'adozione di forme di tutela più o meno anticipata rispetto a interessi particolarmente "sensibili" per la società civile⁶⁶.

Sul piano operativo, poi, la tecnica dell'anticipazione si modella sul carattere diffusivo dell'aggressione e sull'indeterminatezza del suo ambito di incidenza e delle sue potenziali vittime, in soluzione di discontinuità, quindi, rispetto alle note strutturali del tentativo, in particolare quella dell'univocità, venendo in questione, rispetto ai delitti di pericolo, le condotte – criminologicamente più allarmanti – a direzione plurilesiva (e inoltre le condotte colpose)⁶⁷. Il codice penale ha fatto ampio uso di tecniche di

⁶² Cfr. G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 441.

⁶³ Si veda F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, p. 149.

⁶⁴ Sui reati di pericolo in generale v., di recente, M. ZINCANI, *Reati di pericolo*, in *Diritto penale*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2008, p. 202. Per un'esauriente recentissima disamina dei principi affermati dalla giurisprudenza, di legittimità e di merito, sul tema del disastro si veda N. CECCHINI, *Attribuzione causale ed imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 282.

⁶⁵ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 144.

⁶⁶ Vedi di recente C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 144.

⁶⁷ Si veda A. GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità. Reati di comune pericolo mediante violenza* tomo I, Milano, 2008, p. 86.

anticipazione della tutela: oltre alla previsione di reati di pericolo, anche l'introduzione di fattispecie a dolo specifico, di attentato, fino all'incriminazione di meri atti preparatori. In ragione di questa tecnica, il legislatore del 1930 ha inteso procedere a una costruzione "dal basso", ossia dalle fattispecie di lesione a beni individuali personali (vita e incolumità), per selezionare ed elevare a delitti contro la pubblica incolumità, ad esempio, quanti di essi siano qualificati dai contrassegni strutturali del pericolo, in particolare, quelli della diffusività degli effetti in direzione di una pluralità indeterminata di persone.

Quella della categoria dei reati di pericolo, non solo si presta ad approcci di indagine fra loro piuttosto eterogenei, ma è pure oggetto di classificazioni e definizioni profondamente diversificate tra loro⁶⁸; ecco perché ancora oggi, nonostante un decennio che ha visto incrementare a ritmi serrati la discussione sul tema, bisogna purtroppo ammettere che la riflessione giuridica non pare aver raggiunto soluzioni pienamente soddisfacenti⁶⁹.

Nell'ampio *genus* "reati di pericolo" si è soliti distinguere tra reati di pericolo concreto⁷⁰, astratto e/o presunto⁷¹, astratto-concreto⁷², diretto e indiretto⁷³. Questa

⁶⁸ Sul punto significativa è l'immagine utilizzata dal Manes di «un'autentica babele definitoria (e categoriale) in cui versa la dommatica del pericolo», si veda V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 289.

⁶⁹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 100 e ss., il quale osserva come «la scienza penale tedesca, ancora alla fine degli anni Sessanta del XX secolo, valutava come del tutto insufficiente lo stato dell'arte sul tema».

⁷⁰ Cfr. ancora una volta, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., *passim*.

⁷¹ Cfr. A. MANNA, *Corso di diritto penale*, II, Padova, 2009, p. 120; ID., *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI – G. PALOMBARI, Roma, 2002, p. 35; M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 230. Si precisa sin da ora che, seppur per l'orientamento dottrinale maggioritario la categoria dei reati di pericolo presunto coinciderebbe con quella dei reati di pericolo astratto, sicché i termini "astratto" e "presunto" vengono spesso utilizzati come sinonimi (così M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, Vol. I, III ed., Milano 2014; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche di tutela penale*, Milano, 1987, p. 50; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, Milano, 2006, 1416 e ss.), altra parte della dottrina ha ritenuto più idoneo distinguere i reati di pericolo astratto da quelli di pericolo presunto ove la distinzione tra questi ultimi due risiede nel fatto che, mentre nei primi il pericolo è presupposto o modalità di realizzazione della condotta da accertarsi *ex ante* al momento di realizzazione della stessa e dunque "astraendo" da talune circostanze, ossia quelle successive alla condotta o comunque non conoscibili al momento di essa, nei secondi esso viene considerato dal legislatore attraverso una presunzione assoluta di pericolosità (*juris et de iure*) che, in quanto tale non ammette prova contraria. (così M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 4. Per l'Autore sono, invece, reati di pericolo concreto effettivo, quelli con riferimento ai quali il pericolo, costituendo il risultato della condotta, va accertato dal giudice tenendo conto di tutte le circostanze presenti al momento in cui quel risultato si assume come prodotto).

classificazione è stata operata nel corso degli anni, dalla dottrina più avveduta sul tema, nel tentativo di distinguere, tra le varie forme di pericolo, il diverso grado e la diversa misura di anticipazione della tutela penale, *rectius*: il diverso grado di anticipazione dell'offesa⁷⁴. Tuttavia questa varietà di figure, essendo difficile una loro precisa delimitazione, ha portato ad un disorientante groviglio di opinioni⁷⁵. Ma è bene sottolineare che, a parità dello stadio di anticipazione, può sussistere minore o maggiore gravità dell'offesa⁷⁶ e l'entità della stessa offesa –come si vedrà- può incidere perfino sulla legittimità dell'esistenza del tipo di reato⁷⁷. Tutto dipende da come si tipizza il fatto offensivo⁷⁸: se di pericolo concreto, il pericolo rientrerà tra gli elementi del fatto tipico essendo espresso nella fattispecie e sarà bisognoso di apposito accertamento da parte del giudice; viceversa, nei reati di pericolo astratto è lo stesso legislatore, in sede di tipizzazione legislativa, a presumere, sulla base di una regola scientifica o di comune esperienza, che al compimento di una determinata azione si accompagna l'insorgere di un pericolo⁷⁹. Sicché, una volta accertata la conformità della condotta al modello legale,

⁷² Questa categoria è utilizzata in particolare in materia ambientale: A. MANNA, *Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 1998, p. 851. Cfr. anche G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 50, il quale evidenzia come in realtà la bipartizione reati di pericolo "astratto"–reati di pericolo "concreto" sia da sola insufficiente a dare conto del modo d'atteggiarsi dell'estremo del pericolo nella realtà normativa, posto che nella legislazione sarebbero rinvenibili delle zone limite, la copertura delle quali richiederebbe la configurazione dogmatica della categoria mista dei reati di pericolo "astratto-concreto": "*concreto perché il pericolo rappresenta un requisito espresso del modello criminoso, in quanto tale oggetto di accertamento nel singolo caso; astratto perché l'accertamento va effettuato astraendo da alcune circostanze di fatto presenti nella situazione data*".

⁷³ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit.

⁷⁴ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 206.

⁷⁵ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 218.

⁷⁶ «Così, vi sono tipi offensivi di diversa gravità sia all'interno della categoria delle fattispecie di lesione (per es. la corruzione propria antecedente rispetto alla corruzione propria susseguente), sia all'interno della classe delle fattispecie di pericolo diretto (per es. corruzione impropria antecedente rispetto alla corruzione impropria susseguente; il disastro ferroviario rispetto all'incendio), e così via. Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 206.

⁷⁷ Sempre F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 207, secondo cui: «la gravità può essere riguardata sotto l'aspetto estensivo, cioè a seconda che il tipo di offesa concerna uno o più beni giuridici della stessa specie (ossia uno o più soggetti passivi) (per es. l'omicidio e la strage; i delitti contro l'incolumità individuale e quelli contro l'incolumità pubblica); e può essere riguardata sotto l'aspetto intensivo. Per cogliere la possibile gamma di gravità dei tipi di offesa sotto l'aspetto intensivo, sono esemplarmente indicative le varie disposizioni vigenti sulla lesione personale. Esse prevedono sanzioni via via più alte, proporzionalmente alla gravità del danno (in senso funzionale e anche temporale) arrecato alla salute della vittima».

⁷⁸ Cfr. W. BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1987, p. 20.

⁷⁹ A fini esemplificativi, un esempio classico di illecito riconducibile al *genus* dei reati di pericolo concreto è quello previsto dall'art. 423, comma 2, c.p., ove l'incendio di cosa propria è punito solo "*se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica*". Al contrario, la dottrina maggioritaria riconduce nell'alveo dei reati di pericolo astratto la fattispecie di cui all'art. 423, comma 1, c.p. in quanto la condotta diretta a cagionare un incendio (di cosa altrui) è considerata dal legislatore come fonte di

il giudice è dispensato dallo svolgere indagini circa la concreta messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. In questi ultimi, dunque, il pericolo tende a coincidere con la *ratio* dell'incriminazione⁸⁰.

Ma, prima di addentrarci nelle problematiche sottese al discorso che qui si intende portare avanti, è opportuno dedicare -seppur in modo non compiutamente esaustivo ma nei limiti dei termini che occorrono alla presente indagine-, qualche parola alle varie tipologie di reato di pericolo la cui distinzione non risulta essere operazione facile in quanto, nel silenzio della legge, è data all'interprete ed allo studioso il compito di formulare classificazioni assai diverse fra di loro⁸¹.

2.4. I reati di pericolo concreto.

La definizione abitualmente fornita dei reati di pericolo concreto li individua come «*quelle fattispecie che annoverano il pericolo tra gli elementi del fatto tipico e richiedono che esso si verifichi realmente affinché possa ritenersi integrato il reato; in questi casi, in base ai principi generali sulla prova, il giudice dovrà accertare, con ogni mezzo a disposizione, se il pericolo si sia realizzato effettivamente*»⁸².

Nei reati di pericolo concreto occorre che il bene protetto sia stato effettivamente messo in pericolo⁸³. Ad esempio, nei reati contro la pubblica incolumità, che

pericolo *in re ipsa* per la pubblica incolumità, senza la necessità che il giudice accerti caso per caso la pericolosità di quella condotta.

⁸⁰ Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 1, il quale evidenzia che in questa categoria di illeciti la prova della non effettività del pericolo non sarebbe ammessa, «si che potrebbe verificarsi il caso che l'azione debba essere punita anche se non cagiona quel pericolo, l'impedimento del quale costituisce la ratio della norma penale»

⁸¹ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 224 e 225 e in più nota 116.

⁸² Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 225 per una trattazione compiuta sui reati di pericolo concreto si rinvia a F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit.

⁸³ Per la tesi secondo cui le fattispecie che prevedono espressamente il requisito del pericolo per la pubblica incolumità sarebbero in realtà reati di pericolo «solo apparentemente concreto», in quanto la concretezza sarebbe esclusa dalla natura meta-individuale del bene tutelato e dall'incongruenza di un accertamento circa l'effettivo pericolo corso dalle vittime potenziali, si veda A. GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità*, cit., pp. 144 e ss. Secondo l'Autore, trattandosi realmente di reati di pericolo astratto, la base del giudizio prognostico, di tipo generalizzante, dovrà ricomprendere tutte le circostanze esistenti al momento del fatto, anche se conosciute successivamente, a prescindere dall'effettiva presenza di soggetti passivi nel raggio di azione della fonte di pericolo (bastando la mera possibilità di tale dato). Nonostante la legittimità delle critiche rivolte a questa impostazione *sui generis*, più di recente essa è stata ripresa, sia pur sulla base di argomentazioni parzialmente differenti: l'esistenza dei reati di pericolo astratto è stata esclusa riducendo tutta la casistica annoverabile nella categoria, alla fattispecie dei delitti di mera attività, non riconoscendo la possibilità di qualificare i primi né come delitti di evento di pericolo (dato che la legge non discerne gradi diversi di pericolo in rapporto a fatti considerati come evento del

costituiscono la gran parte dei reati di pericolo, il fatto tipico è solitamente descritto richiedendosi che sia stata posta in pericolo la pubblica incolumità, come accade nel delitto di strage (art. 422 c.p.) e di disastro (art. 434 c.p.); in altre ipotesi il pericolo può riguardare beni specifici, ma di natura analoga: nel danneggiamento seguito da incendio (art. 424 c.p.) occorre che si verifichi il pericolo di incendio, nelle ipotesi previste dagli artt. 429 e 431 c.p. che si verifichi il pericolo di naufragio o di disastro ferroviario. In tutte queste ipotesi il giudice deve accertare che la pubblica incolumità (o altro bene protetto) sia stata concretamente messo in pericolo. La concretezza del pericolo può derivare anche dalle modalità della condotta, come nel caso dell'art. 445 c.p., che punisce la somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica.

In sostanza, i reati di pericolo concreto sarebbero dei reati di evento in senso proprio, caratterizzati dal disvalore di evento, a differenza dei reati di pericolo astratto che, in quanto reati di azione, sarebbero privi di un tal disvalore⁸⁴, anche se la dottrina non è unanime in relazione a tale presa di posizione⁸⁵. Ciò che è certo è che, nei reati di pericolo concreto, sono descritti fatti la cui caratteristica essenziale è quella di aver determinato un'effettiva, reale, situazione di pericolo, viceversa i reati di pericolo astratto prevedono dei comportamenti contraddistinti da una «*generale, normale pericolosità*»⁸⁶.

reato), né come delitti di azione pericolosa, puniti indipendentemente dalla lesione e caratterizzati dalla mancanza di cautela rispetto al bene giuridico (il pericolo, in questi casi, non assumerebbe una funzione tipica). Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 222, E. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Colonia, 1973, pp. 27 e ss. È palese come le teorie in questione, animate dall'intento di attribuire rilevanza penale ai soli reati di pericolo concreto, non solo non possano essere accolte, ma, lungi dal cercare una effettiva e quanto mai urgente soluzione al problema, lo evadono.

⁸⁴ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 233.

⁸⁵ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 239 e 240. Secondo l'Autore «contro le tesi che riducono i reati di pericolo astratto a delitti di azione, privi di disvalore di evento, non si può fare a meno di osservare che esistono numerosi delitti di pericolo astratto, indiscutibilmente caratterizzati dalla realizzazione di un accadimento esteriore, che non costituisce l'evento di pericolo in senso tecnico, e che pure racchiude il disvalore del fatto: così è nei delitti di incendio o frana o naufragio e simili, i quali, pur non essendo reati di pericolo concreto in senso stretto, non possono certamente essere considerati delitti di azione. Per queste considerazioni si deve concludere che non è esatto ridurre la distinzione fra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto a quella fra reati di evento e reati di azione, e che dunque il criterio per classificare i due gruppi di illeciti va cercato in altra direzione».

⁸⁶ Il legislatore, sulla base dell'esperienza ed alla luce delle conoscenze tecniche, sa che esistono numerose azioni che, per le condizioni in cui si compiono, o per i mezzi adoperati o per la difficoltà di controllarne gli effetti e le conseguenze, risultano fonte di pericoli per beni socialmente rilevanti; egli, perciò, le vieta in quanto tali senza aspettare che il pericolo si verifichi effettivamente, giacché solo bloccando alla fonte la possibilità del sorgere di tali pericoli, ritiene di poter assicurare una tutela soddisfacente ai beni giuridici. Così M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 240.

Non sempre, tuttavia, nei reati di pericolo concreto la norma menziona espressamente il pericolo. Al riguardo, come giustamente sottolinea parte della dottrina avveduta sul tema, il fatto che la norma non menzioni esplicitamente il pericolo non fa automaticamente di essa una fattispecie di pericolo astratto⁸⁷: spesso, la tipizzazione delle figure di reato da parte del legislatore è caratterizzata da una spiccata *pregnanza semantica*⁸⁸ tale da condurre comunque il giudice ad accertare, in concreto, la pericolosità della condotta posta in essere, al fine della configurazione della fattispecie di reato⁸⁹. Esempi emblematici sono offerti dalle fattispecie di disastro ferroviario (art. 430 c.p.) e di epidemia (art. 438 c.p.). La prima norma prevede che: «*Chiunque cagiona un disastro ferroviario è punito con la reclusione da cinque a quindici anni*»; la seconda che: «*Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo*». Dunque, in nessuna delle due il pericolo si presenta espressamente come requisito del reato, ma, nonostante ciò, non possono esserci dubbi circa la natura di pericolo concreto delle due fattispecie, vediamo il perché. Per quanto riguarda il disastro ferroviario, la giurisprudenza ritiene che possa parlarsi di reato in presenza di «*un accadimento dannoso di non comune gravità, incidente su uomini e cose e tale da esporre a pericolo, potenzialmente un numero indeterminato di persone*»⁹⁰; non distante è la dottrina che richiede la gravità eccezionale dell'incidente e la complessità dei danni, tali da porre in pericolo, l'incolumità pubblica⁹¹. In poche parole, non può parlarsi di pericolo astratto visto che, se c'è pericolo per un numero indeterminato di persone, c'è disastro, se si verifica un incidente ferroviario di tali dimensioni (in tutti i sensi) da potersi definire disastroso, ci saranno gli estremi del pericolo concreto per la pubblica incolumità. È possibile ragionare allo stesso modo per quanto riguarda il reato di epidemia: secondo giurisprudenza e dottrina, esso si realizza quando una malattia contagiosa si espanda in una zona geografica abbastanza vasta da potersi considerare una regione, colpendo un numero (anche qui) indeterminato di

⁸⁷ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 563, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 223.

⁸⁸ Sul punto si rinvia a D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., pp. 162 e ss., § 3.

⁸⁹ Cfr. G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 464.

⁹⁰ S. RIONDATO, sub art 430, in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ (A CURA DI), *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2008, p. 1084.

⁹¹ Cfr., M. BATTAGLINI-B.BRUNO, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 550, A. GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità. Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, pp. 367 ss.

persone, producendo un pericolo che susciti un grave allarme sociale⁹². Anche in questo caso, visto il significato da attribuire al termine epidemia, il giudice sarà tenuto ad accertare la pericolosità concreta della condotta, superando il paventato spettro della presunzione: se vi è epidemia, ci sarà sicuramente una minaccia per una collettività indefinita, se vi è pericolosità concreta, ci saranno sicuramente tutti gli estremi dell'epidemia⁹³. Quindi, oltre ai casi in cui il pericolo è espressamente menzionato tra i requisiti di fattispecie, allo schema del pericolo concreto, vanno ricondotte anche tutte quelle fattispecie nelle quali l'utilizzo di alcune tipologie di termini non lascia dubbi circa la corrispondenza tra il materializzarsi dell'elemento oggettivo e il sorgere del pericolo⁹⁴. Il criterio della pregnanza semantica risulta utile per ricondurre le fattispecie nell'alveo del pericolo concreto⁹⁵.

La struttura del reato di pericolo concreto non crea eccessivi problemi se non sotto il profilo del rischio del mancato rispetto del principio di stretta legalità, *sub specie* tipicità, in quanto, l'evento di pericolo, è esplicitato dalla fattispecie e si pone, dunque,

⁹² S. RIONDATO, *Nota introduttiva agli artt.422-452*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2003, pp. 1242-1261.

⁹³ Così anche A. NAPPI, in F. BRICOLA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, parte speciale*, vol. IV, Padova, 1996, p. 542. Particolarmente interessante è la disamina del delitto di incendio, disciplinato dall'art. 423 c.p., il quale recita: «Chiunque cagiona un incendio è punito con la reclusione da tre a sette anni. La disposizione precedente si applica anche nel caso di incendio della cosa propria, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica». Il primo comma si occupa dell'incendio di cosa altrui, il secondo comma dell'incendio di cosa propria; e solo per quest'ultimo dei reati, il legislatore richiede espressamente il pericolo per la pubblica incolumità, quasi a legittimare il diritto del proprietario a disporre senza limiti della cosa propria fino alla distruzione della stessa: come risulta dai Lavori preparatori del codice penale, lo sconfinato diritto del proprietario, cede solo al cospetto di una circostanza di pericolo per la pubblica incolumità. Leggendo il testo della norma, dovremmo riconoscere all'incendio di cosa altrui natura di pericolo astratto, riservando l'inserimento nella categoria dei reati di pericolo concreto, solo alla fattispecie dell'incendio di cosa propria, orientamento tra l'altro a lungo condiviso dalla dottrina (Cfr. G. SAMMARCO, *Incolumità pubblica (reati contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 557). Probabilmente andando anche al di là delle intenzioni del legislatore, l'interpretazione attuale ha ricondotto anche l'ipotesi prevista dal primo comma al rango di pericolo concreto, facendo leva ancora una volta sulla terminologia particolarmente significativa adoperata dal legislatore, finendo per trovare definitiva copertura in una celebre pronuncia della Corte Costituzionale (Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 286) che richiedeva, per aversi incendio, «la vastità, la violenza, la capacità distruttiva, la diffusibilità del fuoco». Così facendo, in presenza di un pericolo concreto, non può negarsi che il fatto sia qualificabile come incendio, avvicinando evidentemente, il caso in questione agli altri precedentemente esaminati.

⁹⁴ Va detto che il tentativo del legislatore di circoscrivere i limiti del pericolo concreto, effettuato nell'ambito del progetto di riforma della parte generale elaborato dalla Commissione Grosso, è fallito a causa dell'indeterminatezza del significato da attribuire ad alcuni termini impiegati (es. circostanze eccezionali o causali, circostanze normalmente esistenti, per altra causa), e alla proliferazione incontrollabile delle fattispecie di pericolo concreto che il riferimento all'aumento del rischio del verificarsi dell'evento, avrebbe potuto determinare.

⁹⁵ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 563; S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova, 2003, pp. 34 e ss.

il problema dell'accertamento, in sede giudiziale, della reale messa in pericolo del bene da parte della condotta. In assenza di criteri stabiliti *ex lege*, tale verifica, assieme all'individuazione e selezione delle circostanze di cui tenere conto, è rimessa integralmente all'apprezzamento del giudice⁹⁶. Poiché il pericolo, in quanto evento, rappresenta un elemento essenziale della fattispecie oggettiva, esso deve essere accertato caso per caso dal giudice; tuttavia verificare l'esistenza di un pericolo significa accertare l'esistenza di una situazione oggettiva il cui evolversi –in mancanza dell'insorgere di circostanze impeditive- «avrebbe verosimilmente condotto ad un evento di lesione del bene protetto»⁹⁷. Oggetto del giudizio di pericolosità può essere tanto una situazione di fatto che consegue alla condotta dell'agente⁹⁸, quanto la condotta medesima se in essa è insito il rischio del verificarsi di un certo evento dannoso⁹⁹.

Il giudizio in cui si concretizza l'accertamento del pericolo è contrassegnato, secondo la tesi prevalente¹⁰⁰, dallo schema della c.d. prognosi postuma, che è quella di un giudizio di probabilità che, pur essendo formulato *ex post factum*, tuttavia si riporta idealmente alla situazione *ex antea* (tenendo conto di tutte le circostanze esistenti al momento del fatto) per dedurre la verosimiglianza di una probabile verifica

⁹⁶ Secondo F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 4, l'accertamento del pericolo essendo affidato al giudice garantisce una maggior aderenza rispetto alla multiformità delle situazioni concrete; perciò proprio riguardo all'accertamento del pericolo, i giudici fanno in certa misura le veci del legislatore. Tuttavia se non si vuole abdicare a una situazione in cui le decisioni giudiziali siano di fatto arbitrarie e incontrollabili, occorre assolutamente che siano trovati e vengano osservati criteri di orientamento non generici dotati di verificabilità empirica.

⁹⁷ Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 195.

⁹⁸ La circostanza che siano stati posti dei grossi massi sui binari di una linea ferroviaria, pochi minuti prima del passaggio di un convoglio, può costituire, ad esempio, la base di fatto per il giudizio di pericolo richiesto dall'art. 432 c.p. che punisce la condotta di chi "pone in pericolo la sicurezza dei pubblici trasporti per terra, per acqua, per aria". Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 195.

⁹⁹ Un esempio potrebbe essere sempre, in rapporto all'art. 432 c.p., quello di chi compia, a bordo di un natante, spericolare evoluzioni in mare, intralciando il percorso di un mezzo marittimo di linea.

¹⁰⁰ Sulla necessità di un giudizio *ex ante* cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 561 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2015, p. 205, il quale evidenzia che, per quanto concerne la base del giudizio prognostico, è maggiormente rispondente al principio di offensività l'adesione alla tesi della "base totale *ex ante*" (si devono cioè considerare tutte le circostanze esistenti e non solo quelle conosciute dall'agente o generalmente conoscibili). L'Autore, peraltro, ritiene che la probabilità dell'evento vada determinata secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico, utilizzando cioè le leggi naturali, statistiche e le massime di comune esperienza (c.d. metro del giudizio) e che il grado di detta probabilità sia dato dalla probabilità relativa, non essendo sufficiente la mera possibilità, né necessaria la certezza; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 57, il quale, tuttavia, pur affermando la maggiore idoneità del giudizio *ex ante*, ritiene non condivisibile il parametro della "base totale" in quanto conferirebbe al giudizio di pericolo una misura di "concretezza" poco compatibile con la perseguita funzione preventiva.

dell'evento materiale da essa cagionato¹⁰¹. In linea generale è possibile affermare che l'accertamento giudiziale risulterà tanto più semplice, quanto più il giudice disponga per il caso concreto di leggi di esperienza rigorose e oggetto di frequente verifica¹⁰². Si deve, tuttavia, dare atto di quell'orientamento che differenzia il momento in cui deve essere effettuato il giudizio, a seconda del ruolo che il pericolo riveste all'interno della fattispecie astratta¹⁰³. È stato, infatti, osservato che la posizione del pericolo nella struttura degli illeciti in cui esso è configurato come elemento costitutivo, e che pertanto deve essere accertato in concreto dal giudice, non è riconducibile ad un unico modello, potendosi distinguere fattispecie in cui lo stato di pericolo qualifica la condotta o il presupposto di quest'ultima o l'oggetto materiale della stessa (c.d. *reati a condotta pericolosa*)¹⁰⁴, da fattispecie in cui il pericolo riveste il ruolo di evento naturalistico o di condizione obiettiva di punibilità in quanto collegato come effetto alla condotta (c.d. *reati di evento pericoloso*)¹⁰⁵. Ebbene, posto che il criterio di accertamento del pericolo è necessariamente influenzato dal ruolo e dalla posizione che lo stesso riveste all'interno della fattispecie¹⁰⁶, si è rilevato che, mentre nei c.d. reati a condotta pericolosa, dovendo il giudice pronunciarsi sulla pericolosità dell'azione, l'accertamento dovrà essere condotto ricorrendo al criterio della prognosi postuma (giudizio *ex ante*)¹⁰⁷, nei c.d. reati a evento pericoloso, dovendosi valutare un risultato dell'azione, il giudizio dovrà essere svolto alla stregua di tutti le circostanze effettivamente presenti al momento in cui detto risultato si è prodotto, anche se successive alla condotta.

¹⁰¹ Cfr. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 195.

¹⁰² Cfr. G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 57; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., pp. 257 e ss.

¹⁰³ L'orientamento in questione è di M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 2, ma è stato seguito da altri Autori che, per l'appunto, hanno distinto il criterio di accertamento del pericolo a seconda che si il pericolo qualifichi la condotta o il risultato della stessa. A tal proposito cfr. anche M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 339.

¹⁰⁴ Esempi di reati a condotta pericolosa possono essere: l'art. 677 c.p. dove il pericolo costituisce il presupposto della condotta; l'art. 441 c.p. in cui il pericolo qualifica la condotta; l'art. 444 ove qualifica l'oggetto materiale.

¹⁰⁵ Un esempio in cui il pericolo costituisce evento naturalistico del reato è l'art. 434 .p., mentre riveste il ruolo di condizione obiettiva di punibilità nell'art. 431 c.p.

¹⁰⁶ Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 3, il quale evidenzia come «una cosa è accertare un pericolo che, preesistendo o no alla condotta tipica, non va oltre questa; altra, e ben diversa, cosa è accertare se da una determinata condotta sia o no derivato uno stato di pericolo».

¹⁰⁷ *Ibidem*. L'Autore evidenzia che detto accertamento consiste nel verificare se al momento della condotta sussisteva o meno la possibilità dell'evento dannoso, assumendo come base del giudizio soltanto le circostanze che in base all'esperienza erano conoscibili al momento dell'azione, oltre a quelle conosciute dall'agente. Pertanto, tutte le altre circostanze verificatesi o conosciute solo *ex post* non hanno alcuna rilevanza nella qualifica della condotta vietata.

Dal punto di vista politico-criminale, la categoria dei reati di pericolo concreto, proprio per la struttura del pericolo, può essere utilizzata vantaggiosamente quando si tratta di disciplinare certi setti in cui si possono formulare delle prognosi soprattutto sulla base delle comuni conoscenze generalmente disponibili da parte di chiunque: «solo in tal modo, infatti, il riferimento al pericolo potrà svolgere quel ruolo orientativo del comportamento dei cittadini, che è indispensabile perché si realizzi, adeguatamente, l'effetto di prevenzione generale»¹⁰⁸.

2.5. I reati di pericolo astratto.

Generalmente si ritiene che i reati di pericolo astratto siano quelli in cui il pericolo non è esplicitato come requisito della fattispecie, e non necessita, di conseguenza, di essere accertato dal giudice; in questi casi, infatti, il pericolo resterebbe sullo sfondo e costituirebbe semplicemente la *ratio* dell'incriminazione¹⁰⁹ che spinge il legislatore a comminare la sanzione penale a fronte di condotte ritenute generalmente pericolose¹¹⁰.

Nei reati di pericolo astratto, in cui il pericolo non necessita di accertamento giudiziale, è lo stesso legislatore a provvedere ad evitare questa necessità mediante la selezione, sul fondamento di una regola di esperienza, delle «*forme comportamentali tipicamente pericolose per il bene giuridico*»¹¹¹. Esiste, cioè, una presunzione del

¹⁰⁸ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 376.

¹⁰⁹ In questi casi, infatti, il pericolo non sarebbe altro che la *ratio* dell'incriminazione, e non assurgerebbe al ruolo di autonomo requisito di fattispecie svolto, al contrario, nei reati di pericolo concreto. Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale* cit., p. 152, nt. 26. Tuttavia la semplificazione così illustrata è eccessivamente riduttiva. Se il pericolo è la *ratio* (per primo F. V. LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21/22., Aufl, 1903, p. 484) alla base dell'incriminazione della condotta, sarebbe errato sostenere che il giudice non debba accertare se l'applicazione della legge penale rispecchi il motivo per cui essa è stata posta in essere dal legislatore: se quest'ultimo persegue un certo obiettivo di tutela, l'applicazione concreta della fattispecie sarà costantemente ispirata da quell'obiettivo e la valutazione di conformità del fatto storico alla fattispecie astratta non potrà mai prescindere dal suo accertamento. In altri termini, i reati di pericolo astratto cercano di evitare il verificarsi del pericolo e richiedono al giudice che deve applicare la norma di non valutare quantomeno l'attitudine del fatto a creare un pericolo, sarebbe davvero troppo, sarebbe voler confermare l'esistenza dei reati di mera disobbedienza, privi di qualunque lesione o messa in pericolo del bene giuridico, caratterizzati dalla semplice inosservanza di un divieto. L'affermazione che il pericolo sia la *ratio* del reato e che esso non vada accertato nel caso di specie, può essere condivisa solo a patto di equiparare il pericolo astratto al pericolo presunto, fattispecie notevolmente diverse tra loro. Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 224 ss.

¹⁰⁹ Cfr. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1986, p. 697.

¹¹⁰ Nella dottrina tedesca questa tesi era sostenuta già da F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21/22., Aufl, 1919, p. 484.

¹¹¹ Si veda sempre G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 697.

pericolo insita nella previsione normativa; in altre parole il legislatore incrimina un fatto per la sua *attitudine lesiva* rispetto al bene tutelato, di guisa che il pericolo, in questo caso, forma oggetto di un giudizio preventivo di pericolosità formulato dal legislatore basto su leggi probabilistiche di esperienza. Ma dietro la formula della “scienza ed esperienza” del legislatore, apparentemente rassicurante per l’interprete, troppo spesso si nasconde un *vuoto probatorio* circa la reale pericolosità della condotta¹¹²; il rischio che ne consegue è che, in tali situazioni, la repressione penale costituisca reazione non all’offesa arrecata ad un bene giuridico, bensì alla mera disobbedienza ad un comando o un divieto o, addirittura, ad un sintomo della pericolosità individuale dell’agente.

Largamente condivisa, in dottrina, è la tesi che ravvisa la caratteristica fondamentale dei reati di pericolo astratto nella commissione di fatti “generalmente pericolosi”. Secondo questa teoria, la previsione di tali tipi di reato troverebbe ragion d’essere nella volontà del legislatore di bloccare sul nascere determinati pericoli che potrebbero sorgere in considerazione di particolari condizioni o con l’ausilio di determinati strumenti e i cui effetti, deleteri per beni socialmente rilevanti, risulterebbero difficilmente controllabili una volta prodottisi. Parte della dottrina, a dire il vero non recentissima¹¹³, parlava al riguardo di fatti “regolarmente pericolosi” per indicare quelle fattispecie in cui la tutela del bene non poteva essere assicurata attraverso la previsione della concreta messa in pericolo quale elemento tipico e per le quali il legislatore aveva ritenuto più opportuno affidarsi alla casistica.

Trattasi, dunque, di un modello particolarmente debole già dal punto di vista della compatibilità con alcuni fondamentali principi costituzionali, primo fra tutti, come è facile intuire, quello di offensività¹¹⁴. In particolare la questione più delicata che i reati in questione pongono è quella dell’eventuale innocuità (assenza di pericolosità) della

¹¹² Cfr. F. D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 153.

¹¹³ Cfr. R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht, Zweiter Band: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Berlino, 1930.

¹¹⁴ Come lucidamente posto in rilievo, i reati di pericolo astratto presentano notoriamente una serie di problemi che riguardano innanzitutto la legittimità del ricorso a tale tecnica normativa sia dal punto di vista della compatibilità con il principio di offensività sia dal punto di vista dell’opportunità politico-criminale. Inoltre le disposizioni che li prevedono hanno bisogno di essere interpretate con particolare attenzione al momento teleologico per evitare che una loro non corretta applicazione conduca al risultato di punire atti di mera disobbedienza. Cfr. M.P. GIUSINO, *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *l’Indice penale*, 1999, pp. 699 e 700.

condotta illecita¹¹⁵. Infatti, vi è chi rinviene che nei reati di pericolo astratto vi sia la presenza solo di un disvalore di azione e non anche di un disvalore di evento sul presupposto che esistono illeciti penali che, non essendo qualificabili come reati di pericolo concreto, ma che sono incriminati anche essi in ragione del pericolo che comportano, fondano l'antigiuridicità solo sul c.d. disvalore di azione¹¹⁶. In realtà, il rischio di trasformare i reati di pericolo astratto in illeciti di mera disobbedienza, prescindendo interamente dal momento dell'offesa, è notevole, tanto da aver fatto dubitare della loro compatibilità con il c.d. principio di offensività e, dunque, secondo una parte della dottrina, della loro stessa legittimità costituzionale¹¹⁷.

2.5.1. Il problema della necessaria offensività della condotta.

Il problema della necessaria offensività della condotta si pone in relazione ai reati di pericolo astratto in quanto essi rappresentano una forma di anticipazione della tutela penale in via ancora più indietreggiata rispetto ai reati di pericolo concreto. Mentre in quest'ultimi la messa in pericolo del bene è il vero e proprio evento previsto dalla fattispecie quale conseguenza della condotta posta in essere dall'agente, nei reati di pericolo astratto, essendo il pericolo presunto a monte dal legislatore si assiste ad un ulteriore arretramento rispetto alla potenziale lesione del bene giuridico tutelato.

Detto in questi termini sembrerebbe che nei reati di pericolo astratto si prescinda totalmente dalla richiesta di un comportamento *oggettivamente minaccioso* per l'integrità del bene giuridico, in quanto, il tratto caratteristico di questo tipo di reati riguarderebbe solo il livello al quale si colloca il giudizio di pericolosità che «*appartiene al genere di azione, piuttosto che al fatto nella sua individualità*»¹¹⁸.

Secondo parte della dottrina¹¹⁹, nei reati di pericolo astratto si registra una totale assenza di lesività della condotta in quanto, queste forme di tutela anticipata, esaltando il disvalore di azione e deprimendo il disvalore di evento, finiscono per dar vita ad

¹¹⁵ Cfr. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 705.

¹¹⁶ Cfr. E. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, cit., pp. 20 e ss.

¹¹⁷ Per questa tesi si veda M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 8; S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, pp. 185 e ss.

¹¹⁸ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 241.

¹¹⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 185, che non suole distinguere i reati di pericolo astratto da quelli di pericolo presunto.

illeciti di mera disobbedienza¹²⁰, in quanto basterebbe la sola realizzazione dell'azione (intesa come infrazione di una regola di comportamento), a far scattare la sanzione penale¹²¹. Pertanto, queste fattispecie, svilirebbero del tutto la funzione di integrazione sociale della pena. L'assenza di carica lesiva rende difficilmente percepibile il disvalore del fatto sia per la generalità dei consociati, sia per l'eventuale reo che potrà non rendersi affatto conto, all'atto dell'inflizione e dell'esecuzione della sanzione, dell'estrema gravità della sua condotta solo "astrattamente" pericolosa¹²²: che non abbia, quindi, creato una situazione di effettivo pericolo per il bene¹²³. A ciò si accompagna il rischio elevato di «una perdita di credibilità del sistema che, dovendo intervenire con la sanzione penale per fatti dotati di lieve entità, spunta le sue armi»¹²⁴. Il punto dolente dello schema del pericolo astratto risiede, dunque, nel fatto che esso pare sanzionare l'agente non perché la sua condotta avrebbe potuto danneggiare un bene giuridico, ma solo perché essa rientra in una classe di condotte che si rivelano «normalmente pericolose»¹²⁵. Ci si chiede quale sia il valore assunto dalla sanzione penale in tutti quei casi in cui essa fosse «comminata e irrogata all'autore di un fatto che non avesse determinato quel pericolo, in vista del quale il fatto stesso è previsto come reato»¹²⁶. In questo caso la pena assumerebbe una funzione esclusivamente preventiva, tanto nei confronti dei consociati che nei confronti del soggetto agente, rispetto al quale, poi, l'assenza di una pericolosità della condotta determinerebbe un

¹²⁰ Cfr. K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I, Allgemeiner Teil*, Reinbeck, 1976, pp. 85 e ss.

¹²¹ Cfr. A. CALAMANTI, *Tutela penale anticipata e sacrificio di libertà: la legittimazione dei reati di pericolo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1985, pp. 743 e ss. L'Autore ritiene che la dottrina attuale sia propensa ad "accettare per costrizione" lo schema del pericolo astratto.

¹²² Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 185. Secondo l'Autore per le ipotesi di pericolo astratto una soluzione depenalizzata appare la più congrua. Si pensa all'illecito amministrativo, a cui è possibile collegare un'articolata gamma di efficaci sanzioni; si pensi, ad esempio, a misure interdittive di attività commerciali o produttive, da infliggere, eventualmente, anche a persone giuridiche, in rapporto alla realizzazione di fattispecie di pericolo astratto nei settori relativi all'ambiente e all'economia. Una soluzione di tal genere, secondo l'Autore, rispecchierebbe criteri di efficienza, quanto all'apprestamento di una tutela anticipata del bene, e non risulterebbe problematica sotto i profili sistematico e politico-criminale.

¹²³ Cfr. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista*, vol. I, in *Il Tommaso Natale*, 1977, pp. 194 e ss.; per un diverso ordine di idee sulla conformità dei reati di pericolo astratto a costituzione si veda M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 5 e ss., nonché V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica dei reati di pericolo*, cit., pp. 67 e ss.

¹²⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 186.

¹²⁵ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 194, nt. 125.

¹²⁶ Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 8.

pericoloso scivolamento verso un diritto penale dell'autore: la pena, infatti, non colpirebbe «*il comportamento realizzato, bensì un atteggiamento personale che, violando una regola di obbedienza, lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale dell'agente*»¹²⁷.

Ma è chiaro che conclusioni del genere, almeno per quanto riguarda i reati di pericolo astratto non sono da condividere appieno e risultano difficilmente sostenibili nell'ambito di un diritto penale che voglia mantenere un'aspirazione liberale e stabilire, nella tutela dei beni giuridici, un limite insuperabile per l'opera del legislatore e dell'interprete¹²⁸, a scanso di tacciare di illegittimità costituzionale tutte le ipotesi di pericolo astratto oggi normativamente previste. Le considerazioni *testè* riferite potrebbero, però, essere condivise solo a patto di equiparare il pericolo astratto al pericolo presunto, fattispecie notevolmente diverse tra loro¹²⁹, come si avrà modo di qui a poco di specificare.

In realtà il fatto che nei reati di pericolo astratto non venga richiesto il pericolo come evento da accertare caso per caso, non significa, infatti, che in essi sia irrilevante il dato dell'offesa al bene, che è irrinunciabile in qualsiasi ipotesi di reato, sia pure nella forma della mera esposizione a pericolo¹³⁰. Ciò che non occorre perdere di vista è l'effettiva esistenza del pericolo come presupposto minimo del requisito di offensività penale¹³¹. Invero, il concetto di offensività penalmente rilevante, pare non doversi necessariamente identificare soltanto con il concetto di pericolo concreto e con il concetto di lesione. Nella dottrina italiana, dopo la “fuga in avanti” del decennio precedente, caratterizzata da un rigetto indiscriminato della fattispecie di pericolo astratto, la tendenza odierna si va forse spostando nella direzione espressa in questa nota: «*non pregiudizialmente contraria alla categoria dei reati di pericolo astratto e a*

¹²⁷ Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., *ibidem*.

¹²⁸ Si veda F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 4. L'obiettivo di affrancare il giudice da qualsiasi preoccupazione circa l'accertamento del pericolo insito nello schema del pericolo astratto, nono dovrebbe essere condiviso a ben vedere, qualunque sia l'opinione che si assume riguardo ai compiti e limiti del diritto penale. (...). Se il legislatore ha emanato una norma penale per raggiungere un certo scopo, è ovvio che esso deve sempre illuminare l'applicazione concreta della fattispecie penale; ciò vuol dire che se una fattispecie è stata posta per evitare pericoli, la considerazione del ruolo del bene giuridico impone di evitare un'interpretazione formalistica della legge e richiede una verifica sul pregiudizio arrecato al bene da proteggere.

¹²⁹ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 224 e ss.

¹³⁰ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 196.

¹³¹ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 111.

favore di una valutazione critica e politico criminale diversificata all'interno di essa»¹³².

Come si avrà modo di evidenziare in maniera critica nelle pagine che di qui a poco seguiranno, la categoria dei reati di pericolo astratto, laddove formulata in termini consoni alla tenuta del sistema, non è da censurare a monte, come fa parte della dottrina ancora relegata ad un diritto penale eccessivamente ancorato a visioni dogmatiche oramai anacronistiche, ma è da considerarsi utile e conforme nei termini in cui si dia al giudice un margine di apprezzamento circa l'esistenza del pericolo, seppur astratto, e laddove sia ammessa la prova contraria in capo al soggetto agente.

Infatti, nei reati di pericolo astratto, per essere conformi alla regola di cui all'art. 49, comma 2, c.p.¹³³, deve essere sempre ammessa la vincibilità della presunzione di pericolo insita nella previsione normativa, che deve dunque considerarsi relativa e non assoluta. Come ci insegna in modo lungimirante parte della dottrina, *«il principio di offensività non implica il divieto per il legislatore di ricorrere a reati di pericolo astratto o presunzioni di pericolo: implica solo la illegittimità costituzionale dell'eventuale pretesa normativa di assoluta invincibilità della presunzione di pericolo»¹³⁴*. Le aporie che la ritenuta categoria ha indotto nell'elaborazione del principio di offensività, a livello costituzionale, in realtà non si superano se non attraverso l'ammissione che non può esserci presunzione di pericolo che non consenta la prova del contrario¹³⁵. Il carattere di "astrattezza" del pericolo –il fatto cioè che esso non si sia profilato come rischio concretamente corso da uno o più soggetti determinati o determinabili, come è richiesto nel reato di pericolo concreto– non esclude affatto,

¹³² Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 114.

¹³³ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 197 e 198 sull'art. 49, comma 2, c.p.

¹³⁴ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e principi costituzionali*, Milano, 1996, p. 65.

¹³⁵ In questi termini, G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989, pp. 24 e ss. In una posizione nettamente opposta si segnala la tesi sostenuta da F. D'ALESSANDRO (*Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 205) secondo cui «la tesi della presunzione relativa non appare condivisibile da un lato perché è costretta ad inventare un criterio, come quello della presunzione superabile in sede processuale, che non ha nessun apprezzabile fondamento, né testuale né sistematico, e dall'altro perché tale invenzione sposta sul piano della prova, in modo del tutto arbitrario, un problema relativo alla tipicità del fatto lesivo, che va risolto in sede di interpretazione della norma: è evidente, infatti, che prima si stabilisce che cosa è da ritenersi generalmente pericoloso, e solo dopo si verifica se il caso concreto rientra, oppure no, nella categoria così determinata. (...). Ammettendo la prova della non pericolosità in concreto la tesi in esame realizza un'inversione dell'onere probatorio che fa gravare sull'imputato un compito che deve essere svolto esclusivamente dall'accusa. (...). Un'impostazione come quella descritta, dunque, finirebbe col sovvertire i principi garantistici del processo penale, violando manifestamente il canone in *dubio pro reo*»

anzi impone, il giudizio sull'attitudine lesiva del fatto, alla stregua di una corretta interpretazione della stessa disposizione incriminatrice¹³⁶.

Il giudice, quindi, è chiamato comunque ad un'operazione certamente non banale: seppur è vero che ad egli non spetterà il compito di valutare l'offensività effettiva di un fatto una volta che questo corrisponda al modello legale¹³⁷, il giudice non dovrà semplicemente accertare la corrispondenza tra il fatto concreto e la norma, ma verificare, altresì, l'attitudine del medesimo a creare generalmente un pericolo, dal momento che l'assoluta inidoneità del fatto a realizzare il danno che la norma voleva evitare, farà venir meno la conformità tra fatto concreto e fattispecie incriminatrice, in quanto, proprio per mancanza di offensività, ci troveremo di fronte ad un fatto atipico.

Il pericolo astratto va inteso come *pericolo reale* e la sussunzione della condotta concreta nell'ambito della classe di condotte generalmente pericolose va effettuata servendosi delle conoscenze scientifiche. Ration per cui, secondo parte della dottrina¹³⁸, è da superare la tesi sostenuta da parte di alcuni autori¹³⁹, che riservava al pericolo concreto l'accertamento basato sulle conoscenze scientifiche, mentre ai fini dell'individuazione del pericolo astratto sarebbe sufficiente il materializzarsi di quei comportamenti considerati pericolosi in base alla scienza del legislatore. Le leggi scientifiche, non possono essere ignorate, anzi, esse costituiscono l'unico vero parametro capace di stabilire, nei fatti, cosa effettivamente possa considerarsi generalmente pericoloso¹⁴⁰.

¹³⁶ Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e principi costituzionali*, cit., p. 66.

¹³⁷ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 277 e ss.

¹³⁸ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., pp. 179 e ss.

¹³⁹ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 278.

¹⁴⁰ A conferma di queste conclusioni, la dottrina (ancora F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., pp. 179 e ss.) riporta due celebri casi risolti: il primo è quello relativo al Petrolchimico di Porto Marghera, caso nel quale venne contestato ai dirigenti il delitto di avvelenamento (art. 439 c.p.) sulla base degli scarichi tossici immessi nei canali lagunari. Dalla motivazione della sentenza (Trib. Venezia, sez. I penale, 29 maggio 2002), emerge, in modo piuttosto lampante, come le sempre maggiori esigenze di sicurezza avvertite nell'ordinamento attuale non possano venire soddisfatte mediante quell'interpretazione tradizionale del pericolo astratto che parte della dottrina non esita a definire «rinunciataria» in quanto legata alla semplice scienza presuntiva del legislatore. L'accertamento del pericolo astratto non può prescindere dalle conoscenze scientifiche sull'oggetto dell'osservazione specifica come dimostra il riferimento agli effetti osservati sui soggetti, che non dipendono semplicemente dalla presenza della sostanza nell'alimento ma variano in corrispondenza della dose di essa: se a un determinato quantitativo di dose seguono determinati effetti sulla salute dell'uomo si potrà affermare la generale idoneità della dose a produrre effetti avversi. Una volta specificate le classi astratte di dosi capaci di determinare il pericolo reale, sarà possibile procedere al più semplice giudizio di pericolosità astratta attraverso l'operazione di sussunzione che, in caso di esito positivo, porterà alla

2.5.2. *Le ragioni politico-criminali che giustificano l'adozione di reati di pericolo astratto.*

Proprio gli aspetti critici precedentemente segnalati -relativi al distacco tra la pericolosità generale richiesta dalle fattispecie di pericolo astratto e l'effettiva minaccia per un bene giuridico, aggiunta alle problematiche relative alla funzione della pena-, hanno spinto la dottrina più avveduta ad una progressiva ed iniziale "perdita di stima" nei confronti dei reati di pericolo astratto. All'inizio degli anni settanta, alla luce di una nuova attenzione per gli aspetti costituzionali del diritto penale, autorevoli studiosi avevano ritenuto che le fattispecie incentrate su di un pericolo astratto, recando in sé la possibilità che venisse punito un comportamento del tutto carente di attitudine a ledere il bene protetto, fosse in contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost.¹⁴¹.

Dopo un primario rifiuto verso la categoria dei reati di pericolo astratto, sul presupposto che solo il pericolo concreto fosse penalmente rilevante¹⁴², in tempi

ritenuta sussistenza dell'avvelenamento. In pratica i valori-limite di concentrazione di sostanze tossiche nell'alimento rispondono solo ad un obiettivo di prevenzione ma non hanno alcuna valenza dal punto di vista scientifico. Ancor più emblematico forse il caso riguardante l'incidente verificatosi nel 1994 nel comune di Trecate, in provincia di Novara, dove si verificò un guasto all'impianto estrattivo di un pozzo petrolifero che avrebbe potuto, al verificarsi di determinate condizioni, produrre un rischio tossicologico oltretutto di esplosione o deflagrazione della nube che venne sprigionata dall'incidente. Nel tentativo di imputare ai gestori della piattaforma la responsabilità per colpa di uno degli altri disastri menzionati dall'art. 434 c.p., si tentò di ricostruire una fattispecie delittuosa combinando le disposizioni degli artt. 434 e 449 c.p. Potendo scattare la pena solo per fatti dai quali «deriva pericolo per la pubblica incolumità», si esclude la sussistenza di qualsiasi tipo di pericolo tossicologico: come nel caso di prima, non si configurò nemmeno la fattispecie di pericolo astratto, non avrebbe avuto dunque senso parlare di pericolo concreto. Il giudice per le indagini preliminari accolse quindi la richiesta di archiviazione del procedimento (Trib. Novara, uff. Gip, decreto di archiviazione del procedimento n. 201/94 R.G.N.R., 17 novembre 1995). Per quanto riguarda il rischio di esplosione e deflagrazione le disamine vanno separate. Per il primo, non si ritenne raggiunta la soglia minima del pericolo astratto dato che, sulla base di analisi scientifiche, la probabilità di esplosione di nubi di idrocarburi di quel tipo sarebbe stata remota. L'ipotesi di disastro venne presto scartata non potendo ritenersi il caso di specie generalmente pericoloso dal punto di vista dell'esplosione. Per ciò che concerne invece il rischio di deflagrazione, se da un lato i dati statistici a disposizione lasciavano emergere la possibilità di ricondurre la situazione osservata al carattere di generale pericolosità (si sosteneva che in presenza di una adeguata forma di innesco, nubi di idrocarburi del tipo di quella osservata a Trecate prendono normalmente fuoco), dall'altro la norma richiedeva pur sempre «un pericolo per la pubblica incolumità» e nel caso concreto, questo pericolo dopo un'attenta analisi, risultò non sussistere.

¹⁴¹ In tal senso F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIX, 1973, pp. 72 e ss. nonché M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 6 e ss.

¹⁴² Si ricorda in proposito Binding, il quale, in coerenza con la sua concezione di pericolo come *Erschütterung* (la messa in pericolo è sempre uno scuotimento della certezza nell'esistenza per il bene giuridico) è tra coloro che ritengono che solo il pericolo concreto è penalmente rilevante.; quei fatti che in modo improprio vengono considerati come astrattamente pericolosi, di per sé sono privi di rilevanza penale. Il pericolo, per Binding, o è concreto o non è nulla e, pertanto, una categoria intermedia tra i reati di pericolo concreto e quelli di disobbedienza non può esistere. Ciò che preoccupa l'Autore non è tanto la garanzia dei diritti del cittadino e la giustizia sostanziale, bensì la possibilità di giustificare forme anche estreme di anticipazione della tutela, senza tuttavia venir meno alla coerenza col suo sistema. Cfr. K.

relativamente recenti non si è potuto più negare o dubitare sull'esistenza dei reati di pericolo astratto. La presenza di quest'ultimi «è un fatto indiscutibile di fronte al quale non giova cacciare la testa sotto terra come gli struzzi»¹⁴³: se le norme che configurano quei reati siano costituzionalmente legittime o meno, se sia opportuno concedere ad una simile tecnica di tutela ampi spazi all'interno del sistema penale, e quali siano poi gli strumenti dogmatici ed interpretativi ai quali eventualmente ricorrere per evitare la punizione di fatti inoffensivi e per rispettare il principio di presunzione di non colpevolezza, sono tutti questi problemi diversi che, per essere correttamente impostati e risolti, presuppongono un preventivo riconoscimento dell'esistenza della categoria in questione ed una distinzione, il più possibile precisa, con quella ove il pericolo è assunto come requisito concreto del fatto tipico¹⁴⁴.

Inoltre, sono diversi gli scopi di politica criminale perseguiti attraverso i reati di pericolo astratto. Si deve, infatti, prendere atto che nella odierna realtà socio economica è del tutto impensabile rinunciare alla tutela di determinati beni che spesso non è realizzabile, o sarebbe insufficiente, se ristretta alle sole ipotesi di pericolo concreto. La struttura di determinati beni è, infatti, tale che la loro protezione non può che intervenire attraverso un'anticipazione della tutela anche rispetto al pericolo concreto¹⁴⁵, in quanto la società non può tollerare che vengano poste in essere condotte potenzialmente idonee ad offendere beni ritenuti necessari per la pacifica convivenza.

Dunque, i reati di pericolo astratto, se correttamente interpretati, mantengono comunque una loro funzione (pur non esente da critiche) all'interno degli strumenti di tutela penale: per conservare intatto questo "diritto di cittadinanza"¹⁴⁶, però è necessario rifuggire, nella loro interpretazione, da ogni schema rigidamente presuntivo, che svincoli il giudice dalla verifica *tout court* del requisito della pericolosità. Infatti, è evidente, già dal punto di vista terminologico, che, per quanto elevato possa essere il

BINDING, *Die Normen*, cit., p. 372. Si veda per una disamina della dottrina secondo cui soltanto il pericolo concreto è penalmente rilevante, M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 217 e ss.

¹⁴³ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 223.

¹⁴⁴ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 224.

¹⁴⁵ Si pensi alla circolazione stradale. Pretendere la preventiva abilitazione mediante rilascio della patente di tutti coloro che circolano alla guida di un veicolo a motore, costituisce un'esigenza minima per la sicurezza del traffico; d'altra parte, richiedere in concreto la prova che questo o quel guidatore sfornito di patente non costituiva, in concreto, un pericolo per la circolazione stradale, frusterebbe ogni scopo di tutela. Così C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 197.

¹⁴⁶ F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 180.

grado di astrattezza della fattispecie scelto dal legislatore, egli dovrà sempre e comunque incriminare determinate condotte in base al presupposto che esse realizzano, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'esposizione a pericolo di determinati interessi¹⁴⁷.

Dal punto di vista politico-criminale, inoltre, parte della dottrina segnala come, l'adozione dello schema del pericolo astratto, comporti meno problemi applicativi semplificando fortemente l'onere probatorio gravante sull'accusa rispetto al modello di pericolo concreto che, benché riconosciuto più rispettoso del principio di offensività, viene apostrofato come un fenomeno estremamente problematico e singolare incapace di assicurare una protezione efficace a beni giuridici sottoposti a minaccia¹⁴⁸.

Benché riteniamo di non poter avallare quest'ultima finalità politica criminale *testè* elencata, in quanto è sterile in relazione alle problematiche costituzionali connesse alla presunzione astratta del pericolo, non disconosciamo l'importanza dell'adozione dello schema del reato di pericolo astratto per la necessaria protezione di determinati beni - che potremmo definire da un lato primari e dall'altro ad ampio spettro-, a patto, tuttavia, di sviluppare una riflessione organica sui limiti da imporre alle fattispecie di pericolo astratto per legittimarne, una volta per tutte, l'esistenza, nell'ambito di un ordinamento che -è bene non dimenticarlo- attribuisce importanza cruciale al principio costituzionale di necessaria lesività.

Infatti, almeno alla luce delle posizioni assunte fino ad oggi dalla dottrina, orientate più alla ricerca di aggiustamenti e di *escamotages* volti a ricostruire un'apparenza di accettabilità a questo modello di incriminazione, persistono ancora non pochi dubbi e il tanto desiderato bilanciamento tra i reati di pericolo astratto e un ordinamento penale rispettoso dei principi costituzionali, appare sempre instabile.

Anche la Corte Costituzionale, al netto del riconoscimento dell'operatività del principio di offensività nella duplice direzione del legislatore e dell'interprete, non ha fatto poi molto per risolvere l'annosa problematica. Se si eccettuano gli sporadici casi in

¹⁴⁷ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198.

¹⁴⁸ Cfr. K. LAKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin, 1967, p. 1. In particolare i reati di pericolo concreto sono criticati in quanto attribuirebbero un peso eccessivo all'evento di pericolo e ciò contrasterebbe con i principi di un diritto penale della colpevolezza (cfr. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., p. 186). Secondo questa tesi sarebbe ingiustificato dal punto di vista politico-criminale comminare la sanzione penale solo quando il bene individualmente determinato sia caduto in crisi poiché l'incriminazione seguirebbe alla sola verifica, in sé accidentale, dell'evento di pericolo. Ciò darebbe vita ad un trattamento diverso per delle situazioni oggettivamente identiche: a parità del disvalore del fatto e della colpevolezza, la sanzione verrebbe a dipendere dalla circostanza, in sé causale, che si siano realizzate le condizioni che rendono presente un pericolo effettivo. Così M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dommatica e politica criminale*, cit., p. 380.

cui la manifesta irragionevolezza delle previsioni legislative è stata attestata dal giudice delle leggi, questo ha, di fatti, “delegato” al giudice ordinario, il gravoso compito di verificare se la singola condotta possa rientrare tra quelle previste come astrattamente pericolose dalla legge. La Corte Costituzionale rinuncia quasi alla sua supremazia gerarchica e la mancanza di un indirizzo univoco sul tema, pur con il sottofondo sempre presente dell’offensività, attesta questo orientamento che lascia all’interprete la possibilità di adottare le più varie soluzioni e al contempo segnala la conclamata difficoltà di gestione della situazione¹⁴⁹. È inevitabile che sorgano dubbi circa la proliferazione di reati così modellati, dubbi che cercheremo di fugare a breve.

2.6. I reati di pericolo astratto-concreto.

Con l’avvento degli anni ’60, la classica distinzione tra reati di pericolo concreto e astratto entra in crisi e si sviluppa una categoria di reati intermedia caratterizzata dalla contestuale presenza di alcuni requisiti tipici del pericolo concreto ed altri del pericolo astratto, non a caso etichettata come di pericolo “*astratto-concreto*”. Si deve ad H. Schröder, relatore per la Germania nell’ambito del *X Congresso internazionale di diritto penale*¹⁵⁰, la proposta di individuazione di questa nuova categoria¹⁵¹. In quegli anni la maggior parte della dottrina tedesca aveva accolto la concezione oggettiva del pericolo come evento che postulava un accertamento condotto mediante giudizi rigorosamente *ex post*¹⁵², comprensivo di tutte le circostanze note al momento del giudizio e di tutte

¹⁴⁹ Parte della dottrina (Cfr. M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte Costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in G. FORTI – M. BERTOLINO – L. EUSEBI (a cura di) *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 144) sostiene che la Corte Costituzionale sia preoccupata di «evitare vuoti normativi a sorpresa» e comunque le ineliminabili difficoltà a giustificare sul piano costituzionale le presunzioni di pericolosità basate, come accade a volte, su condizioni personali, lasciano trasparire la difficoltà di garantire ai reati di pericolo astratto la agognata legittimità costituzionale, una volta per tutte e insindacabilmente. Si veda anche F. D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., pp. 215 e ss.

¹⁵⁰ Il *X Congresso internazionale di diritto penale*, tenutosi a Roma dal 29 settembre al 5 ottobre 1969, fu interamente dedicato al tema dei reati di pericolo e i cui lavori sono pubblicati in *Atti del X Congresso internazionale di diritto penale*, editi a cura del Gruppo italiano dell’Associazione internazionale di diritto penale, Roma, 1974.

¹⁵¹ Cfr. H. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969, pp. 18 e ss.

¹⁵² Cfr. H. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, cit., pp. 11 e ss. L’Autore aveva evidenziato la necessità che nell’accertamento del pericolo fossero presi in considerazione tutti gli elementi noti al momento del giudizio anche quando la loro conoscenza risultasse impossibile al momento della condotta e fosse sopravvenuta solo in un secondo tempo. Si veda F. D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 215.

quelle acquisite in un momento successivo al fatto. Tuttavia tale nozione di pericolo si esponeva ad obiezioni insuperabili in quanto non era possibile farvi rientrare quei reati in cui è la stessa legge a limitare la base del giudizio indicando al giudice i dati da utilizzare per operare l'accertamento¹⁵³.

Su questa scia parte della dottrina italiana è solita distinguere i casi in cui il legislatore, pur non richiedendo un evento di pericolo concreto, tuttavia delinea la fattispecie in modo tale da imporre la valutazione caso per caso della "pericolosità della condotta", sia pure apprezzata in una fase prodromica rispetto al vero e proprio evento di pericolo¹⁵⁴. In questi casi, seppur il pericolo incriminato resta astratto –nel senso che esso non si è ancora profilato come rischio concretamente corso da uno o più soggetti determinati (e quindi come evento di pericolo), l'affermazione della tipicità della condotta è interamente affidata ad un giudizio sulla sua attitudine lesiva¹⁵⁵. Ci si trova a fronteggiare fattispecie di pericolo concreto, non pienamente concrete dal momento che l'ambito del giudizio è ristretto, ma neanche completamente astratte (sia pur in maniera più limitata, l'accertamento del giudice è richiesto)¹⁵⁶. Norme di questo tipo sono l'art. 679 c.p. che punisce la condotta di omessa denuncia all'Autorità del possesso di materie infiammabili, pericolose «per la loro qualità o quantità»; e ancora gli articoli 262 e 329 del D.Lgs. n. 81 del 2008. Altra dottrina¹⁵⁷ -che, come si vedrà in seguito, noi avalliamo-, ritiene reati di pericolo astratto-concreto le fattispecie previste dagli artt. 440 e 441 c.p., e oltre ad esse, l'art. 656 c.p. che punisce chiunque «*pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l'ordine pubblico*».

¹⁵³ L'esempio emblematico di questa categoria è rintracciata nell'art. 308 StGB che punisce chi appicca il fuoco a edifici, navi, ecc., qualora appartengano al soggetto ma siano idonei «per la loro natura e posizione» a comunicare il fuoco a un edificio o locale che serve come abitazione o soggiorno di persone, ecc. La norma circoscrive in modo netto l'individuazione dell'idoneità a comunicare il fuoco alla natura e alla posizione degli oggetti incendiati, prescindendo da altre circostanze che pure, è bene dirlo, potrebbe influenzare l'evento (es. condizioni metereologiche). CFR. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit., p. 216.

¹⁵⁴ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198.

¹⁵⁵ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 199.

¹⁵⁶ G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., p. 180 in altre parole: «concreto, perché la situazione di pericolo rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie in questione che, come tale, deve essere accertato dal giudice; astratto, perché la pericolosità da accertare è da intendersi come una idoneità generale dell'azione a ledere beni giuridici di un certo tipo: un'idoneità, quindi, da determinare secondo parametri generali, trascurando alcune delle circostanze presenti nel caso concreto»

¹⁵⁷ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 199.

Tuttavia, in molti casi, l'individuazione della categoria dei reati di pericolo *astratto-concreto*, non è affatto semplice¹⁵⁸, e tale schema si imbatte in notevoli obiezioni¹⁵⁹: già dal punto di vista logico è difficile ipotizzare che siano contemporaneamente rinvenibili, in una stessa tipologia di delitti, le caratteristiche di due categorie di illecito contrapposte¹⁶⁰; inoltre, sotto l'ambigua definizione "reati di pericolo astratto-concreto", si nascondono dei veri e propri reati di pericolo concreto, contraddistinti solo dalla limitazione *ex lege* degli elementi su cui formulare la prognosi di pericolosità¹⁶¹. Tale categoria, inoltre, non avrebbe una particolare funzione general-preventiva né in senso positivo¹⁶², ma ancor meno in senso negativo¹⁶³. Più che riunire i vantaggi delle due categorie tradizionali di reati di pericolo, la categoria enucleata riesce nel racchiuderne i difetti, ovvero, il giudizio di pericolo che resta nelle mani del giudice e l'inidoneità ad affrontare le molteplici esigenze sociali. Per alcuni autori¹⁶⁴, inoltre,

¹⁵⁸ Va al riguardo sicuramente presentata la teoria di quella parte della dottrina (Cfr. W. GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, in *Heinitz-Festschr*, 1972, pp. 180 ss.), che fonda la distinzione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo generico sul livello di concretezza del bene giuridico tutelato. In entrambe le categorie, il pericolo costituirebbe un requisito della fattispecie ma, se nei primi il pericolo deve riguardare un bene giuridico determinato, negli altri il pericolo si riferisce ad un bene giuridico "soltanto" di genere, con la conseguenza di escludere dal giudizio le peculiarità dei singoli oggetti passivi. A qualificarsi come reati di pericolo generico, sarebbe i beni caratterizzati da un maggiore grado di astrattezza (es. la vita tutelata dall'art. 223 StGB). Quando il legislatore configura il bene da tutelare in maniera così indefinita, secondo l'autore, l'intento sarebbe quello di non considerare tutte le circostanze ma solo quelle che lo rendono il fatto generalmente idoneo a porre in pericolo la vita. È però lo stesso autore a porsi dei dubbi circa la genericità della formula dal momento che il bene giuridico di genere, non è altro che la somma dei singoli beni concreti in cui esso può essere scomposto e di conseguenza il pericolo potrebbe essere valutato anche in rapporto ai singoli soggetti passivi. Se la tesi rispecchia il consolidato orientamento della preferenza dei reati di pericolo concreto rispetto ai reati di pericolo astratto, è sempre l'autore a riconoscerne l'insostenibilità data l'impossibilità di interpretare in questa maniera la norma che si limita a richiedere una messa in pericolo della vita, nulla più.

¹⁵⁹ Non è mancato di osservare che per poter delineare un modello di reato realmente "misto" sarebbe necessario che la convergenza, benché parziale, riguardasse delle caratteristiche davvero qualificanti: tali, in altri termini, da esprimere il rispettivo nucleo essenziale delle dei reati di pericolo concreto ed astratto. Cfr. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., pp. 181 e ss.

¹⁶⁰ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit.

¹⁶¹ Oggi l'autonomia della categoria dei reati di pericolo astratto-concreto è negata da parte della dottrina: cfr. W. GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, in *Festschrift für E. Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1972, p. 174; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., p. 181 e ss.

¹⁶² O almeno la capacità di indirizzare il comportamento dei consociati è ritenuta debole, a causa dell'integrazione della tipizzazione a cui è tenuto il giudice. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, cit.

¹⁶³ Visto che l'alterazione dell'area di punibilità (essa non è né più ampia né più ristretta rispetto a quella esistente in un eventuale ipotesi corrispondente di pericolo concreto: ad es. in alcuni casi vengono puniti fatti che non costituirebbero illeciti se si considerassero tutte le circostanze senza le astrazioni tipiche della categoria descritta) non determina di certo una maggiore intimidazione. Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., pp. 238 ss.

¹⁶⁴ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 342; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati d'attentato*, cit., p. 700.

una nomenclatura ulteriore rischia solo di creare confusione: la creazione di un'autonoma categoria intermedia, sull'unica base di una minore concretezza del giudizio, non sembra necessaria e quindi va messa da parte.

Invece, secondo il nostro modo di pensare e di concepire l'offensività nell'ambito della struttura del reato, forse attraverso la categoria dei reati di pericolo astratto-concreto, che richiedono un accertamento della pericolosità della condotta, sia uno schema idoneo a poter superare alcuni profili critici che presentano i reati di pericolo astratto.

2.7. I reati di pericolo presunto: cenni.

È opportuno precisare che parte della dottrina¹⁶⁵, nell'adottare la bipartizione tra reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto, tende a far coincidere questi ultimi con la categoria dei reati di pericolo presunto, utilizzando le due terminologie come sinonimi. Tuttavia, una tale equiparazione –come in precedenza accennato- non appare sostenibile secondo la dottrina maggioritaria più avveduta sul tema¹⁶⁶ in quanto, già sul

¹⁶⁵ Così M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 342; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., pp. 50 ss.

¹⁶⁶ Per la distinzione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto vedi M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 4; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 208 il quale obietta come la bipartizione in questione rischi di generare una confusione tra i concetti di "astrazione" che è generalizzazione e "presunzione" che è finzione del pericolo. Secondo l'Autore, mentre nei reati di pericolo astratto «il pericolo non è requisito tipico, ma è dato dalla legge come insito nella stessa condotta, perché ritenuta pericolosa, ed il giudice si limita a riscontrare la conformità di essa al tipo legale. Ciò, in quanto, trattasi di tipi di fattispecie che per loro natura precludono la possibilità, *ex ante* e, talora, *ex post*, di controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il verificarsi dell'evento lesivo», come avviene nel caso dei reati a tutela di beni danneggiabili con "condotte seriali" (ad. es. attività inquinanti), stante l'impossibilità di escludere che la singola condotta tipica, anche se da sola idonea a pregiudicare l'interesse tutelato, possa innescare, con altre condotte, il pericolo di consistenti danni per lo stesso; nei reati di pericolo presunto, invece «il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza», come accade, ad esempio, nei reati urbanistici, ove, per far scattare la presunzione di pericolo per la salvaguardia del bene del territorio e dell'ecosistema, bastano la costruzione senza concessione o in violazione delle prescrizioni della Pubblica Amministrazione. Il che sembrerebbe avvalorare la ricostruzione dei reati di pericolo presunto come vere e proprie "finzioni" di pericolo, trattandosi di comportamenti che, neppure sulla base di regole di esperienza, possono evidenziare, presumendolo, l'esistenza di un pericolo, anche solo ai fini di una semplificazione dell'accertamento processuale. Sempre in senso contrario all'equiparazione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto, si veda anche F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 1969, p. 266, il quale riconduce detta identificazione ad un inammissibile equivoco, ammettendo la sola categoria dei reati di pericolo presunto. A tal proposito, l'Autore evidenzia che, se il pericolo è probabilità di un evento temuto, non si può concepire una *species* di pericolo in cui tale probabilità manchi del tutto. Da tale considerazione deriva che, nei casi in cui è il legislatore ad effettuare a monte il giudizio di pericolosità, il pericolo non deve considerarsi astratto, ma presunto, in quanto semplicemente non necessita dell'accertamento da parte del giudice. Favorevole alla distinzione tra

piano strutturale, le due categorie presentano caratteristiche tali da rendere necessaria la loro trattazione come classi dogmatiche autonome. Già partendo dal significato dei termini astrazione e presunzione è possibile rintracciare le prime differenze. “Astrarre” vuol dire giudicare un fatto avvalendosi delle proprietà che esso ha in comune con altri fatti analoghi, ignorando le caratteristiche specifiche del caso; “presumere” vuol dire, invece, dedurre un fatto ignoto da un altro noto, servendosi delle regole di esperienza comune, allo scopo di disciplinare, in maniera uniforme, determinati rapporti, senza valutare necessariamente la natura delle realtà presunte¹⁶⁷.

La distanza con le fattispecie di pericolo astratto emerge in modo netto al momento della verifica, che è estromessa, *tout court*, nei reati di pericolo presunto mentre nei reati di pericolo astratto, non solo non è esclusa, ma è quasi fisiologicamente prevista in alcuni casi. In sintesi, nei reati di pericolo presunto si presume un pericolo con presunzione, *juris et de jure*, che non ammette prova contraria: «*non si tratta di una forma speciale di pericolo, ma semplicemente di una presunzione assoluta di pericolo*»¹⁶⁸. In questi tipi di reato il legislatore descrive in modo, più o meno puntuale, la condotta incriminata, senza lasciare margine alcuno al giudice circa la valutazione del pericolo, che è collegato, presuntivamente, alla condotta vietata¹⁶⁹. Esempi non controversi di reati di pericolo presunto sono rappresentati dalle norme che vietano la fabbricazione, la detenzione o il commercio di armi e materie esplosive (artt. 435, 678 c.p.), la detenzione e il porto abusivo di armi (artt. 679, 699 c.p.), lo spaccio e la detenzione di sostanze stupefacenti (art. 73, co. 1 e 1 bis, d.p.r. 309/90).

pericolo astratto e pericolo presunto, anche se in una prospettiva del tutto diversa, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, cit., p. 1420, nota 12, il quale sottolinea come, pur potendo le due terminologie essere utilizzate indifferentemente, esse non rappresentano due sinonimi, bensì lo stesso fenomeno visto da due versanti diversi: il pericolo è “astratto” poiché, nel qualificare come pericolosa una certa tipologia di condotta, il legislatore fa propria l’astrazione generalizzante di una legge scientifica o di una regola d’esperienza secondo cui ad ogni singola condotta di quel tipo si accompagna l’esposizione a pericolo di un certo bene giuridico; questo pericolo astratto diventa poi “presunto” sul piano processuale allorché debba procedersi all’accertamento del reato: «accertamento che, proprio perché il fatto da accertare rientra nella classe di condotte già qualificate a monte come “pericolose”, fa “presumere” la realizzazione del pericolo su cui si fonda la punibilità ed esonera così gli autori istituzionali incaricati di perseguire i reati dalla necessità di fornire la prova del pericolo».

¹⁶⁷ Ed è proprio questo l’aspetto più problematico. Se la presunzione è infatti assoluta, a nulla varrà l’eventuale difformità tra il fatto presunto e la realtà, concretandosi gli elementi di un giudizio deduttivo che ignora le particolarità del caso concreto. Per la dottrina (Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 278 e ss.) la presunzione assoluta sarebbe addirittura una finzione dato che esula dal controllo delle caratteristiche del singolo caso.

¹⁶⁸ Cfr. F. ANTOLISEI, *L’azione e l’evento nel reato*, Milano, 1967, p. 243.

¹⁶⁹ Cfr. C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 200 e ss.

Da qui il rischio, se non la quasi certezza, che i reati di pericolo presunto sfocino nell'incriminazione della mera disobbedienza. I profili di illegittimità costituzionale si paventano proprio perché in questi tipi di reato non è ammessa la prova contraria, ossia la vincibilità della presunzione di pericolo: e in ciò risiede la lesione del principio di offensività. La “scappatoia” che la dottrina elabora per “salvare” la qualificazione di pericolo presunto, consiste nella retrocessione del concetto di pericolo da probabilità di un danno per il bene giuridico, a «*possibilità che il fatto arrechi un disturbo alle condizioni essenziali per il mantenimento della vita sociale*»¹⁷⁰.

Ma la grande discrezionalità di cui gode il legislatore nella selezione dei beni e delle tecniche di tutela, non può spingersi fino al punto di affermare, *ex abrupto*, l'esistenza di un nesso causale. Ritenerne un fatto contrario al bene della società è una valutazione politica, presumere che il fatto possa cagionare un evento dannoso è invece un giudizio causale che soltanto il giudice può affrontare. Se così non fosse, verrebbe automaticamente leso il sistema eretto dagli articoli 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost. e le fattispecie di pericolo presunto, in senso stretto, sarebbero costituzionalmente illegittime, prevedendo la punibilità di comportamenti del tutto privi di idoneità a causare un determinato evento (inteso come contenuto offensivo del reato), basando la responsabilità penale del soggetto sul compimento di un fatto solo formalmente corrispondente alla tipologia descritta nella norma, ma in realtà privo di offensività. In siffatte ipotesi l'interprete può ben poco e rimediare all'imprecisione della delimitazione della c.d. pericolosità risulta praticamente impossibile, fallendo il tentativo di aggancio al fatto tipico¹⁷¹. Ancora, tentare di giustificare la previsione sulla

¹⁷⁰ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 294 e ss.

¹⁷¹ Esempio da riportare, è l'art. 445 c.p.: “Somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica”. La realizzazione del fatto dovrebbe, e il condizionale a questo punto è d'obbligo, determinare un pericolo, ma andando a scavare sotto la superficie, vediamo che rientrano nel caso tanto situazioni realmente pericolose, quanto fatti del tutto manchevoli di pericolosità in genere. L'espressione “somministrare sostanze medicinali in specie, quantità o qualità non corrispondenti alle ordinazioni mediche” è troppo vaga e abbraccia diverse circostanze praticamente innocue, come la somministrazione in una quantità inferiore a quella prescritta. Al realizzarsi di condizioni come questa, la pretesa onnipresenza del pericolo che la norma predica, non trova appiglio nella pratica, andando incontro a violazioni del principio di legalità. Altro caso problematico è rappresentato dall'art. 707 c.p. (c.d. reato di sospetto) che punisce con l'arresto fino a due anni “chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio” è colto in possesso di chiavi o strumenti atti a forzare serrature, di cui non sia in grado di giustificarne, appunto, il possesso. La presunzione dovrebbe essere considerata ovviamente costituzionalmente illegittima alla luce del combinato disposto degli artt. 25 e 27 Cost. che basano la comminazione e l'inflizione della pena alla commissione del fatto e assolutamente non alla pericolosità del soggetto. Gli strumenti suddetti non possono essere considerati di per sé idonei ad offendere il

base della messa in pericolo di un interesse generale, affinché non vengano alterate le condizioni di convivenza, è una forzatura che non pagherebbe in termini di risultato.

2.8. I reati di pericolo diretto e indiretto.

Un'ultima distinzione, per i fini che interessano alla presente ricerca, è quella tra fatti di pericolo diretto e fatti di pericolo indiretto. Diretto è quel pericolo che si riferisce ed è direttamente collegato al bene giuridico tutelato; indiretto è quel pericolo che si riferisce ad un *quid* negativamente valutato che però non consiste ancora nella lesione del bene giuridico¹⁷². Altra dottrina utilizza varie espressioni per indicare quest'ultimi: «*reati di pericolo di pericolo*» (non essendo il pericolo configurabile come probabilità lesiva), «*reati ostativi*» (le incriminazioni non colpiscono comportamenti offensivi di un bene, ma tentato di prevenire il realizzarsi di azioni effettivamente lesive o pericolose, punendo quegli atti suscettibili di essere considerati, al più, premesse idonee per la commissione di altri reati ma da valutarsi al momento solo come atti anteriori al tentativo punibile), «*reati di scopo*» (incriminanti la realizzazione di situazioni che lo Stato ha interesse ad impedire).¹⁷³ Orbene: nelle fattispecie di pericolo astratto vi è sempre una connessione diretta con il bene giuridico tutelato, sia esso espresso o inespresso¹⁷⁴. Invece nei reati di pericolo concreto, ove –si ricorda- il pericolo è elemento espresso della fattispecie- il pericolo può riferirsi sia alla lesione del bene giuridico tutelato che ad un evento intermedio a sua volta collegato con il bene giuridico. In altre parole, in queste tipologie di reato possiamo riscontrare un diverso grado di anticipazione della tutela penale: potremmo così avere, fattispecie di pericolo concreto diretto (come ad esempio gli artt. 423, 428, 433, 434 del c.p.) o, al contrario, ipotesi di pericolo indiretto (ad esempio artt. 424, comma 1, 427, comma 1, 429, comma

patrimonio al di fuori di un'azione predisposta a tal fine: il pericolo è assente, potrebbe sorgere qualora il soggetto decidesse di attivarsi per commettere un delitto adoperando le chiavi e i grimaldelli, ma ciò non è previsto dalla norma.

¹⁷² Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 179.

¹⁷³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 210 e ss.

¹⁷⁴ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 180. Secondo l'Autore «questa affermazione è ovvia nelle ipotesi di bene giuridico espresso, ma a ben vedere è esatta anche nelle ipotesi in cui il bene giuridico non è menzionato. Infatti in questi casi il bene si ricava in via di interpretazione (...). Ma una volta ricavato il bene giuridico, il collegamento tra esso e la fattispecie di pericolo astratto è instaurato, dunque è diretto; non esiste, insomma, un elemento intermedio al quale si riferisce il pericolo astratto, e che è posto tra il pericolo astratto e la lesione del bene giuridico, come invece nelle ipotesi di pericolo indiretto menzionate».

1 o 331 c.p.)¹⁷⁵. Ciò comporterà che l'anticipazione della tutela penale vada valutata alla luce dell'adeguatezza del mezzo rispetto allo scopo: circostanza non particolarmente complicata in determinate situazioni in cui, a dispetto della distanza che le separa dall'offesa del bene, quest'ultimo c'è e si vede (es. possesso di sostanze nucleari), ma difficile da riscontrare in quelle condotte consistenti in attività lontanamente preparatorie e prive di un pericolo sostanziale per il bene finale, non rilevando il fatto che esso possa risultare di rango primario¹⁷⁶.

Infatti, per poter discernere i fatti di pericolo diretto da quelli di pericolo indiretto, fondamentale è il ruolo del bene giuridico nonché il principio di proporzione. Infatti le fattispecie di pericolo indiretto rilevano penalmente nel momento in cui si riferiscono a beni costituzionali fondamentali e primari, ma non a quelli secondari: la pena detentiva è proporzionata al pericolo indiretto quando si tratta di beni giuridici fondamentali (es. atti preparatori di fatti di terrorismo eversivo), non lo è quando ci si riferisce a beni primari, per i quali è sufficiente la pena pecuniaria. In questo secondo caso la restrizione della libertà personale prodotta per mezzo della detenzione, costituisce una punizione eccessiva e sicuramente sproporzionata se rapportata a un'offesa indiretta e scarsamente lesiva del bene tutelato. Quest'ultimo deve necessariamente essere di rilievo costituzionale. In questo modo, l'interpretazione qui riportata, prospetta un processo di ricostruzione dell'ordinamento penale a partire dalla Costituzione: la dottrina dovrebbe valutare se le norme penali tutelano effettivamente beni di rilievo costituzionale; individuare il bene di volta in volta tutelato; e solo a questo punto riconoscere nella fattispecie esaminata una fattispecie di lesione, di pericolo diretto o indiretto¹⁷⁷.

Nei reati di pericolo indiretto è chiaro che il legislatore anticipa la soglia della punibilità arretrandola al *pericolo del pericolo di una lesione* ad un bene giuridico. Normalmente si distinguono in reati di pericolo con evento pericoloso, in cui la tutela interviene nel un momento anteriore della creazione del pericolo di quegli accadimenti (come ad esempio quando la legge incrimina il danneggiamento seguito dal pericolo di uno degli accadimenti pericolosi di cui agli artt. 424, 427 ecc., c.p.); reati con anticipazione del pericolo a fatti prodromici e preparatori che svolgono una funzione cautelativa per scongiurare l'insorgere di un futuro pericolo del ben protetto

¹⁷⁵ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit.

¹⁷⁶ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 303.

¹⁷⁷ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 184 ss.

(normalmente vengono fatti rientrare in tale categoria il possesso ingiustificato di grimaldelli, art. 707 c.p.).

I delitti di “pericolo di pericolo” sollevano delicate problematiche di costituzionalità¹⁷⁸ sia in rapporto al principio di offensività¹⁷⁹ sia in relazione al principio di colpevolezza. Dal primo punto di vista si è osservato che tali reati «*rappresentano una grave deviazione dal principio di offensività in quanto puniscono attività spesso remotamente preparatorie rispetto alla vera e propria esposizione al pericolo e quindi inidonee ad attingere un livello seppure minimo di rilevanza nella prospettiva dell’offesa (reale e non solo retoricamente affermata) del bene protetto*»¹⁸⁰. In effetti, la nozione di pericolo, intesa come probabilità dell’evento lesivo, sembra subire, in tale contesto normativo, una tale “diluizione e trasfigurazione” di significato, da ridursi in un vero e proprio effigie dell’offesa¹⁸¹. L’anticipazione –indotta dal rango primario del bene protetto- della soglia di punibilità ad uno stadio di tutela assai remoto rispetto al pericolo comune diretto, finirebbe con il creare un irrimediabile *vulnus* del principio di offensività e, di riflesso, dei canoni di proporzione e di sussidiarietà del ricorso allo strumento penale¹⁸². I dubbi di costituzionalità sembrano permanere anche considerando l’autorevole tesi secondo cui, nonostante il carattere modesto del rischio corso dall’interesse protetto, i reati di pericolo indiretto dovrebbero essere ritenuti conformi al principio di offensività sul presupposto del collegamento –sia pure labile- ravvisabile tra

¹⁷⁸ Cfr. G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 600. Secondo gli Autori ciò che accomuna, da un punto di vista strutturale, gran parte dei reati di pericolo indiretto o di pericolo di pericolo è la configurazione di reati a se stanti di atti preparatori – a volte lontanamente preparatori di altri fatti delittuosi. Di regola penalmente irrilevanti per la lontananza dal risultato lesivo e per la bassa pericolosità per il bene giuridico, i fatti di pericolo indiretto vengono incriminati non solo per reprimere l’offesa incarnata dal reato di pericolo indiretto ma anche per prevenire la commissione di futuri reati. Incompatibili con il principio di offensività se utilizzata in funzione solo preventiva tale forma di pericolo si concilierebbe invece con tale principio solo se assolve anche ad una funzione repressiva: il vero banco di prova della legittimità costituzionale di tali reati, sarebbe dato solo dal principio costituzionale di proporzione. Essendo, ad esempio, il bene dell’incolumità pubblica indispensabile per la sopravvivenza stessa della società sarebbero dunque ammissibili incriminazioni del pericolo indiretto poste a presidio di tale bene.

¹⁷⁹ Secondo F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 185, per il principio di proporzione queste fattispecie possono rilevare penalmente soltanto se riferite al bene costituzionale fondamentale e ai beni costituzionali primari, guardando la pena in base a quest’ultima distinzione.

¹⁸⁰ Cfr. G. DE VERO, *Introduzione al Diritto Penale*, Torino, 2002, p. 177.

¹⁸¹ Cfr. G. DE VERO, *Introduzione al Diritto Penale*, Torino, 2002, p. 177.

¹⁸² Cfr. G. DE VERO, *Introduzione al Diritto Penale*, Torino, 2002, p. 178, secondo il quale l’innegabile componente di disvalore dei comportamenti che realizzano altrettante attività preparatorie rispetto alla vera e propria offesa dei beni coinvolti può trovare adeguato contrasto nella predisposizione di sanzioni punitive amministrative ovvero nella utilizzazione di misure di prevenzione coerenti con una più adatta costruzione delle relative situazioni in termini di fattispecie soggettive di pericolosità.

la condotta vietata e il bene tutelato, nonché della funzione, assegnata a tali fattispecie, di frapporre un impedimento già al compimento di fatti pericolosi¹⁸³. Se è vero che i reati di pericolo indiretto non sono dei reati di mero scopo¹⁸⁴, ciò che è in discussione non sarebbe tanto la sopravvivenza o meno di una sia pur debole proiezione offensiva sull'interesse protetto, quanto piuttosto il rispetto della condizione della ragionevolezza ed apprezzabilità, di per, se del grado marginale dell'offesa¹⁸⁵.

Passando, poi, al profilo della sussidiarietà non sembra possibile compensare il dato obiettivo dell'esiguità dell'offesa esclusivamente mediante il riferimento al livello preminente dell'interesse protetto. Se è vero che l'irrelevanza penale in se di determinate forme di anticipazione della tutela potrebbe subire, in alcune ipotesi, un'eccezione subordinata alla duplice condizione che si tratti di tutelare beni indispensabili per la stessa sopravvivenza della società (come la salute o l'incolumità pubblica) e che la condotta tipizzata sia generalmente pericolosa (ovvero non così remota dal risultato lesivo da rilevarsi un pericolo doppiamente indiretto)¹⁸⁶. Ciò considerato si tratta di verificare la praticabilità, allo stato attuale, di correttivi ermeneutici diretti, se non ad eliminare, quanto meno a ridurre il *deficit* di offensività e di proporzione che affligge strutturalmente la categoria dei reati di pericolo indiretto.

Inutile specificare che anche questo schema presenta indubbi confini di presunta illegittimità costituzionale.

¹⁸³ Cfr. G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 600.

¹⁸⁴ Per altra parte della dottrina, invece, i reati di pericolo indiretto vengono, spesso, accostati ai c.d. reati di scopo che non hanno alcuna connessione con il bene protetto e per i quali parlare di pericolo sarebbe davvero eccessivo, vista la distanza che li separa nei fatti dal principio di offensività. Infatti, al pari dei reati c.d. di scopo anche i fatti di pericolo indiretto rischiano di caratterizzarsi per l'assenza di una vera e propria offesa a causa dell'anticipazione eccessiva dell'incriminazione a fasi prodromiche o per la mancanza addirittura del bene giuridico. Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 300 e ss.

¹⁸⁵ Cfr. G. DE VERO, *Introduzione al Diritto Penale*, Torino, 2002, p. 177.

¹⁸⁶ Si veda G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 602.

Capitolo terzo

I reati di pericolo presunto tra dogmatica e politica criminale. Verso una nuova sistematica della categoria.

SOMMARIO: 3.1. Premessa: il punto della questione; 3.2. Le ragioni politico-criminali (non del tutto condivisibili) che legittimano il ricorso ai reati di pericolo presunto; 3.3. Il problema dell'illegittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto; 3.3.1. La punizione della mera disobbedienza; 3.3.2. ... e dell'inosservanza di provvedimenti amministrativi di autorizzazione; 3.3.3. *Ulteriori profili di presunta illegittimità costituzionale: i problemi processuali di accertamento del pericolo*; 3.4. Un tentativo di superamento delle aporie della categoria dei reati di pericolo presunto; 3.4.1. *La teoria della presunzione relativa*; 3.4.2. *L'esperienza tedesca: l'Alternativ-Entwurf*; 3.4.3. *La ragionevolezza come parametro di controllo delle scelte del legislatore*; 3.4.4. *Il principio di precauzione come limite all'anticipazione della tutela penale*.

3.1. Premessa: il punto della questione.

Il legislatore si è servito sempre di più, negli ultimi decenni, della categoria dei reati di pericolo come tecnica di tipizzazione privilegiata di anticipazione della tutela penale, soprattutto in determinati settori del nostro ordinamento, come l'ambiente, la criminalità economica o la circolazione stradale, per la ragione politico-criminale di scongiurare un nocuo evento effettivo dei beni in questione, laddove un intervento tardivo comporterebbe la perdita degli stessi. Si è in precedenza accennato come non si disconosca, nè si "demonizza", questo modo di operare in via anticipata da parte del legislatore a patto, però, che non vengano sacrificati i principi garantistici in materia penale, primo fra tutti quello di offensività, che, al di là di poche voci dissonanti in dottrina¹, resta un punto fermo ed insuperabile nella previsione legale di qualsiasi fattispecie di reato. Questo, in quanto, almeno per la tesi che avalliamo, non può esservi conformità al tipo se il fatto non presenta i caratteri della necessaria lesività².

¹ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006. Il progressivo svuotamento della categoria del bene giuridico ha inevitabilmente determinato la crisi del principio di offensività. È noto, infatti, che tale principio nasceva come criterio di controllo —sul piano delle tecniche di tutela— della necessaria «costituzionalizzazione» degli interessi protetti, ovvero come «cerniera di chiusura» di quel sistema; ebbene, con la progressiva dequotazione del bene giuridico e la sua riconsegna al libero arbitrio della politica criminale, il principio di offensività ha progressivamente perduto il proprio *ubi consistam*, riducendosi, per lo più, a codice descrittivo capace di visualizzare la struttura della fattispecie alla volta considerata, più che a criterio in grado di controllarne la legittimità. Tuttavia, la perdita dell'originario ruolo egemone nella teoria del «bene giuridico costituzionalmente orientato», e l'appiattimento su una funzione sostanzialmente servile o pedissequa, non hanno condannato il principio di offensività all'estinzione, ma, piuttosto, ne hanno determinato un progressivo ridimensionamento. Infatti, esso ha costituito —con il principio di materialità e del *nullum crimen sine iniuria*— uno strumento di difesa contro le tendenze soggettivistiche del diritto penale e ha assunto il ruolo di canone ermeneutico per la ricostruzione delle fattispecie.

² Si rinvia ampiamente sul punto al § 2.5., Capitolo secondo, Parte I, del presente lavoro.

Dalla disamina delle tipologie dei vari reati di pericolo, affrontata nel capitolo precedente, si è avuto modo di chiarire che non sono da considerarsi illegittime ogni forma di anticipazione della tutela penale, poiché è lo stesso principio di offensività che indica al legislatore la possibilità di strutturare la fattispecie, a livello di tecnica di tipizzazione del fatto, o come di lesione o di mera messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Si è anche visto che, a seguito della nascita di determinati beni giuridici c.d. emergenti, questo modo di intervento del diritto penale appare l'unico, a volte, per apprestare una tutela efficace di specifici interessi. Ciò su cui si è obiettato è sulle forme d'intervento penale che anticipano la tutela in modo talmente eccessivo da indietreggiare la protezione del bene ad una fase antecedente anche la messa in pericolo dello stesso, finendo per incriminare non il fatto, bensì il pericolo del pericolo che da una certa condotta possa derivare offesa ad un interesse in gioco, finendo per colpire, attraverso la sanzione penale, meri atti preparatori o, ancor peggio, la personalità del soggetto nonché la mera disobbedienza. Con il rischio di perdere di vista la regola, che non è una congettura, che il nostro è un diritto penale del fatto e non del soggetto, o della volontà³.

Nella disamina delle varie categorie dei reati di pericolo, si è appurato che il modello dei reati di pericolo concreto non solleva particolari problemi dal punto di vista –almeno in astratto– del rispetto del principio di offensività, posto che, come già detto, è lo stesso legislatore a subordinare l'assoggettabilità a pena all'accertamento, da parte del giudice, della concreta pericolosità della condotta realizzata dall'agente. In conformità alla visione del reato come fatto tipico offensivo, dunque, la punibilità è ancorata alla verifica dell'offesa all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice violata⁴.

Diversa, e senza dubbio più complessa, dal punto di vista della coerenza con il principio di offensività del reato, è invece la problematica relativa ai reati di pericolo astratto, nei quali è ben possibile che la condotta, astrattamente pericolosa, incriminata in quanto tale dal legislatore, si riveli innocua nel caso concreto, con il conseguente

³ Si rinvia ampiamente a G. MARINUCCI, *Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1-23.

⁴ Nel caso in cui il giudice di merito riscontrasse l'assenza di pericolosità del fatto commesso, l'imputato andrà assolto ex art. 530, comma 1, c.p.p. con la formula "perché il fatto non sussiste", in quanto il pericolo in questo caso è elemento costitutivo del fatto tipico.

rischio di punire anche fatti concretamente inoffensivi⁵. Tuttavia si è sottolineato come, la presumibile incompatibilità dei reati di pericolo astratto con il principio di offensività, si ritiene superabile attesa la possibilità della vincibilità della presunzione di pericolo - che è quindi da ritenersi relativa- da parte del soggetto agente che è sempre ammesso a provare il contrario, cioè la non pericolosità della sua condotta diretta a ledere il bene giuridico tutelato; ed ancora, attraverso, poi, l'elaborazione della categoria dei reati di pericolo "astratto-concreto" –nonostante vi sia chi in dottrina ha rimarcato l'inutilità di procedere all'ideazione di una nuova classe dogmatica che finisce col confondere le idee all'interprete⁶- viene richiesto pur sempre un accertamento da parte del giudice circa la pericolosità della condotta del soggetto agente. Di guisa che, trasferendo –ossia reinterpretando molte forme classiche di reato di pericolo astratto- nella categoria *testè* riferita, si sono ricondotte molte fattispecie nell'alveo del rispetto del principio di necessaria lesività, dal momento che, già quando il giudice procede alla sussunzione del fatto storico nel tipo, dichiarandolo cioè compatibile con una fattispecie prevista, vuol dire che risulta superato, con esito positivo, il giudizio di conformità con il principio di offensività: se effettivamente "tipico", un fatto non può che contenere in sé anche l'offesa. Dunque, qualsiasi indagine circa l'offensività del fatto storico deve, per così dire, essere "assorbita" dall'indagine circa la corrispondenza dello stesso alla fattispecie astratta.

Le ragioni politico-criminali che inducono il legislatore, tutt'oggi, a ricorrere a fattispecie di reati di pericolo astratto, che anticipano il pericolo ad una fase maggiormente arretrata rispetto anche ai reati di pericolo concreto, come si è visto, risiedono nell'asserita idoneità di questa categoria a far fronte, nella odierna realtà socio economica, alla tutela di determinati beni che spesso non è realizzabile, o sarebbe insufficiente, se ristretta alle sole ipotesi di pericolo concreto.

Si è rilevato di recente come, anche al di là di insuperabili esigenze politico criminali di soddisfacimento del bisogno di sicurezza tipico della c.d. società del rischio⁷, l'adozione di misure di pericolo astratto sia la conseguenza della natura del

⁵ Cfr. G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 59 e ss.

⁶ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, Milano, 2012, pp. 160 e ss.

⁷ Oggi viviamo in quella che viene definita società del rischio; per fronteggiarlo la linea guida seguita dal legislatore si muove nel solco di un diritto penale della prevenzione che valorizza, appunto, le categorie dei reati di pericolo astratto e presunto, attesa l'incapacità del diritto penale classico di farsi carico della

bene oggetto di protezione in quanto la fisionomia dei beni sovra-individuali, come detto, comporta l'esigenza di una forte anticipazione della tutela⁸. Insomma, la ragione dell'esistenza di fattispecie incentrate sul pericolo astratto sta proprio nella prevenzione di pericoli dotati intrinsecamente di particolare diffusività, almeno quando concorrono una serie di ulteriori fattori di rischio non integralmente prevedibili e dominabili *ex ante*, e di prevenirli in una fase prodromica rispetto alle concrete minacce per le vittime; nonché nella constatazione della tendenziale incontrollabilità di fenomeni innescati da eventi di danno materiale e della imprevedibilità della direzione dei loro effetti⁹.

Diversi, a nostro avviso, profili di presunta illegittima costituzionale per violazione del canone della necessaria lesività del fatto, posseggono i reati di pericolo presunto, da distinguersi dalla fattispecie attigua del pericolo astratto e da trattare separatamente da quest'ultima¹⁰, come sottolineato nel capitolo precedente.

Nonostante ritenute ragioni di politica criminale circa il mantenimento delle relative previsioni nel nostro ordinamento, a nostro avviso, non poche fattispecie di reato di pericolo presunto, attualmente esistenti nella legislazione italiana, soprattutto nella normativa *extra codicem*, andrebbero eliminate attraverso una depenalizzazione *tout court* o intervenendo, per la tutela di siffatti beni giuridici -per i quali oggi è

soluzione dei problemi della moderna società. Così A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 71 e p. 314.

⁸ Su queste problematiche si veda K. VOLK, *La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale e processo*, trad. it. a cura di A. CAVALIERE, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, pp. 175 e ss.

⁹ In breve: ove, sulla base di una ricognizione delle caratteristiche del complessivo contesto spazio-temporale, sia verosimile la possibilità che una molteplicità di persone, in numero indeterminato, siano presenti nel raggio di azione delle condotte illecite e quindi ne divengano vittime, si può ritenere sussistente quella diffusività che giustifica l'incriminazione dei comportamenti stessi come lesivi della pubblica incolumità (una diffusività che peraltro è oggetto di effettivo accertamento solo rispetto a disastri naturali, non rispetto a disastri aventi ad oggetto mezzi di trasporto, per i quali è corretto affermare che le potenzialità espansive del pericolo sono intrinseche). Resta peraltro impregiudicata, ai fini della conformità di tali fattispecie al dettato costituzionale, l'esigenza di un riscontro, rispetto all'evento di danno, della sussistenza di determinati parametri che fungano da indici rivelatori del pericolo per una pluralità indeterminata di persone: la verifica della causazione del danno non potrà quindi mai valere a surrogare quella dei suoi connotati strutturali e tipologici che evidenzino una dimensione pericolosa in rapporto al bene finale collettivo. Così, A. GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità. Reati di comune pericolo mediante violenza* tomo I, Milano, 2008, pp. 135 e ss.

¹⁰ Noi avalliamo la posizione di coloro che vedono i reati di pericolo presunto come categoria autonoma e sganciata dai reati di pericolo astratto e da trattare separatamente. Tra coloro che non scorgono alcuna separazione tra tali categorie di reato cfr. A. THOMSEN, *Das Deutsche Strafrecht. Besonderer Teil*, Berlin, 1907, p. 444; F. ANTOLISEI, *Sul concetto di pericolo*, in *Scuola pos.*, 1914, p. 29; O. VANNINI, *Reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto (a proposito del reato di incendio)*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1918, p. 345; S. CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 4; Cfr. G. GRASSO, *L'Anticipazione della tutela penale*, cit., p. 697.

adoperato lo schema della presunzione assoluta di pericolo-, con tecniche di tutela di natura *extrapenale*.

3.2. Le ragioni politico-criminali (non del tutto condivisibili) che legittimano il ricorso ai reati di pericolo presunto.

Le ragioni politico-criminali che giustificano il ricorso, da parte del legislatore, allo schema del pericolo presunto, sono da rintracciare, secondo parte cospicua della dottrina¹¹, nel carattere immateriale di taluni beni di “recente conio” (ambiente, economia pubblica, trattamento dei dati personali, ecc.) attesa l’impossibilità di una loro lesione in senso naturalistico. Ciò ha reso necessaria, per non dire obbligata, la scelta di ricorrere a tale forma di tutela, essendo alquanto difficile, per non dire impossibile, costruire la fattispecie penale attorno a un danno o ad una messa in pericolo concreta quando, oggetto di protezione, sia un bene super-individuale¹². Sempre di “scelta obbligata” a favore del modello di illecito di pericolo presunto si ritiene doversi parlare anche nel caso in cui il bene da tutelare rientri nell’alveo dei c.d. beni collettivi ossia di quelle entità che, per il loro carattere superindividuale e per le loro notevoli dimensioni, possono essere lese soltanto da c.d. “attività seriali”, ossia dal cumularsi di una molteplicità di azioni criminose dello stesso tipo¹³.

La singola condotta difatti, salvo che non assuma dimensioni gigantesche, non sarebbe in grado di creare un pericolo concreto per i beni collettivi, con la conseguenza che, se il legislatore si dovesse attenere allo schema dei reati di danno o di pericolo

¹¹ Cfr. A. MERLI A., *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 373.

¹² Ad esempio è possibile affermare che la forma del pericolo presunto (astratto) si rivela, ad esempio, l’unica strada percorribile nel caso in cui lo stato delle conoscenze scientifiche, pur lasciando sospettare la generale pericolosità di una classe di comportamenti, non sia in grado né di affermare né di negare con certezza che la singola condotta sia concretamente pericolosa, posto che in tal caso il ricorso allo schema del pericolo concreto comporterebbe, nella maggior parte dei casi, l’impossibilità per il giudice investito della questione di giungere ad pronuncia di condanna, che, in quanto tale, deve necessariamente poggiare su un’affermazione di responsabilità “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Ancorare la sussistenza del reato alla verifica in concreto del pericolo legato al comportamento vietato significherebbe pertanto agevolare l’imputato, imponendo in capo al giudice e all’organo requirente una vera e propria *probatio diabolica*.

¹³ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 353. Secondo l’Autrice «per la tutela di beni super individuali di natura collettiva o istituzionali, l’incriminazione della messa in pericolo è considerata insufficiente: il progresso tecnico e le stesse esigenze della vita moderna, che hanno moltiplicato e diffuso i fattori di rischio, esigono una tutela più avanzata, corrispondente a una situazione di pericolo anteriore a quella del tentativo di lesione».

concreto, la tutela penale di beni giuridici di tale importanza verrebbe irragionevolmente confinata ad ipotesi eccezionali¹⁴.

Ancora: la ragione di tutelare, attraverso lo schema del pericolo presunto, determinati beni, risiede, secondo la maggior parte della dottrina, in un'asserita incompatibilità dello stesso schema del reato di pericolo concreto con la tutela di determinati interessi¹⁵. I reati di pericolo presunto (o astratto) hanno trovato largo impiego con l'evolversi della società moderna che ha snaturato il modello tradizionale del diritto penale della protezione dei beni giuridici e ha visto emergere beni, di natura superindividuale o collettiva, la cui tutela non è più compatibile con i caratteri propri del diritto penale del danno. Per questi beni «*l'infrazione della norma non può essere formulata attraverso un illecito di danno o di pericolo concreto*» e «*il delitto di pericolo presunto risulta essere la sola forma adeguata di tutela penale*»¹⁶.

Anzi: proprio la consapevolezza dell'assenza di una definizione unitaria di bene giuridico unita alla coscienza della grande manipolabilità del concetto stesso¹⁷, ha fatto propendere, parte della dottrina, soprattutto negli ultimi tempi, a ritenere impossibile

¹⁴ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 568, i quali riportano, come esempi eccezionali in cui una singola condotta è stata in grado di ledere un bene collettivo (*rectius*: diffuso) come l'ambiente, i disastri di Seveso e Chernobyl. Si pensi, ad esempio, proprio alla tutela dei beni ambientali. Senza entrare nella specifica questione della compatibilità dei reati ambientali con il principio di offensività, è sufficiente evidenziare che, derivando i danni all'ambiente dagli effetti "cumulativi" di una serie di azioni tra loro differenti, in sede processuale risulterebbe estremamente difficile provare il nesso di causalità tra una singola condotta inquinante e l'evento dannoso. Pertanto, al fine di evitare che l'interesse alla salvaguardia dell'ambiente rimanga privo di una qualsivoglia tutela penale, l'unica via percorribile è offerta dallo schema dei reati di pericolo presunto, il quale consente al legislatore di incriminare quelle condotte, la cui normale pericolosità deriva – in base a consolidate regole di esperienza – dal possibile cumularsi con altre condotte. A titolo esemplificativo, si pensi alla purezza dell'acqua di un grande fiume che, senza dubbio e salvo ipotesi eccezionali, non può essere compromessa dalle sostanze inquinanti occasionalmente fuoriuscite dagli impianti di una piccola impresa, ma soltanto dal combinarsi di questo accadimento con altri dello stesso tipo, precedenti, concomitanti e successivi. Sul punto cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 568; C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AV.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, pp. 32 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2015, pp. 298 e ss.; G. FIANDACA– E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna 2014, p. 206.

¹⁵ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 354: «per alcuni beni lo schema del reato di pericolo astratto e il modello imperniato sull'illecito di pericolo presunto, non solo sono gli unici praticabili, ma sembrano offrire maggiori garanzie in una prospettiva di prevenzione generale e di accertamento della tipicità della condotta, ancorata a parametri più facilmente afferrabili, quali sono le violazioni di natura formale o procedurale».

¹⁶ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, Milano, 2012, p. 238; B. MENDOZA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, p. 297.

¹⁷ Si veda V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 290. Si veda anche F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 84.

rinunciare a tale modello di intervento penale nei settori nevralgici *testè* elencati. Inoltre l'utilità politico-criminale dei reati di pericolo presunto non può essere certo negata se si considera che la natura dei beni bisognosi di tutela influenza, in modo decisivo, le scelte del legislatore circa le modalità attraverso cui intervenire e recide la possibilità di optare per le fattispecie di danno o di pericolo concreto quando la formulazione di un giudizio di idoneità lesiva della condotta è pressoché impossibile¹⁸.

Altra dottrina, ancora, nega che per le fattispecie in questione possa parlarsi di reati senza offesa solo per il carattere dei beni oggetto di tutela «*privi per lo più di un substrato materiale concretamente aggredibile dalla singola azione criminosa*»¹⁹. Come sottolineato, a fugare ogni dubbio va considerato che molto spesso è possibile riconvertire il bene collettivo in un diritto o in un interesse individuale più specifico²⁰, e, una nuova angolazione della tutela, da cui deriva una ridefinizione in senso restrittivo della portata normativa della fattispecie tramite l'inserimento in essa del requisito del pericolo concreto, sembrerebbe la strada corretta per rendere le fattispecie di pericolo presunto non in contrasto con i principi costituzionali. I beni collettivi e le nuove tecniche di difesa, sempre secondo questo indirizzo interpretativo, non richiedono necessariamente un abbandono quanto piuttosto una reinterpretazione delle garanzie classiche del diritto penale²¹. Il principio di offensività rimane, sì, un punto fermo del

¹⁸ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., *passim*.

¹⁹ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 28. Sul punto si trova concorde larga parte della dottrina che respinge l'avvicinamento dei reati di pericolo astratto al diritto penale soggettivo o d'autore, in quanto essi restano pur sempre vincolati, sia pure in via mediata, ad un oggetto di tutela. Il bene giuridico non è presente in maniera esplicita ma è sempre presente, costituisce il riferimento della norma nel momento in cui questa decide di incriminare condotte strumentali rispetto alla messa in pericolo del bene. Anche secondo A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 373, deve escludersi che il pericolo presunto estrometta il requisito dell'offesa dalla fattispecie legale: «Siamo fuori di un illecito personale e di un diritto penale soggettivo, ancorché inteso come strumento di difesa dei beni giuridico attraverso l'educazione o l'orientamento delle coscienze delle persone».

²⁰ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 282. Gli esempi che l'Autrice riporta si riferiscono alla tutela del pudore, che è concretizzabile nel diritto individuale di prevenire l'involontario impatto con materiali a contenuto erotico; al falso i scrittura privata, dove oggetto della tutela non è la fede pubblica, ma gli interessi probatori collegati al documento falso. Così pure nella falsa testimonianza e nella calunnia il bene specificamente tutelato dalla norma non è l'attività giudiziaria in generale, ma, nel primo caso, «la corretta formazione delle decisioni giudiziali» e, nel secondo caso, «il corretto funzionamento della giustizia penale nell'accertamento dei reati» e «la libertà dell'innocente». Perciò si riconosce pacificamente che è penalmente irrilevante la falsa dichiarazione del testimone che, avendo ad oggetto circostanze ininfluenti, non crea il pericolo di fuorviare la decisione del giudice. Come pure si afferma che devono considerarsi estranee alla calunnia le false incolpazioni di un reato, quando siano così inverosimili da non poter nascere un procedimento penale e siano quindi inidonee ad offendere i beni specificamente protetti dalla norma incriminatrice.

²¹ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit. p. 289.

diritto penale, ma deve essere reinterpretato per renderlo aderente ai nuovi oggetti e alle nuove esigenze di tutela emergenti delle società contemporanee, sempre più articolate²², svincolandosi dal concetto di danno e di pericolo concreto e assumendo una posizione ricomprendente tutte le fattispecie in cui la messa in pericolo del bene viene a trovarsi in una fase meno prossima del pericolo concreto. Non si abbandona, perciò, il campo dell'offensività, ma si deve scegliere una differente tecnica più idonea per conseguire una tutela efficace dell'interesse protetto: infatti, si può sicuramente far rientrare il pericolo astratto/presunto nel concetto generale di pericolo, valutato come «*situazione che fa apparire come possibile la lesione di un interesse giuridicamente protetto*»²³.

Infine, ulteriori considerazioni politico-criminali evidenziano come lo schema del pericolo presunto comporti minori problemi applicativi in sede processuale -dando luogo ad una vera e propria «*semplificazione probatoria*»²⁴- rispetto al modello di pericolo concreto²⁵, in cui la tipizzazione del pericolo, per l'appunto, può risultare impresa ardua a fronte di beni collettivi o superindividuali ove l'utilizzo di clausole espresse di pericolo concreto -oltre a scontare un *deficit* di determinatezza e un

²² Secondo parte della dottrina (Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 297 nonché e G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico criminali*, in G. MARINUCCI- E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 204 e ss.) occorre elaborare una nuova e più moderna formulazione della categoria dell'offensività, riducendone la rigidità. Quanto meno per la difesa dei beni primari, siano essi individuali, collettivi o istituzionali, e adeguandola sia alla struttura degli nuovi interessi penalmente tutelabili che alle nuove tecniche di tutela, la cui valutazione non deve perdere di vista l'ancoraggio al principio di necessaria lesività, nello stesso senso si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, p. 209.

²³ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pp. 283 e ss. L'Autrice sostiene che la tutela anticipata apprestata dai reati di pericolo astratto non si contrappone in maniera diretta al principio di offensività, ad esempio «la punizione della detenzione e del porto abusivo di armi è in funzione della tutela di importanti beni giuridici (vita, incolumità fisica, libertà, ecc.) aggredibili mediante un'arma, e il controllo sulla detenzione e sul porto d'arma diminuiscono il pericolo che siano utilizzate per le più diverse attività criminose. Sotto questo profilo, può ben dirsi che la detenzione e il porto abusivo d'arma creano una situazione di pericolo, per quanto astratto o presunto, nei confronti dei beni di riferimento, ravvisandosi un requisito di offendibilità nella condotta vietata. Lo stesso discorso vale per le diverse figure di associazione criminosa (ad es., mafiosa), la cui incriminazione, anticipando la soglia di punibilità ad atti preparatori, tende a prevenire il realizzarsi di altre condotte che mettono gravemente in pericolo beni primari».

²⁴ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 244, e in modo particolare sul punto Cfr. W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 381, sostiene che «è facile capire perché il legislatore sceglie questa strada (...) Rinunciando alla prova di un danno, non è più necessario giungere alla prova della causalità. Ne consegue che resta solo da provare l'atto incriminato, la cui pericolosità non sta nel giudizio del giudice, ma costituiva la motivazione del legislatore al momento della criminalizzazione dell'atto stesso. Il dovere del giudice è quindi assolutamente facilitato».

²⁵ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 209.

corrispondente significativo margine di discrezionalità giudiziale²⁶ - solo apparentemente garantisce un'offensività più profilata²⁷. Non è detto, infatti, secondo questo orientamento, che il modello del pericolo concreto rispetto a quello del pericolo astratto o presunto costituisca sempre uno strumento di "posticipazione" della soglia di intervento penale, ovvero una tecnica di configurazione di un pericolo per il bene maggiore del pericolo astratto o presunto, in quanto tutto dipende dalle modalità di tipizzazione prescelte; ad esempio, un pericolo astratto seriamente tipizzato appare assai più significativo rispetto a una concreta pericolosità ancorata a *sub* eventi o a stadi intermedi di offesa²⁸.

Nonostante le ragioni di politica criminale elencate circa la necessità dell'utilizzo dello schema del pericolo presunto, a nostro avviso tale forma di intervento penale possiede diversi profili di illegittimità costituzionale in quanto, al di là dei fini astrattamente perseguibili, non si può tutt'oggi negare che, in concreto, tale tecnica di tipizzazione del fatto viola il principio di necessaria lesività e debba, pertanto, ritenersi incostituzionale.

3.3. Il problema dell'illegittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto.

Nonostante siano tutt'oggi numerosi i nodi ancora irrisolti che accompagnano, sul terreno costituzionale, i reati di pericolo presunto (o astratto) è un dato incontestabile che tali tipi di reato si «*allargano a macchia d'olio nel diritto penale*»²⁹, tanto da essere diventati «*quasi il figlio prediletto del legislatore*»³⁰ atteso l'uso massiccio che di esso

²⁶ Sui limiti del modello di pericolo concreto cit. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, cit., pp. 184 e ss. cfr. anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 295, nt. 39, secondo cui la debolezza del radicamento empirico pone problemi anche nella tipizzazione del pericolo concreto perché, in tali casi, il "sotterfugio legale" dell'inserimento all'interno del tipo di un elemento di concreta pericolosità, non sorretto da un sufficiente corredo di esperienza, oltre a tradire un rifiuto di responsabilità da parte del legislatore e una "delega in bianco" al giudice, diventa il formite di possibili e probabili disparità di trattamento in concreto.

²⁷ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 291.

²⁸ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 290, nonché M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 53 che riprendendo un rilievo già tracciato da F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 176, relativizza la distinzione tra pericolo astratto e concreto ritenendo più proficuo recuperare la vecchia distinzione tra pericolo diretto e pericolo indiretto. Cfr. anche M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 279, il quale rileva come proprio l'astrattezza del pericolo indica, spesso, un maggiore grado di pericolosità dato che sono i fatti più pericolosi quelli per i quali il legislatore sente di potersi affidare a criteri standardizzati.

²⁹ L'espressione è di K. LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin, 1967.

³⁰ La citazione è sempre di K. LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin, 1967, p. 1. Sul punto si cita anche B. SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der*

si fa nell'ambito delle fattispecie incriminatrici. Ma non è solo il legislatore a nutrire una predilezione per un'anticipazione sempre più avanzata per la tutela penale³¹ in quanto, tutt'oggi, sono le spinte centrifughe, in atto nella letteratura giuridica europea, verso l'elaborazione di un nuovo modello di diritto penale della *post-modernità* finalizzato alla prevenzione dei grandi rischi³². L'emersione ed espansione dei beni giuridici ad ampio spettro si ritiene non sarebbe conciliabile con le caratteristiche del diritto penale del danno, a causa di un contenuto non concretamente aggredibile di tali beni dalla singola condotta criminosa³³, tanto da aver spinto, parte della dottrina, a prospettare l'unica soluzione ravvisabile nella proliferazione di fattispecie di pericolo presunto (o astratto)³⁴ -attesa anche la semplificazione probatoria, come visto, che tale modello comporta³⁵ - che dovrebbero assumere il ruolo dominante dell'illecito penale dando vita ad un «*diritto di rischio entro il quale la causalità, l'imputabilità individuale ed il criterio fondamentale dell' in dubio pro reo vengono mandati in pensione come categorie vetero-penalistiche*»³⁶. Ma si possono davvero mandare in pensione queste categorie classiche del diritto penale?. A nostro avviso no: non si possono abbandonare i principi di garanzia del diritto penale per far fronte alle esigenze della *post-modernità*, in quanto si correrebbe il rischio di snaturare lo Stato di diritto in uno Stato di polizia³⁷.

Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte, in JA, 1975, pp. 435 e ss. In Italia è stata ripresa soprattutto da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, pp. 534 e ss.

³¹ Cfr. F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, Heidelberg, 1991, p. 226.

³² Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 197 e nota 198.

³³ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 28.

³⁴ Si schierano a favore della proliferazione di fattispecie di pericolo astratto nella dottrina tedesca E. HILGENDORF, *Produktenhaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993, p. 11; K. SEELMANN, *Risikostrafrecht. Die risikogesellschaft und ihre symbolische Gesetzgebung im Umwelt und Betäubungsmittelstrafrecht*, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1992, p. 453.

³⁵ Hassemer fa notare come è facile capire perché il legislatore sceglie questa strada. «Rinunciando alla prova di un danno, non è più necessario giungere alla prova della causalità. Ne consegue che resta solo da provare l'atto incriminato, la cui pericolosità non sta nel giudizio del giudice, ma costituiva la motivazione del legislatore al momento della criminalizzazione dell'atto stesso. Il dovere del giudice è quindi assolutamente facilitato». Cfr. W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 381.

³⁶ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 226.

³⁷ Secondo F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., pp. 247 e ss., un allontanamento dalle tradizioni del diritto penale classico, porterebbe alla progressiva sostituzione dei principi dello Stato di diritto con uno Stato di prevenzione e di sicurezza molto simile allo Stato di polizia e trasformerebbe in modo radicale le democrazie occidentali privando i diritti individuali di quella tutela senza la quale non è possibile alcuna forma di democrazia. Come sottolineato anche da F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, cit., p. 25: «nel processo di modernizzazione dei propri compiti il diritto penale avrebbe esteso notevolmente le proprie capacità abbandonando la zavorra dello

A ciò si aggiunga, anche, che la sensazione di insicurezza collettiva che domina la società attuale, che rende molto più pressante la richiesta di reazioni normative in grado di assicurare la dovuta protezione, innesca un vero e proprio *corto circuito* poiché l'anticipazione della soglia della tutela penale, attraverso tali reati che puniscono condotte non ancora lesive di beni giuridici, finisce formalmente per risolversi in una sensazione di sicurezza illusoria³⁸.

Proprio queste considerazioni, unite all'ineludibile ruolo giocato dai principi garantistici in materia penale, primo fra tutti quello di offensività, hanno indotto la dottrina prevalente a nutrire diverse remore verso i reati di pericolo sia astratto che presunto in ordine ad una loro presunta incompatibilità costituzionale, tanto da affermare che essi sono sempre rimasti, in un certo senso, «*i figliastri della dogmatica penalistica*»³⁹.

Nei reati di pericolo presunto, è bene ribadirlo, esiste una presunzione *juris et de jure* di pericolo; ossia in questi casi si dà luogo alla punizione tanto se il pericolo nel caso concreto sussista, quanto se non sussista. In tali reati si presume il pericolo con presunzione assoluta che non ammette prova in contrario⁴⁰; in definitiva esso è soltanto la *ratio* che ha mosso il legislatore, rimasta però al di fuori degli elementi strutturali della fattispecie⁴¹. Anche se parte della dottrina precisa che il concetto di pericolo presunto può assumere due significati ben diversi, a seconda che ci si riferisca alla possibilità che un fatto rechi disturbo al mantenimento delle condizioni di vita in comune, ovvero si indichi la probabilità che venga arrecato un danno reale ad un bene giuridico determinato, cioè la relazione di possibile collegamento causale fra condotta ed evento dannoso per il bene tutelato⁴², non è difficile accorgersi che il pericolo presunto non è compatibile con i principi contenuti nella Costituzione, e ciò per una serie di motivi.

Stato di diritto, che risulta di ostacolo nel processo di esecuzione delle nuove sanzioni, e sostituendo il controllo del comportamento alla ritorsione per il reato, e la tutela delle funzioni a quella del bene giuridico».

³⁸ Cfr. F.X. KAUFMANN, *Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie*, in *Gesellschaft und Unsicherheit*, Stuttgart, 1987, pp. 37 e ss.

³⁹ Così F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, cit., p. 45.

⁴⁰ Sul punto emblematica è la constatazione di Antolisei secondo cui non si tratta di una forma speciale di pericolo ma semplicemente di una presunzione di pericolosità. Cfr. F. ANTOLISEI, *L'Azione e l'evento nel reato*, Milano, 1982, p. 142.

⁴¹ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 284.

⁴² Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 386.

Innanzitutto, attesa la non vincibilità della presunzione di pericolo, nei reati di pericolo presunto è come se il legislatore, già in astratto, desse per provata l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta del soggetto e l'evento in senso giuridico. Presumere che un fatto possa produrre un certo evento, sarebbe, in questo caso, un giudizio di tipo causale (prognostico) che solo il giudice –soprattutto in materia penale– può compiere: il legislatore non può sostituirsi a lui in quest'opera⁴³. Come afferma autorevole dottrina, «se c'è una cosa che il legislatore assolutamente non deve e non può fare, per quanta libertà gli si voglia concedere, è quella di affermare l'esistenza di un nesso causale là dove questo non esista»⁴⁴. In questo modo verrebbero violati gli artt. 25, comma 2, e 27, comma 3, della Costituzione, non solo perché ci troveremmo davanti ad «una disposizione di legge che attribuisce la responsabilità penale di un evento al di fuori del possibile collegamento causale con l'azione»⁴⁵, ma anche perché verrebbe totalmente vanificato il principio di offensività. Atteso che l'art. 25, comma 2, Cost., presuppone che al centro del reato vi sia un *fatto* lesivo, cioè capace di offendere un interesse socialmente rilevante, in assenza di tale carattere della necessaria lesività, verrebbe clamorosamente aggirato lo stesso principio di legalità nonché la garanzia di libertà apprestata al cittadino dalla Costituzione: «la legge, infatti, potrebbe ricollegare l'applicabilità di una pena alla commissione di una qualsiasi, insignificante, violazione di una regola»⁴⁶. La legge non può “fingere” che si sia realizzata la possibilità di una determinata offesa; in quanto si ricava che la Costituzione, attraverso le norme citate, esprime l'esigenza che il soggetto cui si applica la sanzione penale «sia proprio quello che ha commesso un fatto dotato di disvalore: ma se questo fatto è implicitamente identificato dalla legge stessa nella creazione di un pericolo, non ha commesso il fatto colui che ha tenuto un comportamento assolutamente inidoneo a determinare il

⁴³ Diverso sarebbe che un fatto sia contrario al bene della società: in questo caso si tratterebbe di un giudizio di valore, politico, di opportunità che solo il legislatore può compiere senza che il giudice si sostituisca a lui. Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 387.

⁴⁴ Cfr. sempre M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 387. Anche un autore come Binding che riconosceva una quasi illimitata autonomia al legislatore in merito alla determinazione dell'oggetto di tutela, comunque negava che lo stesso potesse sostituirsi al giudice nella constatazione dell'esistenza di un nesso di causalità. Cfr. K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Erster Band, 3, Aufl., Leipzig, 1916, p. 340.

⁴⁵ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 388.

⁴⁶ ID., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 388.

danno»⁴⁷. Per queste ragioni le disposizioni di legge riguardanti i reati di pericolo presunto, nella misura in cui prevedono la punibilità di comportamenti del tutto idonei a causare quell'evento (che dovrebbe costituire il contenuto offensivo del reato), fondano la responsabilità penale su di un fatto inoffensivo, e, pertanto, sono da ritenersi costituzionalmente illegittime⁴⁸.

Diversi reati di pericolo presunto, contenuti nel codice, sono quelli posti a tutela dell'incolumità e della salute pubblica, ove, guardando alla struttura delle fattispecie, sembra addirittura che essi escludano la rilevanza giuridica dell'assenza di pericolosità⁴⁹. Un esempio può essere il delitto previsto all'art. 435 c.p., "Somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica"⁵⁰, o l'art. 707 c.p., "Possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli"⁵¹. Trattasi di due reati di pericolo presunto in cui non si riscontra neanche una generale pericolosità: in essi la condotta posta in essere non soddisfa neanche i requisiti di idoneità del tentativo ed è al

⁴⁷ Ad avviso di M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 388, nt. 133, il problema dei reati di pericolo presunto sta precisamente nel fatto che la legge intende porre a fondamento sostanziale dell'incriminazione, la creazione di un pericolo ma poi, per un cattivo impiego (più o meno consapevole) della tecnica legislativa, connota il fatto attraverso elementi contenutisticamente troppo "poveri", tali cioè che è possibile una conformità del fatto ai requisiti posti dalla fattispecie senza che sia anche violato quell'interesse protetto e senza che, tuttavia, esistano i margini per una interpretazione teleologica correttiva.

⁴⁸ Perveniva a questa soluzione già M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 6, nonché F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIX, 1973, p. 86 e V. PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica dei reati di pericolo*, cit., pp. 72 e ss.

⁴⁹ Si tratta di alcuni reati di pericolo in cui, per cattivo uso della tecnica legislativa, la determinazione della pericolosità, è stata ancorata ad indici talmente poco precisi, poco pregnanti, che una sfasatura tra fatto tipico e pericolo può talora risultare inevitabile. Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 391.

⁵⁰ Secondo M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 391: «il tenore della rubrica dell'art. 435 c.p. e la sua collocazione all'interno dei reati di comune pericolo non lasciano dubitare che il fatto sia incriminato proprio perché esso normalmente dovrebbe contenere un pericolo. Ma se si guarda in che modo è stata indicata la condotta tipica, ci si accorge che, accanto a fatti realmente pericolosi, possono essere ricompresi nella previsione legale anche fatti assolutamente innocui e privi tanto di pericolosità (...). Infatti, il somministrare sostanze medicinali non in conformità alle quantità descritte (...) non integra necessariamente un pericolo (...): le sostanze potrebbero essere diverse per quantità ma essenzialmente dotate di efficacia uguale a quella prescritta (si pensi al farmacista che, sprovvisto di un medicinale, ne consegna un altro dagli effetti praticamente uguali, pur se di composizione lievemente diversa, avvertendo, per giunta, il compratore)». Pertanto la formulazione rigida e tassativa della norma non sembra consentire interpretazioni riduttive capaci di escludere la conformità alla legge di comportamenti del tutto non pericolosi: possono risultare tipici anche fatti privi persino di una astratta, generale idoneità a danneggiare la salute.

⁵¹ Anche nel fatto tipico di questa fattispecie è assente il pericolo e la norma opera una presunzione che è costituzionalmente illegittima. Se si ritiene il possesso di grimaldelli non come fatto intrinsecamente pericoloso ma come indizio della pericolosità (delle intenzioni) del soggetto che, dunque, costituisce la vera ragione dell'incriminazione, allora risulta palese il contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., il quale ancora la comminazione ed inflizione di una pena al presupposto della commissione di un fatto e non ad una semplice pericolosità del soggetto. In questi termini M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 395.

di sotto anche di quelli del reato impossibile, perché non solo l'azione è in sé inidonea, ma in rapporto ad una possibile offesa del patrimonio o della salute, non vi è neppure azione tipica⁵².

3.3.1. *La punizione della mera disobbedienza...*

La questione relativa alla legittimità o meno dei reati di pericolo presunto, vale a dire il problema del se e fino a che punto simili fattispecie siano comunque riconducibili ad un diritto penale dell'offesa⁵³, oggi è al centro di uno dei dibattiti sui problemi fondamentali del diritto penale⁵⁴. Nei reati di pericolo presunto si assiste ad un'anticipazione della punibilità fino alla fase, si può dire, degli "atti preparatori" privi del requisito dell'idoneità ad arrecare un pericolo, e, di conseguenza, in essi si riscontra una mancanza del requisito dell'offesa. Ciò contrasta non solo con la disciplina costituzionale delle singole libertà fondamentali, ma anche con il requisito della necessaria lesività la cui costituzionalizzazione –seppur implicita–, come specificato in precedenza, oramai non è più disconosciuta.

La criminalizzazione del pericolo presunto apre rischiose prospettive di diritto penale sintomatico⁵⁵: la nozione di reato finisce con il personalizzarsi, a presentarsi, cioè, come manifestazione di una personalità antisociale e pericolosa e la pena finirebbe con l'essere applicata al soggetto non per il fatto commesso, bensì perché il fatto, benché inoffensivo, è indice della sua pericolosità. In una parola: si rischierebbe per sanzionare la mera disobbedienza a un divieto o ad un comando legislativo⁵⁶. Si punisce non un fatto lesivo di un bene giuridico ma il suo autore con il rischio di compromettere la fondamentale impostazione oggettivistica del reato⁵⁷. In altri termini è possibile che, nonostante la conformità della condotta al modello legale, l'interesse protetto dalla

⁵² Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 393.

⁵³ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 358.

⁵⁴ Così C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, 3 Aufl, München, 1998, pp. 26 e ss.

⁵⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 275; tra gli altri cfr. V. PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica dei reati di pericolo*, cit., p. 53.

⁵⁶ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 359.

⁵⁷ In un ordinamento come il nostro non possono essere contemplate forme di colpa d'autore che finiscono per contrastare con il principio di offensività, integrazione sociale e ragionevolezza. Tale modello, nelle due varianti della colpevolezza per la condotta di vita e per il carattere, ha come oggetto del giudizio le scelte esistenziali del soggetto e non la singola offesa al bene giuridico. Questo porre al centro dell'attenzione l'atteggiamento interiore e non il fatto, è incompatibile con una prospettiva di integrazione sociale, che esige un ragionevole equilibrio tra entità del fatto e sanzione da irrogare. In questo senso si rinvia a S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 157 e ss.

norma incriminatrice non subisca né una lesione, né una messa in pericolo, sicché si finirebbe per ancorare la sanzione penale alla violazione di un mero dovere di obbedienza al precetto con la conseguente punibilità non del fatto, ma dell'autore per la pericolosità mostrata attraverso la disobbedienza al comando legislativo⁵⁸.

Ciò metterebbe in crisi la stessa funzione della pena, non più indirizzata a svolgere quella funzione di prevenzione generale e speciale positiva, in quanto il cittadino sarebbe portato alla disobbedienza a causa della disapprovazione verso un diritto penale che sanziona non fatti bensì la personalità di soggetti⁵⁹.

In tutti i casi di anticipazione della tutela penale ben oltre i limiti segnati dal pericolo concreto, si realizzerebbe un drastico rovesciamento dei postulati tradizionali: l'illecito penale finirebbe per abbracciare qualsiasi lesione del bene protetto ed il diritto penale perderebbe il carattere di frammentarietà e sussidiarietà, finendo con il diventare onnicomprensivo e totalizzante⁶⁰.

3.3.2. ... e dell'inosservanza di provvedimenti amministrativi di autorizzazione.

Questo tipo di anticipazione della tutela penale caratterizza soprattutto la disciplina dei reati in materia urbanistica, ambientale, economica, ecc..., in cui le singole fattispecie non prevedono condotte realmente e direttamente offensive del bene giuridico tutelato, ma la semplice violazione in sé, ad esempio, di precetti

⁵⁸ E ciò in palese contrasto con gli articoli 27 comma 3 e 25 commi 2 e 3 della Costituzione, che – letti sistematicamente – assegnano, con ogni evidenza, funzioni differenti alla pena e alle misure di sicurezza. Sul punto cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 8 secondo cui «nell'assenza di ogni e qualunque pericolosità concreta della condotta, la pena avrebbe qui una funzione puramente e semplicemente preventiva e nei confronti dei terzi, e nei confronti dell'agente. Rispetto a quest'ultimo, infatti, la ragione determinante la pena non sarebbe il comportamento realizzato, bensì un atteggiamento personale che violando una regola di obbedienza lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale. In altre parole, non si punirebbe il fatto, bensì l'autore. Come tutto ciò si concili con un sistema costituzionale che, dando espresso rilievo alla distinzione fra pene e misure di sicurezza, assegna all'uno e all'altro tipo di sanzione compiti e finalità ben distinti, non è facile spiegarlo. Delle due, insomma l'una: o si ritiene che sempre, e non in via meramente presuntiva, il fatto lesivo deve presentare caratteristiche di effettiva lesività, o si profila una questione di legittimità costituzionale che non potrebbe essere risolta se non nel senso del contrasto tra le norme che prevedono reati c.d. di pericolo presunto e gli artt. 25 e 27 della Costituzione. Assai significativa, al riguardo, può essere la considerazione che proprio attraverso l'art. 49, inteso come valvola dell'ordinamento per i casi in cui l'offesa non appaia realizzata, le esigenze di prevenzione speciale, che indubbiamente hanno una loro validità, sono fatte salve dal disposto dell'ultimo comma, che consente la sottoposizione dell'imputato prosciolto a misure di sicurezza».

⁵⁹ Non concorde con questa impostazione è il pensiero di Vassalli secondo cui non sarebbe condivisibile l'assunto secondo cui «la punizione di un'offesa soltanto presunta dovrebbe considerarsi fatta in funzione di una pericolosità sociale dell'agente». Cfr. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, pp. 659 e ss. Si veda anche G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Delitala*, Vol. III, Milano, 1984, pp. 1700 e ss.

⁶⁰ Cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 11.

amministrativi alla cui osservanza è subordinato lo svolgimento di attività ritenute pericolose per il bene. In questo tipo di reati il fatto illecito consiste nel superare le condizioni o i limi posti dall'autorità amministrativa attraverso provvedimenti di autorizzazione di determinate attività, sottoposte per legge al controllo pubblico, o attraverso i provvedimenti di concessione di determinati diritti o facoltà ai privati; oppure reati che prevedono, come illecito, il compimento di determinate azioni per le quali sarebbe richiesta un'autorizzazione o una concessione, nel caso in cui questa manchi del tutto o in parte⁶¹.

In queste fattispecie, il cui numero oramai è grandissimo soprattutto nella legislazione penale complementare⁶², sembra prescindersi totalmente dalla reale portata offensiva del fatto. Come si può ritenere una condotta offensiva del bene giuridico ancorando la punibilità alla mera violazione o mancanza di un'autorizzazione? Dove sta l'offesa al bene giuridico in tali tipi di reato? A nostro avviso non c'è: la condotta che viola un provvedimento di autorizzazione di natura amministrativa non concretizza una condotta offensiva tale da giustificare e rendere legittimo l'intervento del diritto penale e l'applicazione di una sanzione. In questi casi ci troveremo di fronte a reati di *c.d. "inosservanza"*⁶³, il cui disvalore è indipendente dall'attitudine lesiva dell'azione tipica e di diritto penale del comportamento, inconciliabile, non solo con il principio di offensività, ma anche con le opzioni costituzionali in tema di finalismo rieducativo della pena⁶⁴. Esso, infatti, sanzionerebbe non la produzione di un evento dannoso e nemmeno di pericolo astratto, bensì la mera violazione dell'atto amministrativo, l'inosservanza delle prescrizioni poste dagli organi amministrativi di controllo o da disposizioni di

⁶¹ Un esempio può essere offerto dagli illeciti in materia urbanistico-edilizia, come l'art. 44 del D.p.r. n. 380 del 2001.

⁶² Ad esempio in materia ambientale è sovente punita la condotta contraria alle prescrizioni o limitazioni imposte dall'autorità in conformità alle disposizioni di leggi o regolamenti (che fissano la natura o i valori consentiti dell'emissione o dell'immissione inquinante. La disciplina penale, inoltre, attraverso la tecnica del rinvio, è frammentaria in numerose norme e testi di legge diversi, integrati, a loro volta, da regolamenti, atti. Prescrizioni (cfr. G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 699; G. FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*, Padova, 1998). L'intervento penale assumerebbe, in tal modo, un ruolo meramente sanzionatorio di precetti posti da altre norme giuridiche, assolvendo una funzione di supplenza rispetto al diritto amministrativo. Si veda sul punto A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 328.

⁶³ Sulle problematiche sollevate dai reati *c.d.* di mera inosservanza, con specifico riferimento alla materia ambientale, cfr. A. MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, pp. 667 e ss.

⁶⁴ Cfr. E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004, p. 412.

legge che, ad esempio, fissano valori-limite⁶⁵, il cui superamento giustifica di per sé la sanzione penale⁶⁶.

Seppur parte della dottrina ritiene che in siffatti tipo di reati l'interesse protetto è da ravvisare nei beni giuridici c.d. "finali" (come la vita, la salute umana, o il mantenimento di certi valori estetici ed igienici nella gestione del territorio e dell'ambiente)⁶⁷ e non nell'interesse della pubblica amministrazione ad esercitare un controllo in un determinato settore, non si vede come simili condotte, il cui disvalore, lo ripetiamo, si sostanzia e si esaurisce nella violazione di obblighi imposti da provvedimenti amministrativi, possano ritenersi concretamente offensive⁶⁸.

Difatti tali tipi di incriminazioni, utilizzate solo al fine di anticipare la tutela di determinati interessi, è apparsa non solo censurabile sul piano dommatico, per il denunciato contrasto con il principio di offensività⁶⁹, ma anche inadeguata sotto l'aspetto politico criminale⁷⁰, perché l'anticipazione della soglia sanzionatoria non troverebbe giustificazione neppure sotto il profilo della deterrenza⁷¹ in quanto sarebbe finalizzata a scopi di tipo essenzialmente simbolico⁷². Ciò comporta un'inevitabile svalutazione del fatto ed un aggiramento delle esigenze di effettività, sussidiarietà ed *extrema ratio*⁷³. Per esempio, in tema di tutela dell'ambiente, si è osservato⁷⁴, che la scelta dell'intimidazione è del tutto inefficace rispetto a tale scopo e la sanzione penale,

⁶⁵ Sul punto si veda *retro* § 1.4.2. del capitolo primo, Parte II.

⁶⁶ Cfr. sul punto E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, cit., p. 242.

⁶⁷ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 313 e 314.

⁶⁸ Tuttavia tra gli autori che auspicano una riformulazione in chiave di offensività delle relative fattispecie in materia ambientale e nel settore economico cfr. C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 227; A. CRESPI, *Mauvais pensées ed autres sulle disposizioni penali del progetto per la riforma delle società*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 787; G. MARINI, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria*, a cura di G. MARINI, Padova, 1994, p. VII e ss.

⁶⁹ C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, cit.

⁷⁰ Cfr. sul punto K. VOLK, *Diritto penale ed economia*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998, pp. 178 e ss.

⁷¹ Si veda A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 333.

⁷² Sul punto si rinvia alla Parte III del presente lavoro di ricerca.

⁷³ Cfr. S. FIORE, *Verso una "degiurisdizionalizzazione" del sistema penale*, in AA.VV., *La giustizia contratta. Dalla bottega al mercato globale. Quaderni di Critica del diritto*, Napoli, 1998, p. 190. Si rinvia nuovamente ad A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 333: «L'esigenza dell'effettività della tutela (...) non è seriamente contestabile. Occorre verificare l'effettiva capacità della legge di incidere sui fenomeni criminali e sugli obiettivi di tutela perseguiti dalla norma incriminatrice. I difetto di effettività di tutela l'intervento statale assume certamente un carattere puramente simbolico di stigmatizzazione e mera riaffermazione di principi o valori, anziché di strumento di tutela preventiva di beni giuridici».

⁷⁴ Cfr. G. AMENDOLA, *Le nuove disposizioni contro l'inquinamento idrico*, Milano, 2001, p. 51.

soprattutto quella detentiva, pecca per eccesso apparendo sproporzionata rispetto a comportamenti prodromici che, in quanto tali, non producono alcun pericolo per il bene.

Ed allora la domanda che ci poniamo è: perché non intervenite in tali settori con strumenti sanzionatori diversi da quello penale (civile o amministrativo, ad esempio) che risulterebbero più efficaci, concretamente, per il conseguimento della tutela di siffatti beni giuridici? Il ricorso a meccanismi di controllo fondati su strumenti alternativi a quelli classici di tipo penale, scongiurerebbe, non solo il rischio di pervenire ad una concezione del reato come “rischio sociale”⁷⁵, ma riporterebbe il diritto penale a quella idea di *extrema ratio* e di necessità, ineludibile baluardo di garanzia delle scelte di tipo penalistico che dovrebbe illuminare ed indirizzare il legislatore nel momento della scelta delle tecniche più idonee di tipizzazione del fatto⁷⁶.

3.3.3. Ulteriore profilo di presunta illegittimità costituzionale: i problemi processuali di accertamento del pericolo.

Ma ancora. I profili di illegittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto si rinvencono anche se caliamo il discorso nell’aspetto puramente processuale.

In tali reati, si sostiene in dottrina⁷⁷, il giudice si limita solo al riscontro della conformità al tipo della condotta sottoposta al suo esame, senza verificare (essendo il pericolo presunto) l’assenza eventuale del “dato di fatto” indice del pericolo. In questo modo non si anticipa solo la soglia della punibilità, si anticipa la soglia della prova: l’accusa è autorizzata a provare di meno: provata la condotta che, secondo le regole di esperienza, può portare *probabilmente* a conseguenze dannose, risulta implicitamente provato il pericolo⁷⁸.

E la presunzione di non colpevolezza che fine fa?

Per altra parte della dottrina⁷⁹, invece, il concetto di pericolo presunto, lungi dal porsi in contrasto con i principi che regolano il processo penale, agevolerebbe addirittura la prova, riducendo l’onere probatorio a carico dell’accusa proprio per le attese difficoltà di provare la pericolosità della condotta, che di regola, il giudice deve

⁷⁵ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, cit., pp. 97 e ss.

⁷⁶ Per lo sviluppo e l’approfondimento di queste considerazioni si rinvia alla Parte III della presente ricerca.

⁷⁷ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 346.

⁷⁸ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 348.

⁷⁹ Cfr. ID., *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 348.

accertare caso per caso⁸⁰. Nei reati di pericolo presunto, poiché il pericolo non costituisce elemento della fattispecie⁸¹, non occorre la prova giudiziale della possibilità o della probabilità del danno⁸²: il giudice deve solo accertare la condotta, senza ulteriori indagini in ordine alla verifica del pericolo. Né all'imputato è consentita la prova contraria: chi, ad esempio, è sorpreso al volante di una vettura in stato di ebbrezza, dovuta all'assunzione di bevande alcoliche, risponde per la guida sotto influenza dell'alcol (art. 186 cod. strad.), senza poter invocare l'assenza di qualsiasi pericolo in relazione alla particolare situazione di fatto⁸³. Per questa posizione dottrinale – a nostro avviso estremamente discutibile – il ricorso a meccanismi di anticipazione della tutela penale si spiega anche con le difficoltà di prova sia di carattere pratico che scientifico, del pericolo concreto⁸⁴. La criminalizzazione di comportamenti ritenuti astrattamente pericolosi, anziché di risultati naturalistici della condotta, si pone come necessaria conseguenza di un difficoltoso accertamento, in concreto, di un danno o di un pericolo di danno⁸⁵.

Mai nulla di più indivisibile. È proprio la non ammissibilità di prova contraria dell'esistenza del pericolo che connota la categoria dei reati di pericolo presunto di non pochi dubbi di costituzionalità sotto il profilo della violazione del principio di offensività, incriminando una condotta che in concreto non può essere pericolosa⁸⁶.

Anzi: proprio tale fattispecie a tutela anticipata introduce una vera e propria deroga, inammissibile, alla necessità dell'accertamento processuale dell'idoneità della condotta e di un legame eziologico tra condotta ed evento. Sotto quest'aspetto, il reato di pericolo presunto, da problema di diritto sostanziale diviene anche un problema di diritto

⁸⁰ Come accade per i reati di pericolo concreto.

⁸¹ Nei reati di pericolo presunto il legislatore, data una situazione di fatto, presume che essa si realizzi – secondo l'*id quod plerumque accidit* o in base alle risultanze scientifiche – l'esposizione a pericolo di determinati interessi. Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 348.

⁸² Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 199 e ss.

⁸³ «Lo stesso si dica per le fattispecie legali costruite su c.d. limiti-soglia, superati i quali la norma presume, in base ad accreditate conoscenze scientifiche e relative generalizzazioni, il possibile verificarsi di conseguenze dannose (ad es. per la salute o per l'ambiente) senza possibilità di prova contraria». Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, cit., p. 349.

⁸⁴ Così anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 11; nonché G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 707.

⁸⁵ Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 33.

⁸⁶ Così M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 8 e 9, il quale, trattando dei reati di pericolo presunto alla luce del principio di necessaria offensività, aveva posto l'alternativa tra ritenere che sempre e non in via meramente presuntiva, il fatto punibile deve presentare caratteri di effettiva lesività, ovvero prendere atto dell'illegittimità costituzionale della norma giuridica.

processuale, un problema di prova⁸⁷. Dunque, in tali reati, il rischio non è solo quello di violare il principio di offensività, ma anche il principio processuale della presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2, Cost.*

Lasciandosi guidare dalla lezione feuerbachiana secondo cui non può sottoporsi a pena ciò che in concreto non può essere completamente provato⁸⁸, appaiono, quindi, chiari ed ineludibili gli aspetti di presunta illegittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto, superabili solo attraverso una diversa sistematica della categoria.

3.4 Un tentativo di superamento delle aporie della categoria dei reati di pericolo presunto.

Alla luce dei non pochi problemi, fin qui esposti, ed in considerazione della possibile inoffensività che comportano i reati di pericolo presunto, le strade da perseguire appaiono due: o si salva il principio di offensività e, pertanto, reati così strutturati dovrebbero essere soggetti a declaratoria d'illegittimità costituzionale, con il risultato di rinunciare alla protezione penale di taluni fondamentali interessi, oppure si sceglie una soluzione interpretativa in grado di recuperarne la compatibilità con il canone del *nullum crimen sine iniuria* e che, in un'ottica di rivalutazione delle ragioni di politica criminale sottese all'adozione di una siffatta tecnica di tutela, sia idonea ad accordare a quegli interessi, data la loro importanza, una tutela penale a largo raggio.

Sicuramente, come pure è stato proposto da una parte della dottrina⁸⁹, non si può assolutamente “minimizzare” il problema e tollerare il *vulnus* al principio di offensività, solo per l'asserita esiguità numerica delle fattispecie di pericolo presunto presenti nel

⁸⁷ «Se, in base ad una regola di esperienza ineccepibile, o in base ad un principio scientifico inconfutabile, ogni volta che c'è una certa condotta c'è il pericolo, allora è inevitabile ridurre la prova del pericolo alla prova della condotta: stabilire, cioè, un'equivalenza funzionale tra condotta e pericolo, ma non sempre possiamo affermare con certezza questa regola d'esperienza, o disporre di una prova scientifica del pericolo. In altre parole, non sempre è possibile sul piano astratto ricollegare una volta e per tutte a una condotta un evento di pericolo». Così A. MERLI, *Introduzione alla teoria del bene giuridico*, pp. 350 e 351.

⁸⁸ Cfr. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts*, I Teil, Erfurt 1799, p. 12 e ss.; sulla ‘strumentalità’ tra diritto e prova, cfr. C. IASEVOLI, *Fattispecie di sospetto, processo di prevenzione e controllo sulla motivazione*, in *Crit. dir.*, 2013, 2, 181.

⁸⁹ Questa è la tesi sia di – almeno una parte di – quegli Autori che distinguono nettamente tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo presunto (in tal senso cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., *passim*; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 203 e ss.). *Contra*, vedi viceversa la posizione di M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., che pure distingue nettamente, dal punto di vista strutturale, i reati di pericolo astratto da quelli di pericolo presunto, sia della diversa dottrina che riqualifica in termini di pericolo concreto una serie di fattispecie nelle quali la messa in pericolo del bene tutelato sarebbe elemento sottinteso del fatto di reato (in tal senso cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 563 e ss.).

nostro ordinamento, posto che, come è stato correttamente osservato, la questione dei fatti apparentemente tipici ma in realtà inoffensivi «è un problema che ha a che fare con la struttura e non certo con la quantità dei reati di pericolo presunto e pertanto, quand'anche di quei reati si verificasse una scarsa consistenza numerica, non per questo la questione potrebbe dirsi meno grave o urgente»⁹⁰.

Così, nel corso degli anni, sia in dottrina (italiana e straniera) che in giurisprudenza, si è tentato di individuare delle giustificazioni e soluzioni capaci di ricondurre tali reati al rispetto delle garanzie fondamentali in materia penale. Si sono, così, elaborate delle teorie per superare le aporie insite nei reati di pericolo presunto, onde assicurare una possibile conformità di tale modello con i principi costituzionali in materia, primo fra tutti quello di offensività, che, non dimentichiamo, è ciò che da al fatto i connotati della tipicità, ossia della conformità al tipo.

Parte della dottrina ha elaborato la teoria della presunzione relativa che consentirebbe di superare le aporie in sede processuale; nell'ambito dell'ordinamento tedesco, poi, si è suggerita un'ulteriore formula nell'ambito dell' *Alternativ-Entwurf (Risikodelicte neuen Typs)*; infine si è prospettato il principio di precauzione come canone di controllo delle scelte del legislatore. La giurisprudenza, inoltre, nel tentativo di superare i dubbi in merito ad un uso incontrollato di tecniche di tipizzazione del fatto sullo schema del pericolo presunto, ha fornito utili indicazioni di conformità con i principi costituzionali, individuando nel criterio della ragionevolezza un utile parametro di controllo delle scelte del legislatore. Ma vediamoli, seppur brevemente, da vicino.

3.4.1. La teoria della presunzione relativa.

Si è visto come si è da sempre sostenuta l'illegittimità costituzionale della categoria dei reati di pericolo presunto atteso il riconoscimento del carattere di assolutezza alla presunzione di pericolo, arrivando a legittimare il solo utilizzo della tecnica del pericolo concreto⁹¹. Orbene, nel tentativo di scongiurare il rischio di

⁹⁰ Cfr. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, cit., p. 1420.

⁹¹ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 86; V. PATALANO, *Significati e limiti della dottrina del reato di pericolo*, Napoli, 1975, pp. 67 e ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA, (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, pp. 161 e ss. Più articolata la posizione, poi ripresa dalla dottrina successiva, di M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 7 e ss., secondo cui l'unica strada percorribile per rendere compatibili i reati di pericolo presunto con il principio di offensività è quella di considerare valevole la presunzione di lesività della condotta corrispondente al modello legale

possibili profili di illegittimità costituzionale della categoria, secondo parte della dottrina, l'unico modo per ricondurre i reati di pericolo presunto ad un diritto penale dell'offesa è quello di assumere la presunzione di pericolo in *senso relativo* e non assoluto⁹², rendendo ammissibile, legislativamente, da parte dell'imputato, la prova che l'interesse tutelato non ha corso alcun concreto pericolo. La consequenzialità del pericolo alla condotta non è automatica: essa può trovare nel singolo caso concreto una positiva smentita qualora risultino circostanze che dimostrano l'inesistenza del pericolo⁹³.

Una prima risalente proposta di smorzare la portata della presunzione di pericolosità, è ascrivibile ad una parte della dottrina tedesca⁹⁴ che negò che si trattasse di una presunzione assoluta ammettendone la confutabilità durante il processo; se, dunque, si può dimostrare che il pericolo non si è verificato, cioè che l'evento presunto dalla legge non si è effettivamente realizzato, allora il reato non sussiste⁹⁵.

Ma tale teoria aveva in se delle contraddizioni in quanto spostava sul piano della prova, in modo del tutto arbitrario, un problema relativo alla tipicità del fatto lesivo che

tutte le volte in cui non risultano presenti elementi da cui desumere la concreta inoffensività della stessa. In altri termini, ancorché implicitamente, l'Autore suggerisce di attribuire alla presunzione legislativa del pericolo valore "relativo", ossia valevole fino a prova contraria. Una volta fornita tale prova, la non punibilità discenderebbe dall'applicazione dell'art. 49, comma 2, c.p.

⁹² In questo senso C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., pp. 877-879, il quale osserva che occorre sul terreno processuale «ammettere sempre, nei c.d. reati di pericolo presunto, e più in generale nei reati che prevedono forme di tutela anticipata, la prova liberatoria della non esposizione a pericolo dell'interesse esterno che viene assunto come punto di riferimento per individuare l'oggettività giuridica della norma incriminatrice».

⁹³ Come osservano C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 200, ad esempio «nel reato di incendio di cosa altrui –generalmente considerato un reato di pericolo presunto– è certamente vero che la legge prescinde dalla dimostrazione, in concreto, del verificarsi di un pericolo per la pubblica incolumità; ma è altrettanto vero che il fatto debba comunque presentare quei connotati di diffusività che rendono, di norma, pericoloso un "incendio". se, cioè, taluno distrugge dolosamente col fuoco una costruzione altrui, eretta in un luogo desertico, e poi del tutto abbandonata, potrà ben essere negato che il fatto rivesta i caratteri dell'incendio (...) posto che il più lieve reato di danneggiamento –sicuramente ricorrente nella specie– assume la ben più grave qualificazione di "incendio", proprio e solamente in vista del carattere di aggressività per l'incolumità pubblica, presuntivamente ritenuto dal legislatore».

⁹⁴ Cfr. già K.O. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, Breslau-Neukirch, 1933, pp. 20 e ss. L'Autore partiva dalla premessa secondo cui in ogni delitto, compresi quelli di pericolo astratto, sarebbe necessario il verificarsi di un evento, senza il quale non si potrebbe dire che il fatto tipico sia adempiuto. I reati di pericolo sono contrassegnati tutti dal fatto che la legge descrive una condotta pericolosa e richiede al giudice di accertare che essa si sia verificata. L'evento, invece, non è necessario che si realizzi effettivamente perché esso è presunto sempre dalla legge. Tuttavia tale presunzione non equivale ad una finzione: essa, perciò, non è assoluta ma, al contrario, è confutabile durante il processo. Si rinvia a M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 399 e ss.

⁹⁵ Cfr. K.O. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, cit., p. 21. In sostanza Rabl pensava che una simile presunzione relativa potesse conciliare le esigenze del legislatore di descrivere il fatto in termini generali ed astratti e quelle del reo di non essere punito nel caso di assenza effettiva del pericolo.

va invece risolto in sede di interpretazione della norma⁹⁶. Inoltre, ammettendo la prova della non pericolosità in concreto, la tesi in esame realizzava un evidente inversione dell'onere della prova che fa gravare sull'imputato un compito che deve essere svolto esclusivamente dall'accusa, con una palese e grave violazione del principio *in dubio pro reo*⁹⁷. Ma anche volendo sostenere che debba essere il giudice e non l'imputato a provare l'assenza di pericolo nel fatto concreto, si otterrebbe il risultato di trasformare i delitti di pericolo astratto (*rectius*: presunto) in altrettanti delitti di pericolo concreto⁹⁸, con il rischio di trascurare del tutto le ragioni che giustificano l'adozione di una siffatta tecnica legislativa⁹⁹.

Secondo altra parte della dottrina, invece, il riconoscimento della facoltà per l'imputato di provare l'insussistenza della presunzione di pericolo, lungi dal comportare un'inammissibile inversione dell'onere della prova, consente di introdurre nel processo una c.d. "prova negativa"¹⁰⁰: dimostrare, attraverso l'assenza di offensività in concreto,

⁹⁶ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 206. È evidente, infatti, che prima si stabilisce che cosa è da ritenersi generalmente pericoloso e solo dopo si verifica se il caso concreto rientra, oppure no, nella categoria così determinata. La tesi in questione non chiarisce quali fatti siano rilevanti per ritenere superata la presunzione di pericolo e in quali ipotesi tale superamento sia ammissibile.

⁹⁷ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 401.

⁹⁸ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 402. Secondo l'Autore: «Infatti, per provare pienamente l'assenza del pericolo nel singolo caso, il giudice dovrebbe adottare esattamente lo stesso criterio di accertamento fondato sulla massima di esperienza, che occorre per dimostrare l'esistenza di un pericolo concreto». Si veda anche F. BRICOLA, *Teoria del reato*, cit., p. 86; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., p. 1436.

⁹⁹ Che, secondo parte della dottrina, consistono nella necessità di non pregiudicare la punizione di condotte notoriamente pericolose con l'imposizione di un riscontro probatorio della loro concreta pericolosità particolarmente difficile, se non addirittura impossibile da produrre. Cfr. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., p. 1436.

¹⁰⁰ M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., p. 1436, il quale, sulla scorta di quanto già prospettato da autorevoli settori della dottrina italiana, ritiene che l'unica via percorribile, ai fini della compatibilità dei reati di pericolo presunto con il principio di offensività, sia quella di relativizzare le presunzioni di pericolo «non imponendo al Pubblico Ministero di provare la presenza del pericolo nella situazione concreta, ma semmai consentendo all'imputato di dimostrarne attraverso l'ammissione ad una sorta di 'prova liberatoria' cui egli possa far ricorso allorché lo ritenga utile ai fini della propria difesa». Ciò, secondo l'Autore, servirebbe a riequilibrare sotto il profilo della parità delle parti una situazione processuale altrimenti sbilanciata a favore dell'accusa. Difatti, una volta ammessa la prova della pretesa insussistenza del pericolo, questa non potrà essere ignorata dal giudice, il quale sarà chiamato a valutarne fondatezza e attendibilità, sempre ovviamente sulla base del suo libero convincimento e in base alla massima dell' "oltre ogni ragionevole dubbio". Si consenta tuttavia di sottolineare in questa sede come, detta soluzione, sicuramente corretta per quanto concerne la relativizzazione della presunzione di pericolo in ambito processuale, sembrerebbe peccare nel momento in cui non tiene in debita considerazione la circostanza che la prova dell'inesistenza del pericolo nella situazione concreta, stante soprattutto il disposto dell'art. 358 c.p.p., può derivare anche dall'attività del pubblico ministero e non solo dalle allegazioni dell'imputato. L'Autore sottolinea che, al fine di evitare che la "prova negativa" prodotta dall'interessato non finisca per ricreare il rischio di una *probatio diabolica*, il giudice dovrà procedere con particolare rigore alla verifica dell'insussistenza, in concreto, della pericolosità tipizzata dal legislatore.

il non ricorrere di elementi rilevanti ai fini della affermazione di responsabilità dell'imputato¹⁰¹.

Al di là delle varie posizioni, quel che è certo è che l'ammissibilità della prova liberatoria dell'assoluta assenza del pericolo non è sempre possibile e compatibile con la *ratio* che è a fondamento dei reati di pericolo presunto, se non a patto di contraddire la norma stessa, la cui ragione è, per l'appunto, quella di evitare non già una situazione di rischio effettiva, bensì un'assunzione di rischio prima ancora che sia iniziata l'azione (generalmente pericolosa), anche se poi non si sia realizzato¹⁰².

3.4.2. *L'esperienza tedesca: l'Alternativ-Entwurf.*

Ancora, nel tentativo di superare le aporie connesse allo schema del pericolo presunto, in Germania fu elaborato un progetto, l'*Alternativ-Entwurf*¹⁰³ allo scopo di armonizzare tale categoria con il tessuto costituzionale delle democrazie liberali. Tale proposta prevedeva l'introduzione nel codice tedesco di una serie di *Risikodelikte* di nuovo tipo la cui struttura avrebbe dovuto articolarsi intorno la tipizzazione di comportamenti astrattamente pericolosi e alla previsione, all'interno delle fattispecie, di una condizione negativa, intesa come la verifica della non-impossibilità del danno (c.d. *Minimalklausel*) del tipo «senza che al momento dell'azione sia da escludere un danno per la vita o l'incolumità altrui»¹⁰⁴. L'introduzione della clausola negativa funzionerebbe da correttivo rispetto al modello del pericolo astratto, poiché la responsabilità dovrebbe essere esclusa in tutti i casi in cui la potenzialità lesiva del fatto

Le ragioni che rendono particolarmente difficile la prova dell'attitudine lesiva di ogni singola condotta appartenente alla 'classe' presunta come pericolosa risiedono, infatti, assai spesso proprio nella facilità di relativizzare i dati dell'esperienza o le leggi scientifiche che sembrerebbero invece comprovarne la pericolosità. Da ciò, prosegue l'Autore, «la necessità che la non punibilità della condotta apparentemente riconducibile al "tipo" sia sottoposta ad almeno tre condizioni fondamentali: anzitutto che l'assenza della pericolosità in concreto sia non solo astrattamente 'argomentata', ma provata, allegando uno o più fatti o atti specifici; in secondo luogo che si possa dimostrare la presenza, nella situazione concreta, di una circostanza che, lungi dal limitarsi a 'mettere in dubbio' la prognosi di pericolosità formulata in astratto dal legislatore, sia in grado di annullarla; infine, che nel valutare la situazione concreta si rimanga comunque fedeli al criterio alla cui stregua il legislatore ha ritenuto quella situazione pericolosa».

¹⁰¹ *Ibidem*. Detta 'prova negativa', secondo l'Autore, non solo è 'consentita' dall'attuale configurazione del sistema penale processuale, incentrato, come noto, proprio sul *principio del diritto alla* (o *della disponibilità della*) *prova*, ma in questo caso addirittura 'imposta' dalla necessità di riconciliare i reati di pericolo presunto, prima ancora che col *nullum crimen sine iniuria*, con i principi costituzionali di presunzione d'innocenza e del giusto processo.

¹⁰² Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 352.

¹⁰³ Per una disamina del progetto si rinvia a F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 213, nt. 178.

¹⁰⁴ Questa la formula utilizzata nel § 151 dell'*Alternativ-Entwurf*, in relazione ai delitti di incendio, esplosione, emissione di gas velenosi e radiazioni atomiche, inondazione, frana o valanghe.

sia *a priori* assente¹⁰⁵; in pratica la clausola servirebbe a rendere non punibili fatti che di per sé sarebbero tipici ma non pericolosi e l'assenza del pericolo deve risultare esclusa in base ad un giudizio *ex ante*¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

Lo schema adottato nei nuovi delitti di rischio riuscirebbe ad evitare, da un lato, gli inconvenienti legati al pericolo concreto, senza suscitare le perplessità sollevate dalle fattispecie di pericolo astratto. La tipizzazione di comportamenti generalmente pericolosi, infatti, presenterebbe il vantaggio di prescindere tanto da un'esatta individuazione della legge scientifica da applicare, quanto dall'accertamento che un bene giuridico determinato è caduto in crisi¹⁰⁸.

Tuttavia, nonostante gli intenti, il progetto non si è sottratto da alcuni rilievi critici. In primo luogo è stato osservato che «*l'accertamento di un'impossibilità a priori di ledere il bene giuridico non appare più semplice, dal punto di vista nomologico, dell'accertamento a posteriori dell'esistenza del nesso di causalità o di una situazione concretamente pericolosa*»¹⁰⁹: adottando la formula illustrata non si farebbe nient'altro che addossare sull'imputato le incertezze in campo nomologico così da ricadere, ancora una volta, nella violazione del principio *in dubio pro reo*¹¹⁰. In secondo luogo, si è sostenuto, che il modello proposto dall'*Alternativ-Enterwurf* potrebbe essere impiegato solo per proteggere beni individuali poiché, per quanto concerne i beni superindividuali, di regola, «*viene meno (...) la possibilità di fornire o di ammettere nel caso concreto la prova della non esposizione a pericolo*»¹¹¹.

¹⁰⁵ Cfr. G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei Delitti e delle pene*, 1984, p. 466.

¹⁰⁶ Cfr. M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 422.

¹⁰⁷ La premessa da cui si parte è quella secondo cui nella nostra società altamente tecnicizzata, orientata alla produzione e al consumo di massa, la vita e la salute umana sono minacciate in una misura finora sconosciuta (Cfr. AA.VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, Tübingen, 1971, p. 49), ragion per cui le tecniche di protezione dei beni giuridici non potrebbero restare ancorate agli schemi oramai desueti della repressione dei danni, dovendo rivolgere la propria attenzione soprattutto alla prevenzione dei pericoli. Sul punto si veda F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit. Infine occorre precisare che il progetto, in rapporto al pericolo concreto, grazie alla rinuncia al requisito della presenza dell'oggetto dell'azione sul luogo del possibile danno, avrebbe eliminato la componente causale connessa a quei delitti; invece, in rapporto ai reati di pericolo astratto, la formula avrebbe avuto il pregio di evitare che il soggetto fosse punito in tutti quei casi in cui era esclusa, già in anticipo, una messa in pericolo del bene giuridico protetto. In questo senso si rinvia a M.P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 415.

¹⁰⁸ Cfr. G. GRASSO *L'anticipazione della tutela penale, i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 725.

¹⁰⁹ Cfr. G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale, i reati di pericolo e i reati di attentato*, cit., p. 726.

¹¹⁰ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 213.

¹¹¹ Così, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. I, Reinbek bei Hamburg, 1976, p. 86.

In conclusione, non si ritiene che il tentativo di smussare le asperità dello schema del pericolo astratto (presunto) può ritenersi soddisfacente rispetto all'obiettivo perseguito dal progetto; le fattispecie che utilizzano tale modello, infatti, continuano a stridere con la normativa costituzionale e ad ammettere la possibilità di irrogare la sanzione penale anche in rapporto a condotte concretamente innocue¹¹².

3.4.3. La ragionevolezza come parametro di controllo delle scelte del legislatore.

Al di là delle articolate ricostruzioni della dottrina, anche la Corte Costituzionale è intervenuta sulla delicata questione dei limiti di ammissibilità dei reati di pericolo presunto, sostenendo che, la compatibilità delle ipotesi di pericolo presunto con i principi di un ordinamento fondato sull'idea del reato come aggressione ad un bene giuridico, resta affidata alla *ragionevolezza* della presunzione normativa di pericolosità della condotta ed alla puntualità della sua definizione¹¹³.

Partendo dal presupposto dell'incensurabilità della scelta legislativa circa la tecnica da utilizzare (se di danno, di pericolo concreto, astratto o presunto) per la configurazione della fattispecie criminosa, la Corte Costituzionale ha affermato che le ipotesi di pericolo presunto «*non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale*» purché le relative presunzioni non siano «*irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non sono collegabili all'id quod plerumque accidit (...)*»¹¹⁴.

Alla luce di queste premesse sembrerebbe potersi affermare che i reati di pericolo presunto non pongano alcun problema di legittimità costituzionale qualora, fondandosi su precise regole scientifiche o di esperienza, vengano concepiti dal legislatore come fattispecie dirette a tutelare un determinato interesse da quell'esposizione a pericolo che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, deriva dalla condotta incriminata, così conformandosi al principio di offensività c.d. "in astratto"¹¹⁵.

¹¹² Sono queste considerazioni conclusive –che noi avalliamo– di F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., p. 214, nt. 178.

¹¹³ Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 200.

¹¹⁴ Corte Cost. 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2628.

¹¹⁵ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 206; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 421; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 430 e ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale*, cit., p. 695; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 342. Sulla compatibilità dei reati di pericolo presunto con il principio di offensività, cfr. anche G. PANUCCI, *Il principio di necessaria offensività: dalla concezione realistica del reato ai più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Temi penali*, 1991, p. 2643.

Il problema resta, dunque, quello di conciliare una siffatta tecnica di tutela con il principio di offensività c.d. “in concreto”, in modo da evitare la punibilità di fatti che, pur essendo conformi alla fattispecie astratta, non riproducano in concreto la pericolosità ipotizzata dal legislatore, risultando, quindi, inoffensivi. Problema che si può superare, nel caso concreto, affidando al giudice la prerogativa di apprezzare «*alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta*» se questa «*sia priva di qualsivoglia idoneità lesiva concreta di beni giuridici tutelati e conseguentemente si collochi fuori dall’area del penalmente rilevante*»¹¹⁶.

Alla luce delle suesposte considerazioni, l’offensività dovrebbe fungere da parametro di ragionevolezza del precetto penale, ossia delle tecniche e dei gradi di anticipazione della tutela penale rispetto ad un bene giuridico ritenuto di significatività costituzionale¹¹⁷; la sinergia tra offensività e ragionevolezza dovrebbe tradursi in un controllo di razionalità strumentale, dove la limitazione della libertà imposta al singolo con la minaccia penale, deve risultare proporzionale al coefficiente di adeguatezza del mezzo rispetto allo scopo¹¹⁸.

Da questa angolatura, la ragionevolezza del grado di anticipazione della tutela penale, dipende, in sostanza, dal livello di fondatezza “nomologica”¹¹⁹ degli apprezzamenti empirico-prognostici che supportano la relativa scelta di tecnica di penalizzazione¹²⁰. Tuttavia, laddove la presunzione di pericolo non sia empiricamente fondata e *ragionevolmente* apprezzabile, la stessa finisce con il risolversi in un meccanismo di aggiramento rispetto a difficoltà (pur comprensibili) di ordine probatorio, ovvero in una vera e propria “finzione a carico dell’imputato”¹²¹.

In sostanza, anche da questo punto di vista, seppur il principio di offensività non implica necessariamente il divieto per il legislatore di ricorrere alla tecnica di anticipazione della tutela del pericolo presunto, ne implica, tuttavia, una calibratura

¹¹⁶ Così sentenza Corte Cost. n. 333 del 1991. In argomento C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

¹¹⁷ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 287.

¹¹⁸ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 293.

¹¹⁹ Secondo Pulitanò (cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 240) il giudizio di pericolo sarebbe, da questo punto di vista, assimilabile al giudizio sulla causalità, necessitando di una base “nomologica”, costituita da leggi scientifiche di copertura che consentano di collegare (direttamente o indirettamente) il pericolo al fatto dell’agente, quale condizione *sine qua non*.

¹²⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 294.

¹²¹ ID., *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 295.

ragionevole, reclamando, in definitiva, e si può così concludere, l'illegittimità costituzionale dell'eventuale pretesa normativa di assoluta invincibilità della presunzione di pericolo¹²².

3.4.4. *Il principio di precauzione come limite all'anticipazione della tutela penale.*

In questa prospettiva si inserisce anche la dibattuta tematica del principio di *precauzione*¹²³ già previsto dall'art. 173 del Trattato istitutivo della Comunità Europea in tema di politiche ambientali¹²⁴, anche se, come chiarito dalla Commissione della Comunità europea nel Comunicato riguardante il principio di precauzione del 2 febbraio 2000, il suddetto principio ha un ambito molto più vasto in quanto deve essere applicato quando un'oggettiva e preliminare valutazione scientifica stabilisca che è ragionevole temere che gli effetti potenzialmente pericolosi per l'ambiente o la salute degli uomini, animali o vegetali, siano incompatibili con l'alto livello di protezione scelto dalla comunità¹²⁵. Si ritiene che tale principio entri in gioco soprattutto nelle situazioni di incertezza scientifica le quali, peraltro, tendono ad aumentare nella moderna società del rischio in cui viviamo¹²⁶, ove ci si chiede se, in presenza di rischi o pericoli possibili, sia legittimo un intervento del legislatore che imponga l'adozione di misure che incidono sulle libertà fondamentali dei cittadini.

¹²² Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 295 e 296. Si veda anche S. FIORE, *Il principio di offensività*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., pp. 61 e ss.

¹²³ In assenza di una definizione univoca del principio, si rinvia alle considerazioni svolte in Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione, COM (2000) 1 febbraio 2002. Il documento, con particolare riferimento alla portata del principio in ambito comunitario, chiarisce (§ 3) che lo stesso «comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto». La consacrazione del principio a livello internazionale viene di solito individuata nell'art. 15 della Dichiarazione approvata a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992. Cfr. T. TREVERS, *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, pp. 578-579.

¹²⁴ Oggi art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (Lisbona 12-12-2009). Cfr. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, p. 238.

¹²⁵ Cfr. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, cit., pp. 238 e 239.

¹²⁶ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 207: «Il continuo progresso scientifico e tecnologico, mentre per un verso consente di neutralizzare pericoli tradizionali o noti, espone per altro verso a nuove possibilità di rischio che sfuggono al controllo dei saperi disponibili».

Secondo parte della dottrina il principio di precauzione¹²⁷ è uno strumento di politica criminale; una scelta che compie il legislatore in ordine al momento in cui interviene nella tutela di beni giuridici¹²⁸ e può fungere da parametro, oltre che da limite, ad un'anticipazione eccessiva della tutela penale, come quella che si riscontra nelle fattispecie di pericolo presunto. La questione potrebbe risolversi in maniera radicale rilevando che, se già le fattispecie di pericolo astratto pongono delicati problemi di compatibilità rispetto ai principi generali, *a fortiori* dovrebbe negarsi qualsiasi diritto di cittadinanza a strumenti che pretendano di anticipare la tutela oltre quella soglia. Si tratta però di verificare se delle indicazioni “nuove” rispetto al passato possano derivare dall'elemento dell'incertezza scientifica, visto che, parrebbe proprio questo il dato che maggiormente caratterizza il “rischio” al quale il principio di precauzione fa riferimento e che, in particolare, lo distinguerebbe dal “pericolo” vero e proprio. Un'esclusiva valorizzazione dell'insufficienza o della contraddittorietà dei dati scientifici a disposizione dovrebbe condurre, almeno *prima facie*, ad escludere che si possa attribuire rilevanza penale ad un comportamento senza conoscere la sua effettiva pericolosità e, dunque, gli effetti che da quella condotta potrebbero derivare¹²⁹. Sotto questa angolatura, il principio di precauzione sembra risultare uno strumento utile per elidere un utilizzo sempre più massiccio a schemi fondati su presunzioni assolute di

¹²⁷ Sul principio di precauzione si vedano i contributi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; ID., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, Milano, 2011, p. 611; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra stato e regioni*, in *Ragiusan*, 2004, n. 241/242, p. 28; ID., *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 9; G. FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l'ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, vol. I, p. 573; ID., *“Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 155; C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto “a distanza” tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 225; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. MARINUCCI*, Milano, 2006, vol. II, p. 1743; P. SCEVI, *Principio di precauzione e imputazione colposa*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 1095; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227; L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2004, p. 281 nonché le parti dedicate a questo tema negli studi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., p. 621, e A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente*, cit., pp. 26 e ss.

¹²⁸ Cfr. E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, pp. 39 e 40.

¹²⁹ Si veda M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 121, il quale non esita a ritenere che il paradigma in questione rischierebbe di tradursi in una vera e propria «caccia alla streghe».

pericolo. Tuttavia, come si è in precedenza visto, nel tentativo di proporre una “lettura costituzionalmente orientata” dei reati di pericolo presunto, oramai è opinione diffusa che gli stessi debbano necessariamente basarsi su un giudizio di pericolosità empiricamente fondato, il quale attesti, nella normalità dei casi, l’attitudine della condotta penalmente rilevante a ledere il bene oggetto di tutela¹³⁰, operazione indubbiamente assai complessa nel caso in cui si assuma, quale presupposto, proprio la mancata o parziale conoscenza degli effetti dell’attività o del prodotto presi in considerazione. Inoltre, il rischio evoca istanze di tutela che si pongono su un piano diverso rispetto al pericolo. La tutela non solo è anticipata rispetto al danno ma anche rispetto alla conoscenza del danno stesso o del pericolo in relazione a determinati fattori.

Indubbio è che il principio di precauzione è un principio in bilico «*tra buon senso ed oscurantismo*»¹³¹ che non può avere una diretta efficacia nel diritto penale ma sia volto solo ad ispirare le pubbliche autorità nelle scelte di regolamentare l’esercizio di determinate attività quando esista il sospetto di una loro pericolosità che, però, non ha ancora trovato una conferma empirica e tantomeno scientifica. Esso può svolgere una funzione orientativa sul piano politico-criminale per contribuire a fornire criteri in ordine alla possibile legittimazione di forme anticipate di tutela, a patto che ricorrano alcuni presupposti che coincidono in fondo con quelli che giustificano l’adozione dei reati di pericolo astratto.

In conclusione, pertanto, si ritiene che il principio di precauzione non può tutt’oggi essere considerato un criterio sostanziale di per sé capace di imporre il ricorso a forme di tutela penale, anzi, lo strumento punitivo da utilizzare nel caso di infrazioni alle regole poste dal principio stesso, sembrano essere quello amministrativo e le forme di tutela ad esso relative dovrebbero, in linea di principio, rimanere *extrapenali*¹³².

¹³⁰ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 293; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell’ambiente*, cit., p. 312 ss. Sull’equivalenza strutturale tra la relazione di pericolo e quella di probabilità si veda F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., pp. 19 e ss.

¹³¹ Cfr. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, cit., p. 239.

¹³² Occorre sul punto tenere in debito conto che, con riferimento al principio in esame, le situazioni relative alle situazioni di pericolo sono tutte effettuate *ex ante*. Cfr. C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, cit. p. 239.

PARTE III

**IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÁ COME LIMITE
ALL'ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA PENALE E CANONE
ERMENEUTICO DI CONTROLLO DELLE OPZIONI LEGISATIVE.
VERSO NUOVE TECNICHE DI TIPIZZAZIONE DELLA
FATTISPECIE.**

Capitolo primo

Il principio di sussidiarietà come limite all'anticipazione della tutela penale.

SOMMARIO: 1.1. Premessa: la “necessità” della sussidiarietà. 1.2. Dalle origini della sussidiarietà al suo riconoscimento come carattere del diritto penale. 1.3. Il fondamento costituzionale del principio di sussidiarietà. 1.4. Il principio di sussidiarietà come canone di politica criminale...; 1.5. ... e limite all'anticipazione della tutela penale. 1.6. I modi di operare: *la depenalizzazione come concreto esercizio del principio di sussidiarietà*. 1.6.1. *Le istanze sottese alla depenalizzazione*; 1.6.2. *I criteri discretivi di scelta tra sanzione penale, amministrativa e civile*; 1.6.3. *Le principali tappe della depenalizzazione in Italia: cenni*.

1.1. Premessa: la “necessità” della sussidiarietà.

Siamo, così, giunti alla parte conclusiva della presente ricerca, ma il “viaggio” non è ancora terminato. Anzi è proprio qui che risiede, forse, il cuore del presente lavoro che, partendo dall'analisi di categorie e concetti classici del diritto penale, quale appunto il bene giuridico ed il principio di offensività, ha condotto il lettore a tastare da vicino le problematiche connesse all'anticipazione della tutela penale; un modo di intervento del legislatore, che, lungi dall'apparire sempre utile ed efficace, mette in crisi le garanzie sostanziali in materia, crisi dovuta a modi di tutela di quei beni giuridici attraverso schemi che travalicano il buon senso e che, non sempre, risultano ispirati alla ragione prima e politico criminale del perché nasce il diritto penale: ossia quella di «consentire una pacifica coesistenza tra i consociati, intesi anche come titolari di diritti fondamentali»¹.

Spesso, dimentico di tale imprescindibile finalità, il legislatore, peccando di “eccesso di zelo”, è intervenuto, e tutt'oggi interviene, con la sanzione penale –che comporta comunque una restrizione di un diritto fondamentale, ossia la libertà del soggetto- per la repressione di quei fatti che, non offendendo ancora un interesse o un bene giuridico, non si pongono effettivamente in contrasto con quei valori che lo Stato sociale di diritto ha l'obbligo di tutelare, appunto, per garantire una pacifica convivenza tra i consociati.

¹ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, p. 124.

In molti settori, soprattutto quelli propri della legislazione penale complementare, il legislatore criminalizza fatti dotati di scarsa lesività, con la conseguente messa in crisi di un sistema, quello penale, che deve basarsi su principi fondamentali solidi che hanno proprio lo scopo di mettere a riparo i cittadini dal rischio di possibili distorsioni da parte del potere politico. L'impianto garantistico, formale e sostanziale, che contrassegna o dovrebbe, il sistema penale, *«rappresenta una diretta conseguenza del fatto che, quel sistema, in via di principio, è orientato ad incidere, anche in misura notevole, sui diritti di libertà e personalità individuale che, per definizione, sono posti all'apice dei valori di quali si basa il patto sociale in democrazia»*².

Il legislatore odierno ha completamente trascurato l'idea che la criminalizzazione delle condotte passa, innanzitutto, attraverso un'attenta considerazione dei principi di fondo. Di conseguenza, quando la predisposizione di fattispecie che tipizzando condotte prodromiche rispetto alla realizzazione di un'effettiva lesione del bene giuridico (vedi i reati di pericolo presunto) si pone a margine di una possibile violazione di principi, quali, quello di offensività (art. 49, comma 2, c.p., artt. 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost.), determinatezza e tassatività (art. 25, comma 2, Cost., e art. 13 Cost.), personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), di proporzione e ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché di *sussidiarietà* (artt. 2, 3, 13, 25, comma 2 e 3 Cost.)³, allora il legislatore dovrebbe rinunciare a ricorrere allo strumento penale, *«valutando la praticabilità di interazioni con altri sistemi di controllo sociale»*⁴. Soprattutto, quando, quello stesso fine di tutela potrebbe essere ugualmente raggiunto attraverso altri strumenti che il diritto ci mette a disposizione.

Lo Stato sociale di diritto, in altri termini, dovrebbe consentire di intervenire con il diritto penale solo in presenza di gravi offese ai fondamentali beni giuridici e solo quando ciò risulti strettamente necessario: diversamente, *«sarà lo stesso diritto penale a costituire fattore di violazione della legalità e quindi, sul piano sostanziale, dei diritti del singolo o della collettività che, in premessa, intendeva tutelare»*⁵.

² Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, cit., p. 126.

³ Per un diritto penale classico, nel senso delle garanzie, cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento e trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220.

⁴ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, cit., p. 128.

⁵ Queste illuminanti deduzioni sono ancora una volta di S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, cit., p. 132.

Poiché l'intervento penale resta, comunque, la più grave delle limitazioni che lo Stato apporta alla libertà e personalità dell'individuo, il legislatore deve scegliere tra intervento penale o *extrapenale*⁶. Ciò impone il ricorso al sistema penale solo quando venga in discussione un bene di significativa importanza comparabile a quello della libertà individuale e quando non risultano disponibili altri efficaci strumenti di controllo sociale che meno incidono sulla sfera individuale⁷.

Ecco la "necessità" della sussidiarietà: il legislatore dovrebbe, in pratica, fare un corretto e costante uso del *principio di sussidiarietà*, principio storico, classico, fondamentale di garanzia, nato, forse, prima ancora che lo Stato italiano si desse un codice in materia penale e che oggi assume un indiscutibile rilievo costituzionale.

1.2. Dalle origini della sussidiarietà al suo riconoscimento come carattere del diritto penale.

Siamo partiti, all'inizio di questo "viaggio", con la dottrina di Ugo Grozio, autore che ha segnato il passaggio dalla concezione teocratica dello Stato e del diritto penale ad una concezione laica e secolarizzata⁸, e che, per primo, ci ha insegnato che la punizione è giustificata soltanto se ciò risulti, in qualche modo, necessario per la salvaguardia di una pacifica convivenza⁹. Per Grozio, se la finalità di tutela del singolo può essere in altro modo perseguita, allora si dovrà rinunciare alla punizione¹⁰: ecco il

⁶ Tenendo presente che l'opzione del primo tipo è legittima soltanto se la sanzione penale è in grado di raggiungere gli scopi che essa può essere chiamata a perseguire. Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 e ss.

⁷ Cfr. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, pp. 443 e ss.; E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it., Napoli, 1994, pp. 229 e ss.

⁸ Fu grazie alla diffusione delle idee giusnaturalistiche (cui seguirono le dichiarazioni dei diritti dell'uomo degli stati liberali e quindi le costituzioni degli Stati di diritto) che andò maturando la consapevolezza della centralità dei diritti dell'individuo. In particolare, si deve al giusnaturalismo l'elaborazione di quella concezione individualistica dell'uomo che avrebbe portato al ribaltamento dei ruoli nel rapporto tra governanti e governati; se fino ad allora oggetto della politica era stato il governo e l'esercizio del potere, con l'individuo relegato alla posizione di soggetto passivo di quel potere, ora la scena viene guadagnata dall'individuo e dai suoi diritti. In questo senso, N. BOBBIO, *L'età dei diritti* Torino, 1990, p. 61: «E' con la nascita dello stato di diritto che avviene il passaggio finale dal punto di vista del principe a quello dei cittadini. Nello stato dispotico i singoli individui hanno solo doveri e non diritti. Nello stato assoluto gli individui vantano nei riguardi del sovrano diritti privati. Nello stato di diritto l'individuo ha verso lo stato non solo diritti privati ma anche diritti pubblici. Lo stato di diritto è lo stato dei cittadini».

⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Carpov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, p. 62.

¹⁰ Cfr. U. GROZIO, *De Jure belli ac pacis libri tres*, (1625), Lausanne 1751/1752., cit., p. 2, XX, «*qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur, debere eam (sc. la pena) exigi: quia*

carattere sussidiario del diritto penale. Nell'epoca illuminista, che segnò il trionfo del liberalismo giuridico nel diritto penale¹¹, in quanto considerava il diritto non tanto in funzione dello Stato bensì dell'individuo, si gettano, non solo le basi per la nascita della concezione moderna del bene giuridico¹², ma germina anche l'idea del carattere sussidiario del diritto penale. L'attività di penalizzazione deve avere una sua razionalità strumentale; pertanto viene giustificata solo nei casi di "stretta necessità", e in funzione di un risultato pratico e socialmente utile: ossia la difesa della libertà dei singoli e la salvaguardia dei loro diritti¹³. Per la filosofia politica dell'illuminismo la pena è, dunque, posta al servizio di scopi umani¹⁴. Le stesse dottrine illuministiche circoscrivono la cerchia dei fatti meritevoli di pena e, quindi, effettivamente dannosi per la coesistenza sociale, cioè offensivi di entità reali (empirico-naturali) del mondo esterno, bandendo dal diritto penale le semplici violazioni contro la morale¹⁵. Lo stesso Birnbaum ci insegna che bisogna considerare come delitto ogni lesione o messa in pericolo di un bene che deve essere tutelato dallo Stato, sempreché «questa tutela generale non possa essere attuata in altro modo che mediante la minaccia di una determinata pena e mediante l'esecuzione della minaccia contro ogni trasgressore»¹⁶.

In questo passo è scolpita l'idea della pena come ultima *ratio*, come rimedio a cui lo Stato è legittimato a ricorrere in via estrema. Ma ancora, anche F. von Liszt, nella sua idea di scopo, pone dei limiti al diritto penale: sostiene che solo la pena necessaria è

hoc pendet ex connexione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, jam apparet, nihil esse quod ad poenam exigendum praecise obliget.

¹¹ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, p. 158. È bene precisare che il liberalismo giuridico partiva da due premesse diverse: da una parte si diceva che l'individuo possiede per natura dei diritti di libertà che lo Stato non può comunque disconoscere senza tramutarsi in violenza brutta; dall'altro si considerava lo Stato come il prodotto di un libero accordo di volontà, di un contratto mediante il quale gli individui, per porre fine ad uno stato di ostilità, si accordano e rinunciano ciascuno ad una parte della propria libertà perché sia garantita un'ordinata e pacifica convivenza sociale.

¹² Ad opera di Birnbaum, in Germania e Beccaria in Italia. Si rinvia al § 1.2. del capitolo primo, Parte I, del presente lavoro.

¹³ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., p. 164: «del resto nel pensiero illuministico lo scopo stesso dell'esistenza umana non è più cercare la salvezza della propria anima nell'aldilà, ma raggiungere la felicità sulla terra».

¹⁴ Cfr. W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO-F. STELLA, Bologna, 1980, p. 52.

¹⁵ In argomento si veda K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, 1972.

¹⁶ Cfr. M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, p. 179. Si veda anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 21, nt. 2.

giusta¹⁷. E' proprio nello spirito di quest'epoca, in cui matura la consapevolezza del valore delle libertà individuali, che può emergere l'idea di un diritto penale sussidiario. Ma l'idea di ultima *ratio* affiora, in qualche modo, anche nel pensiero di Beccaria quando sostiene che «ogni atto di autorità da uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità, è tirannico»¹⁸ e, tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare le esigenze di giustizia, sono ingiuste per loro natura¹⁹. Eloquentemente, a riguardo, è quando l'autore afferma che: «Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi»²⁰. La riflessione di Beccaria, aveva lo scopo dichiarato di ridurre l'area del penalmente rilevante in quanto mirava a rendere attuale il principio di sussidiarietà²¹. Anche Carrara, ribadendo la centralità di norme di garanzia per i diritti dell'individuo, critica il ricorso abusivo alla sanzione penale²². Nella sua riflessione emerge chiaramente l'esigenza di un diritto penale necessario, che per essere giusto deve rifuggire da quel fenomeno che lo stesso autore definiva «*nomorrea penale*»²³. Nel pensiero di Carrara,

¹⁷ Cfr. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962, p. 11.

¹⁸ Così, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ristampa, Einaudi, 1070, p. 12.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 115.

²¹ Si veda M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. Giust.*, 2004, p. 493, secondo cui «il principio di sussidiarietà ne costituiva l'ispirazione politica di fondo». Tutta l'opera dell'autore è ispirata a tale scopo. Si veda anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIX, 1973; ID., *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n.689: una svolta «reale» nella politica criminale* (1982), in *Pol. del dir.*, 1982; ID., *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di DE ACUTIS E PALOMBARINI (Atti del Convegno, Albano Terme, 10-12-dicembre, 1982), Padova, 1982, 3; ID., *Legalità e crisi. L'art. 25, secondo e terzo comma, Cost. revisionato alla fine degli anni '70*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA), Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, p. 1273; ID., *Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, 1984, p. 99; ID., *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 221; A. BONDI, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Aras Edizioni, 2012, pp. 50 e ss.

²² Come è noto, anche allo scopo di scongiurare tale fenomeno, Carrara ritenne necessario configurare il reato come un ente giuridico. Cfr. F. CARRARA, *Prefazione*, in *Programma del Corso di diritto criminale. Del delitto e della pena* (1859), V ed., Bologna, 1993, p. 32: «Siffatta formula parvemi dovesse stare nella esatta nozione costituente il delitto. La medesima espressa dicendo: il delitto non è un ente di fatto, ma un ente giuridico. (...) È un ente giuridico perché la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un diritto». E ancora: «Col definire il delitto un ente giuridico si porta la scienza penale sotto il dominio di un imperativo assoluto; e si sbarazza una volta per sempre dal rischio di divenire strumento o dello ascetismo o di velleità politiche; e si è acquistato un criterio perenne per distinguere i codici penali della tirannide dai codici penali della giustizia»

²³ Si veda F. CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1889, vol. IV, p. 522, riportato da C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 7.

vi è la visione di un diritto penale sorretto dal principio di sussidiarietà: perché diritto penale sorretto dalla ragione.

Il diritto penale, dunque, ha carattere sussidiario²⁴: ossia il ricorso alla pena è giustificato solo quando risulta, oltre che necessario²⁵, anche *conforme allo scopo*²⁶. Oltre che meritata, cioè proporzionata alla gravità del fatto²⁷, la pena deve, dunque, essere “necessaria”: ad essa si può fare ricorso solo come ultima *ratio*. In altri termini l'utilizzazione della sanzione penale è legittima nella misura in cui non solo si presenta come strettamente necessaria, ma anche quando si riveli uno strumento promettente in vista di un'efficace tutela del bene giuridico: laddove, invece, la prospettiva della sanzione appaia sin dall'inizio inidonea a conseguire l'obiettivo perseguito, il ricorso ad essa appare illegittimo perché inutili ed ingiustificati ne risulterebbero i costi a carico del singolo condannato²⁸.

Il carattere sussidiario del diritto penale è logicamente connesso con la frammentarietà, principio che prevede che il diritto penale non interviene per la tutela di ogni bene giuridico ma interviene solo contro specifiche forme di aggressione al bene

²⁴ Così, cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit. pp. 215 e ss.; H.L. GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes*, in *Juristische Schulung*, 1978, pp. 1 e ss.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, pp. 463 e ss.; F. BRICOLA, *Il carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. DELITALA*, Milano, 1984, pp. 101 e ss.; ID., *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, cit.; ID., *Voce Teoria generale del reato*, cit., pp. 15 e ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma*, pp. 169 e ss.; A. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, pp. 89 e ss.; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, pp. 14 e ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 112 e ss.

²⁵ Nel senso, già anticipato, cioè che gli altri strumenti di tutela di natura civile, amministrativa, ecc., sarebbero insufficienti.

²⁶ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 29.

²⁷ Il principio di sussidiarietà o di stretta necessità è connesso ad altri principi: a) della meritevolezza di pena, nel senso che bisogna ricorrere alla pena per la tutela di beni di rilevante importanza; b) della proporzionalità della pena, nel senso che il ricorso alla pena deve riguardare offese di gravità tale da giustificare il sacrificio della libertà personale e i costi in generale della pena; c) dal bisogno di pena, nel senso che ad essa bisogna ricorrere come *extrema ratio* se si sono rivelati o risultano insufficienti altri strumenti di tutela *extrapenali* (sanzioni civili o amministrative) o *extragiuridici* (interventi di politica sociale diretti a rimuovere le cause del delitto).

²⁸ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 29 e ss. Secondo gli Autori il principio di sussidiarietà può essere concepito in due accezioni diverse che, rispettivamente, ne circoscrivono o estendono la portata. Secondo una concezione ristretta, il ricorso allo strumento penale, appare ingiustificato o superfluo quando la salvaguardia del bene in questione sia già ottenibile mediante sanzioni di natura extra-penale; secondo una concezione ampia della sussidiarietà, la sanzione penale sarebbe comunque preferibile anche nei casi di non strettissima necessità, tutte le volte in cui la funzione stigmatizzante propria della pena in senso stretto risulti utile ai fini di una più forte riprovazione del comportamento criminoso e, di conseguenza, di una più energica riaffermazione dell'importanza del bene tutelato. Gli autori concludono con l'accoglimento della concezione ristretta della sussidiarietà che, oltre a corrispondere a una visione più moderna e laica dei compiti del diritto penale, consente di meglio ricordare la tutela penalistica alle altre tecniche di tutela *extrapenale*.

stesso²⁹. Il carattere frammentario, che è in contraddizione con una visione omnicomprensiva della tutela penale, impone, dunque, una selezione sia dei beni aggrediti da proteggere, sia delle forme di aggressione³⁰.

Sussidiarietà e frammentarietà sono visti come connotati essenziali del diritto penale che, tuttavia, hanno assistito, negli anni, ad una vera e propria messa in crisi a causa di scelte totalizzanti da parte del legislatore che ha avuto un atteggiamento costante di *iper-criminalizzazione*. Infatti, come sottolineato³¹, «è convinzione diffusa che il diritto penale debba riacquistare la propria razionalità contenendo la spinta “inflazionistica”, e riacquistando il suo ruolo di strumento eccezionale, di extrema ratio, per la tutela frammentaria di beni giuridici essenziali per l’esistenza e lo sviluppo della comunità statale»³². Quest’aspirazione a restituire al diritto penale il suo carattere sussidiario e frammentario, si scontra, nel momento presente, con la tendenza a considerare lo strumento penale come quello più idoneo a risolvere i principali problemi di una società in crisi³³. Per questo risulta quanto mai necessario ridare un ruolo più pregnante al principio in esame sì da trovare una base che sia in grado di assicurare anche una possibile giustiziabilità del principio di sussidiarietà³⁴.

²⁹ Il principio di frammentarietà si atteggia però come criterio valutabile a tre stadi. Il primo stadio è quello appena enunciato (il diritto penale protegge solo alcuni beni giuridici e solo da specifiche modalità di aggressione); il secondo stadio si ha se consideriamo che "non tutto ciò che è immorale è illecito" (il che deriva dal fatto che diritto e morale non sono totalmente sovrapponibili, ma rappresentano due cerchi che si intersecano fornendo una parte in comune); il terzo stadio è riassumibile con la formula “non tutto ciò che è illecito è antiggiuridico”. Dire quindi che il diritto penale è frammentario, è come usare una sorta di irrinunciabile tautologia: significa dire che questo ramo dell’ordinamento non interviene sempre ma solo in "certi casi", disciplinati ovviamente dalla legge.

³⁰ Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 1478.

³¹ Cfr. F. BRICOLA, *Il carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 101.

³² Oltre F. BRICOLA, si veda, anche, C. E. PALIERO, *La legge n. 689 del 1981: prima «codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1984, p. 117.

³³ «Ovvero ad affrontare aspetti che spesso sono la spia di disfunzioni istituzionali nonché di carenze delle discipline rispetto alle quali, almeno da questo punto di vista, il diritto penale rappresenta un *posterius*». Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 1479.

³⁴ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 86. Assai autorevoli, tuttavia, sono le voci di quegli autori che si mostrano scettici nei confronti della possibilità di rendere giustiziabile il principio di sussidiarietà. Nella manualistica così come pure nella saggistica, sia italiane che statunitensi, la sussidiarietà penale non viene presentata nei termini di un principio giustiziabile e viene variamente definita ora quale *carattere* del sistema penale, ora quale *criterio* di scienza della legislazione; ora quale *principio di indirizzo politico*. Una pur rapida panoramica permette di individuare innanzitutto autori che, pur considerando il *principio di sussidiarietà* “espressione della moderna concezione del diritto penale”, oltre che “presupposto del principio di tassatività”, ne escludono il carattere giustiziabile alla luce del principio di separazione dei poteri. Cfr. S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2017, p. 141. Nega portata obbligatoria al *principio di sussidiarietà* D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 55. Considerano la sussidiarietà un principio costituzionale (fondato sull’art. 13, co.1 Cost.), vincolante per il legislatore G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2009, p. 10. Ritengono illegittimo l’intervento penale

1.3. Il fondamento costituzionale del principio di sussidiarietà.

La concezione del diritto penale come forma di tutela sussidiaria riceve maggiore solidità attraverso la tesi che aggancia alla Costituzione la politica dei beni tutelabili penalmente, selezionando l'oggettività giuridica del reato con riguardo ai soli interessi costituzionalmente significativi³⁵. L'art. 13 della Costituzione può essere chiamato a conforto del principio di sussidiarietà o necessarietà della tutela penale (la pena come ultima *ratio* del controllo sociale), laddove sentenzia che la libertà personale è inviolabile e che può essere limitata solo dalla legge e nei soli casi e modi previsti³⁶. Secondo parte della dottrina³⁷, nell'art. 13 della Costituzione è contenuta una riserva di legge ben più rigorosa di quella indicata in altre disposizioni costituzionali dove si detta semplicemente che la materia penale è regolata dalla legge. Ma il principio di sussidiarietà trova nella Costituzione un aggancio già stesso all'interno dell'art. 2 quando l'affermazione del necessario adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà precede la stessa affermazione del compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana: quegli stessi ostacoli, economici e sociali, che l'adempimento dei doveri di solidarietà mira a prevenire, è compito della Repubblica rimuoverli, di guisa che, tale intervento è chiaramente sussidiario rispetto al primario adempimento dei doveri stessi.

Ma anche nell'art. 3 della Costituzione si rinviene un referente costituzionale della sussidiarietà ove la stessa ricerca dell'uguaglianza sostanziale in ambito sociale ed economico non può prescindere dalla sussidiarietà di fondo a cui si ispira e in cui si incardina il sistema costituzionale nei suoi principi fondamentali.

Un altro argomento a favore del principio costituzionale di sussidiarietà è il riconoscimento della natura pluralistica e del carattere di tolleranza che permeano tutto il quadro delineato dalla Costituzione³⁸. Ma prima ancora che nella Costituzione il

“non necessario” e auspicano l'attribuzione al principio di sussidiarietà una maggiore centralità quale principio di politica criminale anche G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 29. Altri ancora, annoverano il *principio* di sussidiarietà tra i parametri cui il legislatore dovrebbe guardare nella produzione di una fattispecie penale, A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 97. Ritiene, invece, che la sussidiarietà vada considerata non già quale principio vincolante ma quale *criterio* per il legislatore, G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 707

³⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 1483.

³⁶ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 216.

³⁷ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit.

³⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 126.

principio di sussidiarietà e necessarietà della sanzione penale, «*vige sovrano nell'ordine di idee della filosofia utilitaristica e sotto l'angolo visuale della realtà*»³⁹, poiché «*la minaccia della pena, il processo per accertare la responsabilità, l'esecuzione penale, la sofferenza del condannato, comportano costi economici e morali tali che il diritto penale va limitato ai fatti dannosi assolutamente non contrastabili in altro modo*»⁴⁰. Perciò il principio di sussidiarietà è divenuto un luogo comune particolarmente caro alla dottrina contemporanea: non c'è oggi autore che non si interessi ad un tema senza rendere omaggio esplicito al principio dell'*extrema ratio* ed all'idea, secondo cui "*nulla poena sine crimine et necessitate*".

Ma non manca chi, ancora oggi, dubiti del reale rilievo, fondamentale o primario, del principio di sussidiarietà e la possibilità stessa di rinvenire nella Costituzione il suo referente normativo. È stato, infatti, osservato in dottrina⁴¹ che, in difetto di indicazioni consolidate della Corte Costituzionale che annoverino il principio di sussidiarietà tra i principi supremi, la conclusione cui si deve pervenire è nel senso che non è ipotizzabile alcun «effetto palingenetico», ossia che la consacrazione esplicita del principio non ha sortito l'effetto innovativo nel sistema costituzionale.

Infatti, la Corte Costituzionale, in varie pronunce, non ha mai riconosciuto espressamente una base costituzionale al principio di sussidiarietà, bensì ne ha solo valorizzato l'istanza. Così, si è sottolineato che: «*l'incriminazione costituisce una extrema ratio, cui il legislatore ricorre quando [...] lo ritenga necessario per l'assenza o l'insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela*»⁴²; come pure si è sostenuto che il diritto penale – appunto in quanto *extrema ratio* – costituisce «*il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato*»⁴³. Ma mai la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una scelta del legislatore per contrasto con il principio (costituzionale) di sussidiarietà⁴⁴.

³⁹ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 217.

⁴⁰ ID., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 217.

⁴¹ Cfr. V.Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2333. In senso contrario, cfr. L. MELICA, *Sussidiarietà*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CAS- SESE), vol. VI, Milano, 2006, p. 5836.

⁴² Cfr. sentenza Corte cost. n. 447 del 1998.

⁴³ Cfr. sentenza Corte cost. n. 189 del 1987.

⁴⁴ La Corte, infatti, ha espressamente chiarito di non poter esprimere valutazioni circa l'adeguatezza o

Ma, al di là di ciò, non si può, oggi, disconoscere la rilevanza costituzionale del principio di sussidiarietà che dovrebbe ispirare le scelte del legislatore ed indurlo, nel *mare magnum* normativo, a scegliere, laddove ciò sia possibile, una tutela diversificata.

È proprio il concetto di necessarietà (*Erforderlichkeit*) che rimanda all'idea del minimalismo degli interventi, richiedendo che tra più mezzi ugualmente idonei a raggiungere lo scopo si adotti quello in grado di produrre minori restrizioni nei confronti dei singoli⁴⁵. L'adozione del mezzo più mite e l'idea della non eccedenza rispetto agli scopi rappresentano, in verità, una sorta di manifestazione naturale del fondamento primo del principio di proporzionalità, quale limite alle limitazioni dei diritti fondamentali poste in essere da parte dei pubblici poteri nei confronti dei privati cittadini⁴⁶. L'obiettivo è, in sostanza, quello del raggiungimento di un equilibrio tra interessi del singolo e interessi della comunità e può dirsi raggiunto nel momento in cui è riscontrato che, rispetto al mezzo prescelto per raggiungere un certo obiettivo non ne risulta disponibile nessun altro, ugualmente efficace ma meno incisivo della sfera del singolo.

Il principio di sussidiarietà trova, pertanto, fondamento nella Carta fondamentale ed alla luce degli stessi principi costituzionali espliciti in materia penale⁴⁷. Esso si può definire come un principio costituzionale che, ponendo limiti alla potestà normativa

idoneità della sanzione penale e la rispondenza agli scopi di tutela del legislatore: così, nella sentenza n. 22 del 2007, si è affermato che: «Non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antiggiuridici che si manifestino nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza». Analogamente, nella sentenza n. 250 del 2010, oltre a ribadirsi lo stretto margine di valutazione in ordine all'oggetto di tutela, si è specificato come la stessa scelta circa lo strumento sanzionatorio più idoneo sia tendenzialmente rimessa alla discrezionalità legislativa, cosicché – escluso che la norma in esame mirasse a sanzionare una mera presunzione di pericolosità dello straniero irregolare - si è ritenuta non sindacabile, nel caso di specie, la scelta di tutelare penalmente la violazione della disciplina amministrativa sul soggiorno (presidio della regolarità dei flussi migratori ed interesse strumentale a beni giuridici “finali” avvalorati –sottolinea la decisione– da un sicuro aggancio costituzionale): ciò, appunto, in base alla considerazione generale per la quale la scelta di strutturare la relativa violazione come illecito penale, e non più come mera infrazione amministrativa «rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo la qualità ed il livello dell'intervento repressivo in materia» (sentenza n. 250 del 2010).

⁴⁵ Si veda M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.

⁴⁶ Nella letteratura tedesca si utilizza a tal proposito l'espressione “*Schranken-Schranken*”. Cfr. E. SCHNAPP, *Die Verhältnismäßigkeit des Grun- drechtseingri es*, in *Jus*, 1983, pp. 851 e ss.

⁴⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14: «Dalla normativa costituzionale sembra emergere l'intento del costituente di circoscrivere entro limiti di stretta necessità (...) l'area dell'illecito penale. E, infatti, l'art 25, comma 2, Cost., affidando interamente al potere legislativo o al Governo, nelle sole forme del decreto legislativo o del decreto-legge, la normazione penale, non può, se non vuole correre il rischio di rimanere una mera enunciazione di principio praticamente inattuabile, non muovere dall'idea di una riduzione del campo dell'illiceità penale»; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 12.

penale e incidendo sulle modalità di svolgimento del procedimento legislativo⁴⁸, può essere considerato un principio “metodologico”, espressione, in materia penale, del principio di ragionevolezza.

1.4. Il principio di sussidiarietà come canone di politica criminale...

Oggi il principio di sussidiarietà è rimesso in gioco dalla politica criminale. Secondo parte della dottrina, sin dalla fine degli anni ‘90, il principio ha incarnato il principale criterio politico-criminale, nel quale la funzione materiale e critica del bene giuridico era veicolata e gestita: la «*necessità della tutela era intesa come “tutela strettamente necessaria” (poena extrema ratio), ossia limitata alle ipotesi di presenza di un bene giuridico*»⁴⁹. Il principio di necessità del diritto penale costituisce una direttrice fondamentale di politica criminale, perché «*è solo la politica criminale che può realizzare la sussidiarietà*»⁵⁰. Dal punto visuale della politica criminale il diritto penale rappresenta una *extrema ratio*⁵¹, lo strumento ultimo tra i molteplici offerti dalla politica sociale; il diritto penale è «*l’estremo rimedio della politica sociale, che resta la migliore politica criminale*»⁵².

Il principio di sussidiarietà consente di considerare il diritto penale quale momento della dialettica tra politica criminale e di politica penale. Ed è proprio qui che risiede il senso dell’idea del diritto penale come *extrema ratio*. Tale principio ha la funzione di guidare il legislatore nella scelta politica del *penale* nel più vasto ambito del *criminale* e giustifica le scelte di criminalizzazione; ha altresì la funzione di consentire all’interprete (giudice e giurista) di contestare la legittimità di una legge penale adottata senza tener conto delle possibili alternative alla scelta punitiva penale⁵³. In altri termini, il principio

⁴⁸ Sulla complessa problematica degli obblighi di criminalizzazione si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, p. 23, nt. 46.

⁴⁹ Cfr. C. E. PALIERO, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2002, p. 108.

⁵⁰ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 72.

⁵¹ Per tale ordine di considerazioni si rimanda a F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico*, cit. Vale ricordare che in tale scritto, ad una concezione autoritaria del concetto di ordine pubblico, cui corrisponde un incisivo intervento penale, l’autore contrappone una concezione costituzionalmente compatibile, tesa a pretendere l’intervento anche di strumenti *extrapenali*. L’ordine pubblico, dunque – così inteso – potrebbe costituire la *ratio* non solo della politica penale ma, in senso più ampio, di una complessa e strategica politica criminale.

⁵² Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 478.

⁵³ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuti e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 221: «Si apre inoltre, a questo punto, il dilemma su chi ricada l’onere probatorio relativo al requisito della necessità della

di *extrema ratio* gioca un duplice ruolo: come criterio della politica legislativa criminale e come principio legittimante la scelta normativa penale.

Tuttavia il criterio di necessità si caratterizza, secondo alcuni autori, anche per un'intrinseca ambiguità, perché "tutela necessaria" può voler dire tanto "tutela strettamente necessaria" e, quindi, operare in funzione *limitativa* della criminalizzazione, quanto "necessità di tutela" con effetto, viceversa, *propulsivo* rispetto alle scelte di penalizzazione (*poena prima ratio*)⁵⁴. L'ambivalenza del criterio di necessità si salda con l'espansione post-moderna del sistema dei beni giuridici, dando vita ad un allargamento complessivo del penalmente rilevante. Infatti, secondo parte della dottrina⁵⁵, seppur oggi il principio di sussidiarietà rappresenta una direttrice fondamentale di politica criminale, tuttavia non rappresenta un rigoroso limite per il legislatore penale, stante le molteplici incognite su cui poggia⁵⁶. Tutt'oggi il legislatore, nonostante i suoi fallimenti, ostinatamente persevera nella sua irrazionale ingordigia incriminatrice. Lo stato delle cose è noto. Lo scenario italiano sembra aver ridotto la politica criminale alla sola politica penale, tanto da rendere l'una sinonimo dell'altra, facendo così perdere alla politica penale ogni legame con la politica sociale⁵⁷.

Parte della dottrina, invece, pur riconoscendo il valore del principio di sussidiarietà, non pare intravederne alcun ruolo pratico perché incapace di offrire criteri di soluzione

sanzione penale: cioè se è il legislatore che deve dimostrare la *non* esistenza di sanzioni alternative efficaci, o se è il suo antagonista (l'eventuale ricorrente davanti alla Corte Costituzionale) a dover provare l'esistenza di sanzioni alternative efficaci. A favore della prima soluzione vale il ragionamento che se la necessità è requisito della norma penale, essa deve essere provata, e la mancanza della prova conduce alla dichiarazione di incostituzionalità. A favore della seconda soluzione, gioca l'argomento che *in primis* è sostanzialmente valida ogni norma formalmente valida, fino a che non sia dichiarata incostituzionale (...))».

⁵⁴ Cfr. C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, cit., p. 109.

⁵⁵ Secondo Mantovani il principio di sussidiarietà non funge da limite per il legislatore per una serie di motivi: a) per la difficoltà di una netta distinzione tra beni meritevoli e non meritevoli di tutela penale; b) per la difficoltà di destinazione tra i diversi gradi di offesa e dell'individuazione e delle offese di gravità intollerabile (le c.d. macro offese) ai beni meritevoli di tutela penale si da giustificare il sacrificio dei beni e gli effetti negativi collaterali che la pena comporta; c) per l'impossibilità di una misurazione precisa di gradi di efficacia delle sanzioni penali ed *extrapenali* data la mancanza o il dubbio valore di rivelazioni statistiche di comparazione; d) per la non fattibilità di preve sperimentazioni; e) per l'incertezza circa la spettanza dell'onere probatorio sulla esistenza di sanzioni *extrapenali* efficaci al legislatore o al ricorrente innanzi alla Corte Costituzionali; f) perché la sussidiarietà intesa realisticamente e non secondo un illuminismo astratto, fuori dal tempo e dello spazio, deve tenere conto del dato incontrovertibile che i più sono sensibili non tanto ai fatti offensivi di entità spersonalizzate (fisco, economia, ecc.), quanto e innanzitutto alle tante quotidiane prevaricazioni che incidono sulla qualità della vita. Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 96.

⁵⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 96.

⁵⁷ Sul primato della politica criminale sulla politica penale cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 75 e ss.

dei problemi di politica legislativa⁵⁸. Nello stesso senso, si esprime altra dottrina che considera la sussidiarietà un canone materiale di politica criminale, che, però, giammai potrà essere qualificato nei termini di un parametro formale di raffronto per la dichiarazione di illegittimità di norme penale⁵⁹. Degna di nota è invece la posizione di chi⁶⁰, considerando il principio di sussidiarietà una specificazione in ambito penale del principio di proporzionalità, ritengono illegittimo l'intervento penale non necessario e auspicano l'attribuzione al principio di sussidiarietà di una maggiore centralità quale principio di politica criminale. Allo scopo il legislatore deve avvalersi «*il più possibile del contributo conoscitivo fornito dal sapere socio-criminologico: le indagini di tipo empirico, infatti, sono tendenzialmente le sole in grado di offrire dati probanti, da un lato, rispetto alla effettiva «dannosità sociale» dei comportamenti da incriminare e, dall'altro, circa la reale efficacia dei diversi strumenti sanzionatori adottabili*»⁶¹.

1.5. ... e limite all'anticipazione della tutela penale.

La prevenzione di eventi dannosi o pericolosi non appartiene solo ad diritto penale, che deve costituire l'ultima *ratio* nella gerarchia degli strumenti giuridici del controllo sociale⁶², ma anche agli altri settori dell'ordinamento.

Se il compito del diritto penale è la difesa di beni ed interessi attinenti alla convivenza, esso li deve proteggere solo in via sussidiaria e, il più delle volte, dovrebbe

⁵⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 55: «Il principio di sussidiarietà nulla dice sui criteri di valutazione che il legislatore dovrebbe seguire. Le soluzioni concrete restano affidate alla valutazione politica del legislatore (...). Concetti del genere *non* offrono criteri di soluzione dei concreti problemi di politica legislativa. Le ben intenzionate formule dottrinali non conducono a soluzioni vincolate: giustamente invitano il legislatore ad un uso *il più possibile limitato* dello strumento penale, ma lasciano indefinito il possibile limite»

⁵⁹ La Corte, non essendo organo responsabile – per tale autore – non può entrare nel merito delle scelte discrezionali del legislatore. Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, pp. 22 e 23 (sub Pre-Art. 1). Considerazioni analoghe sono svolte da Angioni il quale, a sostegno della tesi della non giustiziabilità del principio di sussidiarietà, scrive: “I rapporti di forza tra i poteri dello stato, la magistratura ordinaria e la corte costituzionale debbono rimanere un ‘sottosistema’ e non travalicare nella sfera di discrezionalità politica spettante al legislatore.”: F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 223.

⁶⁰ Si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit.

⁶¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 29. Fiandaca, in altro scritto, dopo aver rilevato che «le regole del buon legislatore, cioè del buon legislatore che fa un uso saggio e avveduto delle risorse penali, si ispirano al principio di fondo del diritto penale come *extrema ratio* di tutela», osserva che «nel verificare l'effettiva utilità del ricorso alla tutela penale, il legislatore dovrebbe potere disporre di un insieme di conoscenze e di dati anche a carattere empirico forniti dalla scienze sociali e, in particolare, dalla criminologia: in maniera tale che la valutazione legislativa risulti il più possibile basata su dati scientificamente attendibili»: G. FIANDACA-G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp. 126 e 127.

⁶² Si veda A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, p. 15.

astenersi dal punire ogni tipo di danno ai beni giuridici, ma solo determinate modalità di aggressione, tenendo conto, non solo, del risultato ma anche di come lo si produce⁶³. Il diritto penale, in definitiva, da un lato protegge soltanto una parte dei beni giuridici, dall'altro, eccetto i casi in cui, in considerazione dell'importanza elevatissima del bene (ad es. la vita umana) la tutela è totalitaria, di regola protegge il bene in modo frammentario, cioè limitato a determinate modalità aggressive.

Uno stesso bene può essere tutelato penalmente contro tipi o modi diversi di aggressione. Ma poiché anche gli illeciti civili ed amministrativi sono fatti offensivi di beni giuridici, l'offensività del fatto non caratterizza solo l'illecito penale, non è una sua nota distintiva, e, quindi, non può essere utilizzato come criterio per stabilire l'opportunità dell'intervento penale⁶⁴.

Per selezionare i fatti da sanzionare penalmente, il legislatore si dovrebbe avvalere di ulteriori ed altrettanto decisivi criteri che appartengono, oramai, al patrimonio comune della dottrina contemporanea. Come il criterio di proporzione e di effettività che dovrebbero rappresentare una direttrice politico-criminale per il legislatore⁶⁵.

La pena, la cui concezione come ultima *ratio* e come difesa sussidiaria di beni giuridici⁶⁶, in armonia con il principio di proporzione che è a fondamento dello Stato di diritto, comporta, come conseguenza, una riduzione dei legittimi oggetti di tutela alle condizioni minime della convivenza civile. In questo contesto, la funzione di protezione del diritto penale è limitata allo stretto necessario e il concetto di bene giuridico è costruito come «*contrassegno di tale limite*»⁶⁷.

Ecco, dunque, che nell'ambito del tema dell'anticipazione della tutela penale, il principio di sussidiarietà può fungere da valido limite contro forme di tutela così avanzata da mettere a rischio la stessa carica lesiva del fatto. In queste situazioni il principio di sussidiarietà dovrebbe ispirare il legislatore ed indurlo a cedere di fronte la

⁶³ A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, p. 16. Com'è stato efficacemente osservato il diritto penale è un arcipelago nel senso che le fattispecie precisano isole di illiceità nel mare della libertà. Così T. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2, Aufl., 1959 (trad. it. M. LOSANO e F. GIUFFRIDA, Repaci, 1956), p. 37.

⁶⁴ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, p. 17.

⁶⁵ Così C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I. *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. spagnola della 2ª edizione tedesca, 2003, p. 66.

⁶⁶ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 51 e pp. 65 e ss.

⁶⁷ Sempre C. ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenproblem*, Berlin, 1973, p. 43. Si veda anche G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del Diritto penale*, cit., p. 482.

criminalizzazione di comportamenti del tutto avulsi dal carattere dell'offensività ed a ricercare la tutela di quel dato bene o interesse in campi diversi da quello penale.

Infatti, come ci insegna autorevole dottrina⁶⁸, «*il principio di extrema ratio deve essere preso in considerazione anche all'interno di una scelta di criminalizzazione; vale a dire, esso non opera solo all'interno di scelte di controllo trascendente l'ordinamento penale, ma anche nell'utilizzazione dello stesso intervento penale: una volta intrapresa questa strada, bisogna controllare secondo criteri di stretta necessità e legalità anche le forme e la misura dell'intervento penale*»⁶⁹.

Ed è per tali ragioni che, attraverso una rivalutazione del principio di sussidiarietà, che deve avere quale obiettivo quello di indurre il legislatore alla ricerca di metodi alternativi di tutela, si potrebbero fronteggiare i problemi che affliggono la legislazione penale attuale, caratterizzata da un simbolismo esasperato dei contenuti. Si dovrebbe elaborare una vera e propria *scienza della sussidiarietà*⁷⁰ come parte della scienza della legislazione e complemento metodologico della stessa dogmatica dell'illecito penale. Tale scienza, di cui già sussistono ampie elaborazioni sparse⁷¹, non si sostituisce alla politica, ma la informa e la controlla, e dovrebbe essere in grado di imporre al legislatore, qualora per la protezione di un bene giuridico dovesse intervenire anticipandone la tutela in modo così eccessivo da rasentare l'incriminazione di un fatto inoffensivo, ad abbandonare lo strumento penalistico in favore del diritto civile o amministrativo che –come si vedrà in seguito- a volte contengono degli strumenti sanzionatori maggiormente efficaci per la tutela dello stesso bene giuridico.

In attesa della nascita di una vera e propria scienza della sussidiarietà, di cui ci occuperemo nel prosieguo della trattazione, qualche cenno merita l'attuale modo di operare della sussidiarietà.

⁶⁸ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, cit.

⁶⁹ ID., *Sul difficile rapporto tra sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, p. 135.

⁷⁰ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 86. L'Autore, che propone la nascita della scienza della sussidiarietà, si chiede poi se attualmente esista già una tale scienza. «Risposta: esiste la scienza della legislazione, anche se sono ancora molto poche le cattedre che la insegnano, e, all'interno di essa e del più generale principio pubblicistico ed anche comunitario della sussidiarietà, come un suo ramo prettamente penalistico, deve essere meglio affinata la scienza penale della sussidiarietà».

⁷¹ Si veda M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 86, nt. 27.

1.6. I modi di operare: la depenalizzazione come concreto esercizio del principio di sussidiarietà.

Quando parliamo di “modo di operare della sussidiarietà”, ci riferiamo alle forme in cui si dà concreta attuazione all’istanza della diritto penale come *extrema ratio* ti tutela che –si ripete- vuole che si deve intervenire con la sanzione penale solo quando ciò risulti necessario e non sia possibile ottenere un’eguale tutela attraverso altri strumenti sanzionatori diversi da quello penale.

Come intuito in modo lungimirante da parte della dottrina⁷², rappresentano esercizio ed attuazione, in qualche modo, del principio di sussidiarietà il restringimento delle fattispecie in vigore mediante sostituzione di elementi o aggiunta di nuovi che ne arricchiscono il tipo⁷³, o l’esclusione pura e semplice di certe fattispecie dal novero dei reati⁷⁴, o l’abolizione di fattispecie autonome qualificate⁷⁵, o soprattutto il passaggio dalla classe dei fatti punibili con pena detentiva alla classe dei fatti punibili con pena pecuniaria, riducendo, così, il codice penale ad un vero e proprio «specchio dei fatti particolarmente gravi che mettono in pericolo le condizioni essenziali della coesistenza sociale»⁷⁶. Comunque si atteggi la portata del principio di sussidiarietà, tutte queste possibilità di revisione sono segno di un «*movimento unitario diretto al restringimento dell’area del punibile e all’alleggerimento dell’entità della delle sanzioni*»⁷⁷.

Ovviamente, condizione necessaria del principio di sussidiarietà è che vi siano “altri mezzi” a disposizione che raggiungano la medesima o vicina efficacia della

⁷² Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, cit., p. 219.

⁷³ Sempre F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, cit., p. 219, in nota 13 ci fornisce alcuni esempi di questo primo modi di operare del principio di sussidiarietà. Così, «la fattispecie della truffa trasformata con il requisito dell’errore “non facilmente evitabile” o un ritorno alla formula più restrittiva del codice Zanardelli (artifici o raggiri atti ad ingannare); l’inizio del procedimento penale e non la mera (e non la mera “possibilità di procedimento penale”) come evento della fattispecie di simulazione di reato; la corruzione di minorenni limitata ai minori di quattordici anni; l’irrelevanza penale della diffamazione commessa entro cerchia di persone molto ristretta; l’irrelevanza penale del furto commesso nei grandi magazzini o nei osti di lavoro o di studio da delinquenti primari; l’eliminazione di molti aggravanti nel furto».

⁷⁴ Si pensi ai furti minori (artt. 626 e 647 c.p.) o alla corruzione impropria susseguente.

⁷⁵ Come l’oltraggio.

⁷⁶ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, cit., p. 219. Nonché W. GALLAS, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit – Gedanken zur Begriff des Verbrechen*, in *Heidelberger Jahrbücher*, Vol. IX, 1965, p. 13; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechen*, 1972, p. 8; H. RUDOLPHI – E. HORN – SAMSON, *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, Bd. 1 AT Frankfurt/M, 1995, pp. 1 e ss.

⁷⁷ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del bene giuridico*, cit., p. 220.

comminazione penale, cioè sanzioni civili, amministrative, da poter irrogare per la tutela del bene giuridico.

Altro modo di operare della sussidiarietà è quello della depenalizzazione attuata mediante il trasferimento di una gamma di reati fra gli illeciti amministrativi.

Tuttavia occorre preliminarmente chiarire che una cosa è depenalizzare (ossia passaggio dalla sanzione penale ad altre forme di sanzione), altra cosa è decriminalizzare (cioè il passaggio dalla pena detentiva alla pena pecuniaria⁷⁸ o espunzione della norma incriminatrice dal sistema punitivo). Entrambe, tuttavia, esprimono una valutazione legislativa in ordine all'irrelevanza penale del fatto previsto dalla norma, e, attraverso di esse, il legislatore compie inequivocabilmente una selezione in astratto dei fatti che ritiene meritevoli di sanzione penale. Risulta evidente, dunque, che fondamento della depenalizzazione (ma ciò può valere anche per la decriminalizzazione) è l'ottimizzazione del ricorso alla sanzione penale non solo perché, in quanto informata dai principi di sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale essa deve essere applicata in *extrema ratio*, ma anche al fine di razionalizzare il sovraccarico degli uffici giudiziari e l'affollamento delle carceri.

1.6.1. Le istanze sottese alla depenalizzazione.

La depenalizzazione, come le altre forme di manifestazione della deflazione⁷⁹ penale, è volta a controbilanciare una tendenza alla criminalizzazione sovente sciolta dal morso di saldi criteri di politica criminale e, quindi, muove dall'esigenza di mitigare le infauste conseguenze che l'*ipertrofia penalistica* produce nell'ordinamento giuridico.

Come segnalato già da tempo in dottrina⁸⁰, infatti, una proliferazione ipertrofica delle fattispecie⁸¹ causa un'eccessiva dilatazione dell'area del penalmente rilevante e ciò, seppur trae origine da istanze garantistiche, finisce con il diventare

⁷⁸ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 237; ID., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1985, pp. 123 e 124.

⁷⁹ Con il termine *deflazione* si allude ad un insieme di meccanismi eterogenei (legislativi, processuali, esecutivi e, in talune più ampie accezioni, financo fattuali) che incidono in varia misura sull'ordinamento penale al fine di contenere la sua tendenza espansiva e le disfunzioni da questa derivanti. È opportuno precisare che nel caso della c.d. *deflazione di fatto* il contenimento del sistema penale e delle sue disfunzioni non sempre viene consapevolmente perseguito dall'ordinamento e dai soggetti che in esso operano ma, piuttosto, è la conseguenza eventuale e involontaria di determinati prassi e fenomeni.

⁸⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 179.

⁸¹ Per un'esauriente analisi del fenomeno si rinvia a C. E. PALIERO, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione delle fattispecie bagatellari*, Padova, 1985, pp. 3 e ss.

controproducente ai fini della tutela della libertà individuale che, di fronte al moltiplicarsi delle norme penali, si trova troppo spesso esposta⁸². Inoltre l'ipertrofia si rivela dannosa anche sul piano dell'efficienza: il potere punitivo, se esposto ad un numero eccessivo di violazioni, alle quali non riesce a rispondere, finisce con l'indebolirsi⁸³. A ciò si aggiunga che un numero troppo elevato di sanzioni irrogate, per di più per fatti di lieve entità, fa perdere alla sanzione penale il suo carattere di censura sociale straordinaria⁸⁴, con conseguente diminuzione della forza di convinzione del giudizio di disvalore penale⁸⁵. Inoltre, una norma penale denota la sua cattiva salute anche se le violazioni di essa sono troppo frequenti o, per converso, se sussiste un numero assolutamente insignificante di applicazioni di essa⁸⁶. Se, invece, alla pena viene mantenuto il rigore di ultima *ratio*, si conferisce particolare credibilità all'intervento statale, assicurando, nello stesso tempo, la difesa ed il rispetto della personalità individuale nei confronti di eccessivi, e, quindi, controproducenti, interventi del potere punitivo⁸⁷, che portano, inevitabilmente, alla disobbedienza da parte del consociato non capace più di orientarsi nel mondo infinito di norme in materia penale.

Pertanto, ragioni di efficienza complessiva del controllo sociale e ricerca di limiti all'esercizio del potere punitivo penale, che implica il conseguente rispetto della libertà individuale ed il perseguimento di finalità di prevenzione generale, spingono ad una profonda rivalutazione (*rectius*: rimediazione) sulla politica di depenalizzazione⁸⁸ la

⁸² Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 179.

⁸³ Cfr. C. FIORE, *Prospettive della riforma penale*, pp. 685 e ss. inoltre, come sottolineato da Moccia (cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 179): «sul piano dommatico, la proliferazione ipertrofica delle fattispecie presenta, tra l'altro, complesse implicazioni legate alla possibilità di conflitto tra norme. Ci riferiamo alla doppia o plurima tipicità (cfr. in proposito F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 co. 2 e 3 della Costituzione "rivisitato" alla fine degli anni settanta*, in *Quest. Crim.*, 1980, p. 217) – forse la conseguenza più grave, sotto questo profilo, di una criminalizzazione ipertrofica- per cui uno stesso fatto, a causa di una non corretta individuazione dell'effettivo oggetto della tutela, può rientrare in più fattispecie, al di fuori dei casi di concorso apparente, aprendo così, contrariamente al rispetto di fondamentali esigenze di libertà, spazi discrezionali inammissibili in uno stato sociale di diritto».

⁸⁴ Cfr., in proposito, J. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlin, 1966, pp. 127 e ss.

⁸⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 184.

⁸⁶ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 233 e 234. Secondo l'Autore, la frequenza, sebbene sia un fattore rilevante per la depenalizzazione, deve essere interpretata con avvedutezza in quanto, se certi fatti dannosi si vanno estendendo con il passare del tempo, la prima reazione può essere l'elevazione a reato di tali fatti. Ma, se malgrado la minaccia penale, la frequenza di quei fatti dannosi non diminuisce o aumenta ancora, allora si deve cominciare a discutere non tanto sulla loro effettiva dannosità, quanto sull'eventuale adeguatezza sociale di essi.

⁸⁷ Tali brillanti deduzioni, sono sempre di S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 184.

⁸⁸ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà*, cit., p. 138. Stesso l'Autore, in nota, rinvia ai pregiatissimi contributi, sul tema, di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, pp. 479 e ss.; nonché T. PADOVANI, *Un percorso penalistico*, in AA.VV., *Le ragioni del garantismo*, a cura di L. GIANFORMAGGIO, Torino, 1993, pp. 316 e ss.

quale, se correttamente esercitata da parte del legislatore, tende a soddisfare istanze teoriche di contenimento del sistema penale nell'alveo segnato dal principio di sussidiarietà, necessità, proporzione, efficienza ed effettività dello stesso sistema. Per quanto concerne le suddette istanze, la depenalizzazione -alla stregua del principio di sussidiarietà- mira ad espungere dall'area criminale le fattispecie rispetto alle quali la sanzione penale risulta essere non strettamente necessaria, in quanto la sanzione amministrativa si rivela idonea a garantire, rispetto al bene giuridico presidiato dalla norma, un livello di tutela non inferiore a quello (almeno in astratto) garantito, per l'appunto, dalla pena. Tale principio si inverte nei due criteri di selezione della proporzione e della sussidiarietà, i quali richiamano, rispettivamente, le categorie dogmatiche della *meritevolezza* e del *bisogno di pena*⁸⁹.

Inoltre, la depenalizzazione mira a restituire efficienza ed effettività all'apparato penale. Ebbene, tali istanze vengono in qualche misura perseguite, sia pure indirettamente, già attraverso scelte conformi ai summenzionati criteri di sussidiarietà e di proporzione, giacché il contenimento (verso il quale, per l'appunto, tende la depenalizzazione) del penalmente rilevante dovrebbe implicare una maggior governabilità del sistema punitivo complessivamente inteso e, quindi, anche un potenziamento della sua efficienza, come si avrà modo di dimostrare nella parte conclusiva della presente ricerca.

1.6.2. I criteri discretivi di scelta tra sanzione penale, amministrativa e civile.

Ci siamo detti che, affinché il legislatore possa pensare, in virtù del principio di sussidiarietà, di tutelare un dato bene giuridico con strumenti diversi da quello penale, è necessario, non solo che esistano concretamente "altri mezzi" a disposizione che raggiungano la medesima o vicina efficacia della comminazione penale, ma è anche indispensabile che risulti chiara la distinzione tra sanzioni penali, amministrative e civili, sì da poter effettuare, con auspicata consapevolezza, la scelta tra l'intervento che appaia opportuno per tutelare l'interesse in gioco nel caso concreto.

⁸⁹ Infatti, nella prospettiva della creazione di un diritto penale minimo che, conformemente all'idea di scopo che lo legittima, assicuri la reale protezione dei beni giuridici, il principio di sussidiarietà non può non tradursi anche in un criterio di proporzione e cioè (anche) in una valutazione inerente i profili di congruità della sanzione alla gravità del fatto commesso. Come si sa, invero, la sanzione sproporzionata non è idonea ad esplicare l'effetto di deterrenza richiesto dalla prevenzione generale negativa e speciale né ad infondere nei consociati quell'idea di giustizia della sanzione che è altrettanto fondamentale in prospettiva di general-prevenzione positiva.

Oltre alla sanzione della pena (detentiva e pecuniaria) e della misura di sicurezza, nel nostro ordinamento esistono altri strumenti sanzionatori. Nel campo dell'illecito amministrativo si conoscono sanzioni amministrative pecuniarie, che consistono (al pari della pena pecuniaria) nel pagamento di una somma di denaro; non pecuniarie che possono essere personali (che consistono comunque in una limitazione della sfera del singolo), quali, ad esempio, le sanzioni disciplinari come, la sospensione, la rimozione e la destituzione e, le sanzioni interdittive come, l'interdizione o sospensione da un'arte, un'industria, una professione, un mestiere ecc...; o reali, quali il sequestro e la confisca. Sono invece sanzioni civili quella classica del risarcimento del danno e la nuova sanzione pecuniaria civile⁹⁰ introdotta dall'ultimo intervento di depenalizzazione⁹¹. Nella scelta tra le varie tipologie di sanzioni, e, di conseguenza, dell'intervento di tutela, il legislatore dovrà rifarsi a dei criteri orientativi che, per quanto riguarda la scelta tra sanzioni penali e amministrative, qualche suggerimento, attesa la confusione che si era generata a seguito della l. n. 689 del 1981⁹², sono stati indicati da un Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1983⁹³. I criteri individuati sono quelli di

⁹⁰ Con il D.Lgs. n. 7/2016, il legislatore, attraverso una clausola di espressa abrogazione, ha depenalizzato alcuni reati trasformandoli in illeciti civili puniti (oltre che con la restituzione e il risarcimento del danno) con una sanzione pecuniaria civile che si affianca alle ordinarie sanzioni pecuniarie punitive previste per l'illecito penale e amministrativo. Ed è questa la grande novità della riforma: ossia la previsione di una inedita figura di sanzione civile (che sembra avere molto in comune con i *punitive damages* dei sistemi di *common law*), irrogata dal giudice civile all'esito di un processo civile e devoluta alla Cassa delle ammende. Sia consentito rinviare sul punto a S. UCCI, *La riscrittura del reato di danneggiamento alla luce del D.Lgs. n. 7 del 2016: prime applicazioni e profili di diritto intertemporale*, in *Nel Diritto*, n.7/2016, pp. 1011-1020.

⁹¹ L'ultimo intervento di depenalizzazione è quello realizzato ad opera dei D.Lgs. n. 7 e 8 del 2016 i quali, in attuazione della legge delega n. 67 del 2014, il Governo, da un lato, ha abrogato una serie di reati introducendo illeciti "puniti" con sanzioni pecuniarie civili (d.lgs. n. 7); dall'altro, ha depenalizzato una serie di fattispecie penali trasformandole in illeciti amministrativi (d.lgs. n. 8). Deve anche evidenziarsi che, tramite la l. 67/2014, il legislatore ha inteso ricondurre il diritto penale vivente ai principi giustificativi della frammentarietà e sussidiarietà, conferendo il ruolo di *extrema ratio* non solo all'incriminazione, ma anche alla sanzione carceraria e, grazie a soluzioni quali la sospensione del processo con messa alla prova o la non punibilità per particolare tenuità del fatto, allo stesso profilo prettamente punitivo.

⁹² Con la legge n. 689 del 1981 si attua, per la prima volta, nel nostro ordinamento una vera depenalizzazione organica e si detta una disciplina per l'illecito amministrativo fino a quel momento assente. Per un *excursus* della storia della depenalizzazione in Italia si veda A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 727 ss.; T. DI NINO, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 749 ss.; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 589.

⁹³ Circolare 19 dicembre 1983 della Presidenza del Consiglio dei ministri, recante "Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", in *Cass. pen.*, 1986, p. 641, redatta con la finalità di dettare i criteri che devono orientare il legislatore nella non facile scelta tra le condotte da sanzionarsi penalmente e quelle da punirsi con la meno afflittiva sanzione amministrativa. In argomento si veda F. Palazzo, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 35 ss.; G.

proporzione e di sussidiarietà dato che «*i due principi debbono considerarsi entrambi condizionanti per il ricorso alla sanzione penale, nel senso che questa deve corrispondere sia ad un criterio di proporzione, sia ad un criterio di sussidiarietà. Basterà quindi che essa risulti o sproporzionata alla gravità dell'illecito o sostituibile con una sanzione amministrativa dotata di pari efficacia perché l'adozione della sanzione penale non sia giustificata*»⁹⁴.

Il criterio di proporzione implica un giudizio comparativo tra l'afflittività della pena e il disvalore del fatto, desunto dal rango del bene giuridico presidiato dalla norma incriminatrice e dalla gravità della lesione o della messa in pericolo di tale bene; esso è quindi criterio di natura assiologica che lega due entità negative eterogenee (il male inflitto all'autore del reato attraverso la sanzione e l'offesa) e che consente di veicolare nella suddetta norma valutazioni inerenti la *meritevolezza* di pena in relazione ad un determinato illecito⁹⁵. In altri termini, il giudizio di proporzionalità non tiene conto solamente dell'interesse giuridico protetto e della sanzione, bensì anche della "fattispecie, intesa come la specifica articolazione contenutistica del tipo criminoso"; esso cioè non può prescindere dal considerare pure le specifiche modalità dell'offesa⁹⁶.

Per quanto specificamente concerne le opzioni deflative, il criterio della proporzione suggerisce di depenalizzare fatti di modesto disvalore, in considerazione del fatto che la sanzione amministrativa è in via tendenziale meno afflittiva di quella penale e perciò idonea a punire fatti di minore gravità. A tal proposito la summenzionata circolare del 1983 precisa che «*in linea di principio, la sanzione penale dovrebbe essere limitata agli stadi della tutela che siano meno remoti dal bene e più intensamente connotati in termini di gravità. Ma la direttiva non può essere svincolata (...) dalla considerazione relativa al rango dell'interesse*».

Quanto più elevato esso si prospetta, tanto più giustificato apparirà il ricorso alla sanzione penale anche per offese anticipate e di modesta intensità; per converso la

LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali di una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, p. 251 ss.

⁹⁴ Cfr. Circolare 19 dicembre 1983 della Presidenza del Consiglio dei ministri, p. 642.

⁹⁵ È evidente che, in sede di valutazione sulla proporzione della sanzione, non si può prescindere dal considerare altresì la componente di stigmatizzazione che è propria, in misura pressoché esclusiva, della pena, specialmente detentiva. L'uso della sanzione amministrativa appare dunque inopportuno allorché il legislatore intenda imprimere ad una determinata condotta quel particolare giudizio di disapprovazione sociale e giuridica che è lo stigma.

⁹⁶ In tal senso, F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 212; nello stesso senso T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., p. 447.

gravità minima richiesta per la configurabilità di un'offesa penalmente rilevante dovrà essere tanto più elevata quanto minore sarà il rango del bene giuridico in gioco⁹⁷. Il criterio di sussidiarietà, come già ampiamente detto, impone di rinunciare alla sanzione penale qualora quella amministrativa sia idonea, in relazione alla fattispecie di volta in volta considerata, ad assicurare analoghi livelli di tutela, cioè quando la sanzione amministrativa abbia efficacia analoga a quella penale⁹⁸. In sostanza, quindi, il criterio della sussidiarietà deve essere interpretato «*in termini di efficacia, come utilizzazione del minimo mezzo (sanzionatorio) per il raggiungimento del massimo risultato di tutela*»⁹⁹. Pertanto, esso va compiutamente inteso come valutazione comparativa tra i costi-benefici delle varie specie di sanzioni disponibili, e segnatamente della sanzione penale a fronte di quelle *extrapenali*. Nel senso, cioè, che tale criterio dovrebbe orientare la scelta su quella sanzione che –comparativamente- riveli il più favorevole rapporto tra i costi della sua applicazione, in termini finanziari, umani e sociali, e il prevedibile grado della sua efficacia¹⁰⁰.

⁹⁷ Circolare 19 dicembre 1983, cit., p. 643.

⁹⁸ In tema di effettività nel diritto penale, vedi diffusamente C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss. L'Autore definisce l'effettività *normativa* come l'osservanza della norma penale da parte del singolo e della collettività e distingue al suo interno vari sottotipi di effettività: *a)* della norma ("capacità delle norme penali di ottenere l'osservanza dai consociati, di orientarne le condotte", la quale è strettamente dipendente dal "modo in cui le norme penali sono confezionate e dunque dalla loro attitudine a tutelare beni giuridici", *ivi*, p. 509); *b)* della sanzione (correlata alla "effettiva inflizione della pena comminata in caso di violazione", *ivi*, pp. 509-510); *c)* degli apparati deputati ad assicurare l'applicazione del diritto penale (da intendersi come efficienza globale "nel senso che alla efficienza di una delle agenzie deve corrispondere una adeguata efficienza da parte delle altre. Quanto meno, l'accresciuta effettività di uno degli snodi in cui si articola il sistema della giustizia penale non deve essere neutralizzata da una incapacità di assorbimento del maggior carico di lavoro da parte degli altri snodi", *ivi*, p. 526). Per quanto specificamente concerne l'effettività della sanzione, essa dipende strettamente dal rapporto tra il numero dei fatti punibili e quelli che vengono puniti (calcolato sul raffronto tra il numero delle *notitiae criminis* e quello delle sentenze) nonché dall'impatto dell'esecuzione della pena sul reo (desunto per esempio anche dall'analisi delle statistiche giudiziarie, con particolare riferimento al tasso di recidiva), *ivi*, p. 522.

⁹⁹ F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, cit., p. 214.

¹⁰⁰ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 450: «La pena è indicata quale strumento di tutela di comportamenti socialmente dannosi solo a due condizioni, relative l'una all'*an*, l'altra al *quantum* della tutela: solo in quanto si dimostrino insufficienti gli altri (meno incisivi) strumenti di controllo sociale (offerta dal diritto civile, dal diritto amministrativo, dall'arsenale di misure di terapia sociale) (principio di sussidiarietà in senso proprio, o di *necessarietà*, o del "bisogno di pena"); solo rispetto a quelle schegge di 'dannosità sociale' che raggiungono il 'picco' del 'socialmente intollerabile': quei frammenti cioè di condotta che -principalmente in ragione delle modalità di lesione o dell'atteggiamento dell'agente- rappresentino quegli «esempi insopportabili» che, *soli*, il legislatore penale — provvidenzialmente «pigro» — considera nella sua arte, perché forniscono per antitesi i punti di orientamento essenziali alla conservazione dell'ordine giuridico-sociale (principio c.. di *frammentarietà* del diritto penale)».

1.6.3. Le principali tappe della depenalizzazione in Italia: cenni.

La legge n. 689 del 1981 costituisce la pietra miliare nel percorso della depenalizzazione¹⁰¹, una tappa fondamentale nella costruzione di un sistema dell'illecito amministrativo. Con tale legge si è andato consolidando un orientamento di segno opposto a quello precedente, secondo il quale, nel *genus* della sanzione amministrativa, ben potevano individuarsi singole *species* orientate alla prevenzione degli illeciti e perciò idonee a sostituire la pena. Inoltre per la prima volta viene delineata una “parte generale” del diritto amministrativo punitivo, prevedendo, per l'illecito amministrativo, un principio di legalità¹⁰², di colpevolezza¹⁰³, il concorso di persone nell'illecito amministrativo¹⁰⁴, il principio di specialità¹⁰⁵, e così via.

Se è vero, da un lato, che tale legge ha posto le basi della disciplina dell'illecito amministrativo punitivo, venendo così a creare una stabile alternativa alla pena nell'ambito degli strumenti sanzionatori preventivo-punitivi, è altrettanto vero, dall'altro, che essa non ha saputo porsi in modo altrettanto innovativo ad adottare un

¹⁰¹ Le principali leggi di depenalizzazione *ante legem* 689/1981 sono, come si sa, la legge 3 maggio 1967, n. 317 (“Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali”), la legge 9 ottobre 1967, n. 950 (“Sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale”) e la legge 24 dicembre 1975, n. 706 (“Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda”).

¹⁰² La norma di apertura -l'art. 1- è dedicata al principio di legalità, sulla falsariga dell'art. 25 secondo comma della Costituzione. Seguendo l'impostazione penalistica si articola in: a) riserva di legge non solo statale ma anche regionale; non è il caso di discutere se debba intendersi come assoluta o relativa (anche alla luce del dibattito in sede penale); b) irretroattività delle norme che introducono nuovi illeciti amministrativi o modificano in senso più rigoroso la disciplina vigente. Emerge in questo ambito la prima, rilevante asimmetria rispetto all'ordinamento penale: non è prevista la retroattività della legge più favorevole (cfr. art. 2 c.p.: non vale quanto stabilito nel secondo comma in tema di *abolitio criminis* né quanto indicato dal quarto comma sulle norme modificatrici in senso favorevole); c) divieto di estensione analogica (art. 1, comma 2: “...solo nei casi...considerati...”). Non va sottaciuto che si tratta di principio non costituzionalizzato in base all'art. 25 Cost. ma, semmai, ai sensi dell'art. 23 Cost.

¹⁰³ L'art. 3 della legge 689/81 riconduce ad unità la precedente frammentaria disciplina e adotta il modello delineato dal codice penale per le contravvenzioni: si richiede una azione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Poiché la formula, non felicissima, ricalca il dettato dell'art. 42 ultimo comma c.p. possiamo dire in sostanza che di un illecito amministrativo si risponde sia per dolo sia quanto meno a titolo di colpa. L'elemento soggettivo deve investire non solo la condotta in senso stretto (azione od omissione) ma anche tutti i requisiti costitutivi dell'illecito. Il secondo comma introduce una disciplina dell'errore ricalcata in parte sulla normativa del codice penale (art. 47). Il riferimento è sicuramente all'errore di fatto che cada “sul fatto”, cioè su un elemento essenziale dell'illecito amministrativo. L'errore esclude la responsabilità solo se incolpevole (in coerenza col primo comma).

¹⁰⁴ L'art. 5 è modellato sulla falsariga dell'art. 110 c.p.: ha una funzione (talvolta) estensiva –rende tipici comportamenti altrimenti non punibili– e comunque di disciplina. Per essere rilevante la condotta (atipica) deve aver influito sulla realizzazione dell'illecito amministrativo in termini di agevolazione (concorso materiale) o di istigazione (concorso morale). Poiché la responsabilità può essere anche colposa la norma riguarda sia il concorso doloso che la cooperazione colposa (art. 113 c.p.).

¹⁰⁵ E' principio di difficile applicazione anche in sede penale. E' una novità della legge del 1981 per la sua “trasversalità”. Trova applicazione pacifica in caso di specialità per aggiunta o specificazione che emerge dal raffronto delle fattispecie astratte.

criterio di selezione delle fattispecie di carattere formale. Basti pensare che essa stessa utilizza proprio un criterio formale, depenalizzando tutti i reati sanzionati con la sola pena pecuniaria (multa oltre che ammenda), indipendentemente dai limiti edittali

Si consideri, inoltre, che proprio la predisposizione di un nuovo modello di illecito punitivo richiedeva apprezzabili tempi di assimilazione da parte del legislatore, fino ad allora avvezzo a soddisfare le esigenze di tutela di determinati beni giuridici mediante l'impiego della sola sanzione penale. Si ponevano, in particolare, questioni relative alla definizione delle "sfere di competenza" del penale e dell'amministrativo, che veniva (per l'appunto ad opera della legge 689) a "guadagnare terreno" uscendo con forza dal suo tradizionale ruolo di mero presidio di interessi della pubblica amministrazione; questioni, dunque, relative ai criteri di riparto tra penale e amministrativo e di scelta delle relative sanzioni. A inequivocabile dimostrazione delle difficoltà incontrate, in proposito, dal legislatore sta proprio la legislazione posteriore all'entrata in vigore della legge 689/1981, non sempre ispirata, in questa scelta, a criteri di plausibilità sostanziale e di coerenza sistematica. Il ricorso all'una o all'altra delle due sanzioni è apparso talvolta casuale: la sanzione penale è riemersa, senza un'apparente ragione giustificativa, in materie che pure la l. n. 689 del 1981 aveva depenalizzato; o, per converso, la sanzione amministrativa è stata utilizzata in settori già specificamente sottratti alla depenalizzazione; nel contesto di discipline nuove, non direttamente coinvolte nelle scelte compiute dalla l. n. 689 del 1981, l'alternarsi di sanzioni penali e di sanzioni amministrative sembra, in qualche sporadico caso, avulso da una meditata valutazione politico-criminale¹⁰⁶.

Un altro importante intervento di depenalizzazione in Italia è quello innescato dalla legge 25 giugno 1999, n. 205 che ha delegato il Governo a depenalizzare i reati minori e a modificare il sistema penale e tributario¹⁰⁷. Come è noto, tale legge è particolarmente rilevante non soltanto sul piano della depenalizzazione ma anche sul piano, più ampio, della deflazione complessivamente intesa; infatti, essa ha adottato o, per altro verso, ha suggerito l'adozione di molteplici soluzioni di contenimento dell'area penalmente rilevante: dalla depenalizzazione in senso stretto, alla decriminalizzazione in astratto¹⁰⁸,

¹⁰⁶ Circolare 19 dicembre 1983, cit., p. 641.

¹⁰⁷ Si veda diffusamente G. LATTANZI-E. LUPO, *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001.

¹⁰⁸ L'art. 18 della legge 205/1999 abroga, infatti, taluni reati ritenuti non più meritevoli di sanzione penale o desueti; è il caso delle fattispecie di sfida a duello (art. 394 c.p.), mendicizia (art. 670 c.p.), turpiloquio

all'adozione di meccanismi di deflazione in concreto (come l'allargamento del novero dei reati perseguibili a querela).

Infine, con i Decreti Legislativi n. 7 e n. 8 del 2016¹⁰⁹ (entrati in vigore il 6 febbraio 2016), il Governo ha esercitato la delega per la riforma del sistema sanzionatorio contenuta nell'art. 2 della l. n. 67 del 2014¹¹⁰, riprendendo le proposte contenute nei lavori della commissione ministeriale presieduta dal Prof. Francesco Palazzo¹¹¹. Con l'obiettivo di "decongestionare" il sistema sanzionatorio penale nel rispetto dei principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale, il Governo, da un lato, ha abrogato una serie di reati introducendo illeciti "puniti" con sanzioni pecuniarie civili (d.lgs. n. 7); dall'altro, ha depenalizzato una serie di fattispecie penali trasformandole in illeciti amministrativi (d.lgs. n. 8). La riforma, che si pone nella scia dei non frequenti interventi di depenalizzazione di portata generale, si contraddistingue perché realizza un vero e proprio arretramento del diritto penale a vantaggio del diritto amministrativo e – questa la principale novità – del diritto civile¹¹². Come si legge nella Relazione ministeriale di accompagnamento ai suddetti decreti, con la riforma il legislatore delegato ha inteso perseguire uno scopo deflattivo del sistema penale, sostanziale e processuale, rispondendo a scelte di politica criminale da tempo sollecitate¹¹³.

Una delle maggiori novità risiede nella previsione, da parte del D.Lgs. n. 7, di illeciti civili puniti con sanzioni pecuniarie civili. Il legislatore, infatti, ha trasformato i reati abrogati in illeciti civili e ne ha dato una puntuale tipizzazione nell'art. 4 del d.lgs. All'art. 3 -che costituisce la norma fondante del nuovo sistema- è previsto che i suddetti illeciti, se commessi con dolo, obbligano il responsabile anche al pagamento della

(art. 726 c.p.), omesso avviamento dei minori al lavoro (art. 732 c.p.).

¹⁰⁹ Pubblicati nella G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016.

¹¹⁰ Cfr. art. 2 della L.D. n. 67/2014, in G.U. n. 100 del 6 maggio 2014.

¹¹¹ Commissione istituita con D.M. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri.

¹¹² Cfr. S. SCAPIN, *La nuova depenalizzazione. Commento organico ai nuovi D.lgs. nn. 7 e 8 del 2016*, Vivaldi, 2016, p. 9.

¹¹³ Con la riduzione dell'area del penalmente rilevante, si è inteso ovviare alla criticità generata dall'espansione ipertrofica del diritto penale che ha causato, da un lato, uno svilimento della serietà che occorrerebbe, invece, riconoscere alla pena; dall'altro, ha causato un disorientamento dei consociati dovuto all'eccesso di prescrizioni che ha acuitizzato il problema della conoscibilità delle norme penali. Sia consentito rinviare, per un approfondimento, a S. UCCI, *La riscrittura del reato di danneggiamento alla luce del D.Lgs. n. 7 del 2016: prime applicazioni e profili di diritto intertemporale*, in *Nel Diritto*, n.7/2016, pp. 1011-1020; Id., *Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i Decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?*, in *Diritto pen. cont.*, febbraio, 2017.

sanzione pecuniaria civile¹¹⁴, stabilita dalla legge, oltre alle restituzioni e al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, irrogabile dal giudice nell'ambito di un'azione (quella di risarcimento del danno) che può e deve essere avviata solo dalla persona offesa danneggiata. Sulla natura e funzione di questa nuova sanzione civile – che in questa sede non è possibile trattare ampiamente- se ne discute molto. Nella Relazione ministeriale si legge che la nuova sanzione pecuniaria civile ha una *funzione general-preventiva e compensativa a vocazione pubblicistica*. In realtà, non si può negare la natura sostanzialmente penale della sanzione in esame, che, storicamente, ha sempre rappresentato una delle fondamentali argomentazioni contrarie al riconoscimento delle sentenze civili che accordano i *punitive damages*, nel nostro come in altri ordinamenti di *civil law*¹¹⁵, e da cui deriverebbero anche importanti conseguenze a livello di disciplina interna¹¹⁶. Ed è impressionante come emergano, sul punto, di estrema attualità le parole di Bricola che, quasi trenta anni fa, nel prendere atto della «*sempre più vivace propensione alla depenalizzazione*», manifestava il convincimento che «*in tale ottica l'esistenza di sanzioni civili più adeguate, etichettate o meno come "pene private", sembra auspicabile*»¹¹⁷.

¹¹⁴ La sanzione pecuniaria civile si prescrive in cinque anni a norma dell'art. 2947 c.c.

¹¹⁵ Cfr. per l'ordinamento Tedesco, Bundesgerichtshof, 04 giugno 1992, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ]* 118, p. 312. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la Corte di Cassazione ha sempre escluso la delibazione di sentenze straniere che irrogavano al convenuto *punitive damages*. Cfr. per tutti Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1460-1465 con nota di G. PONZELLI; Cass. civ., 08 febbraio 2012, n. 1781, in *Corr. giur.*, 2012, 8-9, p. 1070-1074 con nota di P. PARDOLESI. Solo di recente e circa un anno prima dell'entrata in vigore dei d.lgs. in commento, la figura dei *punitive damages* è stata ampiamente indagata da Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613. Da ultimo la Cass. Civ., sez. I, con ordinanza del 16 maggio 2016, n. 9978, ha rimesso alle S.U. la questione della riconoscibilità o meno nel nostro ordinamento (per contrasto con l'ordine pubblico) delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

¹¹⁶ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1720-1721. La natura sostanzialmente penale delle sanzioni pecuniarie civili, deriva anche dal fatto che l'art. 5 del d.lgs. n. 7 del 2016 fissa i criteri di commisurazione di tali sanzioni, che sembrano mutuati in gran parte dall'art. 133 c.p. (I criteri di commisurazione indicati all'art. 5 del d.lgs. n. 7/2016 sono: a) gravità della violazione; b) reiterazione dell'illecito; c) arricchimento del soggetto responsabile; d) opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; e) personalità dell'agente; f) condizioni economiche dell'agente). Inoltre l'importo della sanzione non va a ristoro della persona offesa bensì è devoluta alla Cassa delle Ammende (art. 10) e, al pari della sanzione penale, non è trasmissibile agli eredi (art. 9). Di certo non si può negare che il d.lgs. in esame, prevedendo la sanzione civile pecuniaria come "pena" per gli illeciti civili nati a seguito di depenalizzazione, ha concretamente fatto nascere, nel nostro ordinamento, un "ibrido", ossia una categoria giuridica che va a collocarsi a metà strada tra civile e penale.

¹¹⁷ Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Il Foro Italiano*, 1985, vol. 108, n. 1. Osservava in particolare l'Autore che, «sul terreno dei diritti della personalità, la tutela sanzionatoria civile, rafforzata secondo le tendenze "punitive emergenti", potrebbe intervenire [...] addirittura con un ruolo esclusivo laddove la tecnica della tipizzazione [...] del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione». Ma quando Bricola parlava di "pene private",

Come si può notare da questo breve *excursus* sui maggiori interventi di depenalizzazione finora attuati nel nostro ordinamento, emerge chiara la necessità di intervenire con altri strumenti di tutela. E proprio la necessità di improntare le riforme ad una organica revisione della materia penale, dovrebbe indurre il legislatore, una volta recepiti gli indirizzi di politica criminale, a svolgere un'opera di normazione più attenta e meno sbrigativa, che soddisfi concretamente esigenze di garanzia ed efficienza che, in uno Stato sociale di diritto, *«lungi dal porsi antitetivamente, rappresentano, congiunti, degli elementi essenziali di riferimento a cui dev'essere informato il perseguimento delle legittime istanze di controllo sociale»*¹¹⁸.

immaginava una figura di pena «posta a tutela di interessi privati e destinata, a tradursi a beneficio del privato e non dell'erario (profilo, questo, che potrebbe assurgere a criterio distintivo nei confronti della sanzione pecuniaria penale e amministrativa); l'essere applicata, inoltre, tramite il filtro giudiziale e su iniziativa della parte danneggiata (...); ed infine, l'essere la pena privata (...) contrassegnata dal fine preventivo ed afflittivo, in forma esclusiva o prevalente, e non da una finalità meramente riparatoria» (Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit.). Tutte caratteristiche, queste, che mancano all'attuale sanzione pecuniaria civile che rappresenta, invece, un beneficio per lo Stato –essendo devoluta alla Cassa delle ammende– non viene applicata su iniziativa di parte, bensì *ex officio* dal giudice civile (art. 8), ed ha, per espressa scelta del legislatore delegato, una finalità ultra-compensativa

¹¹⁸ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 1.

Capitolo secondo

La sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle scelte del legislatore e valido limite ad un uso simbolico del diritto penale.

SOMMARIO: 2.1. Premessa: diritto penale simbolico e uso simbolico del diritto penale; 2.1.1. *Le figure sintomatiche del diritto penale simbolico: l'anticipazione della tutela penale*. 2.2. La sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle scelte "discrezionali" del legislatore; 2.2.1. La sussidiarietà come principio metodologico; 2.2.2. *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel procedimento di formulazione della legge penale*; 2.2.3. *La sussidiarietà quale criterio di controllo della ragionevolezza strumentale della legge penale*. 2.3 La scienza della sussidiarietà.

2.1. Premessa: diritto penale simbolico e uso simbolico del diritto penale.

A nostro modo di vedere le cose, il principio di sussidiarietà è destinato a svolgere un ruolo significativo come argine e limite di quello che oggi viene definito il diritto penale simbolico¹, in cui l'anticipazione della tutela penale ne è una figura sintomatica².

Conseguentemente al ridimensionamento della rilevanza del bene giuridico e dell'offesa in sede di criminalizzazione³, si è affermata la tendenza ad *utilizzare la pena* –e di conseguenza il diritto penale- non tanto in *funzione strumentale* alla tutela di determinati beni giuridici⁴, quanto piuttosto *in funzione simbolica*, in ragione della sua

¹ Cfr. sul diritto penale simbolico G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993, p. 21; C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 7 e ss.

² Cfr. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Diritto Penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO e L. MONTANARI, Torino, 2009, pp. 206 e ss.

³ Si rinvia per un approfondimento di tali concetti a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, p. 30, secondo cui «è lo stesso concetto di bene giuridico a soffrire, attualmente, di una crisi che finisce per porre in discussione proprio la sua funzione più significativa, quella, cioè, di delimitazione dell'intervento penale».

⁴ Si veda A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, Vol. II, Saggi teorico-giuridici, Milano, 1990, pp. 19 e ss.; M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, a cura di M. DONINI, Padova, 2000, pp. 37 e ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, pp. 53 e ss. Vedi altresì S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 491 e ss.. In particolare, quest'ultimo Autore distingue diverse tipologie di «simbolismo» penale: la forma (...) delle leggi simboliche «di appello morale» (...), ovvero «identificatorie» o «declaratorie» o «di principio» (...); e poi: leggi simboliche «pacificatorie», miranti a placare l'irrequietezza anche grave che dati fenomeni (...) possono suscitare nella popolazione; ancora: leggi simboliche «emotivo-conflittuali», intese a rielaborare in termini penalistici conflitti non risolvibili attraverso la pena. Lo stesso Autore, poi, osserva che nel diritto penale la funzione strumentale e quella simbolica non sono incompatibili ma possono coesistere, a patto che la seconda non prevarichi la prima: «la norma penale (...) serve a proteggere beni giuridici o in

peculiare valenza stigmatizzante. Come si sa, la legislazione simbolica nasce per lo più con l'intento di assicurare la collettività in ordine alla capacità dello Stato di prendersi carico dei disagi sociali con una reazione decisa e forte come è quella dell'utilizzo della sanzione penale, e si alimenta della perdurante sovrapposizione di *politica criminale* e *politica punitiva*⁵. In altri termini, a causa della mancanza di programmi di politica criminale organici e razionali e dell'utilizzo della pena anche al di fuori di una logica di stretta necessità di tutela di individuati beni o interessi giuridici, la politica punitiva esonda dal proprio alveo, diventando il principale strumento di controllo sociale possibile, cioè il principale (se non unico) strumento della politica criminale complessivamente intesa⁶.

Causa del diritto penale simbolico è la notevole inflazione penalistica che si è avuta nel nostro ordinamento. I moderni sistemi penali sembrano tutti affetti dalla stessa patologia: l'ipertrofia⁷. È di tutta evidenza, infatti, che non può certo dirsi fedele ai canoni di sussidiarietà e di *extrema ratio* un sistema penale che, come il nostro, migliaia incriminazioni, distribuite tra codice e leggi speciali⁸.

Questo tipo di normazione rappresenta l'esatto contrario di una tecnica legislativa ispirata a criteri di politica criminale efficiente e razionale⁹.

ogni caso a garantire un preesistente e riconoscibile «scopo di tutela», e non può per converso assolvere in via primaria una missione «educativa» o «etico-sociale». (...) Rimarcare la «primazia» delle funzioni strumentali non significa tuttavia negare la rilevanza di funzioni *anche* simboliche che il sistema penale oggettivamente e metastoricamente possiede e sulle quali si è *da sempre* fatto affidamento, nella supposizione circa la loro legittimità; nella prassi di ogni sistema sociale, infatti, funzione strumentale e funzione simbolica sono strettamente intrecciate, e la distinzione tra l'una e l'altra risulta possibile solo in una prospettiva analitica, in termini comunque di predominanza e non di esclusività». Con riferimento alla legislazione simbolica si veda altresì C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 537.

⁵ Invero, *politica criminale* e *politica punitiva*, avendo ciascuna una propria autonomia ontologica, dovrebbero rimanere nettamente distinte. Infatti, la prima consiste di tutte le strategie di prevenzione e repressione dell'illegalità, come possono essere la pianificazione di interventi volti a ridurre la marginalità sociale (e quella parte di criminalità che da questa origina) o, per altro verso, ad incrementare l'efficienza dei sistemi di vigilanza in quei settori (quello economico, ad esempio) in cui si propagano le forme più insidiose di delinquenza; oppure, la predisposizione di concreti programmi di risocializzazione dei detenuti socialmente emarginati (che costituiscono una parte significativa della popolazione carceraria), al fine di contenere il rischio di contagio criminale e di facilitarne il reinserimento in società. La seconda, invece, rappresenta solo una parte della politica criminale e si riferisce al solo impiego della sanzione penale.

⁶ Si veda C.E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, p. 426.

⁷ Per un quadro comparatistico cfr. AA.VV., *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, (a cura di) M. DONINI, Padova, 2000.

⁸ Per l'analisi di questo dato cfr. M. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, cit., pp. 32 e ss.

⁹ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 53.

Il fenomeno inflazionistico, riscontrabile particolarmente nella legislazione c.d. speciale¹⁰, caratterizzata da improvvisazione e che non disdegna una produzione normativa di tipo bagatellare¹¹, trova radice in una pluralità di cause, quali l'ampliamento del catalogo dei beni giuridici, la progressiva dilatazione di beni giuridici preesistenti, la crescita della legislazione speciale di settore, lo spostamento della soglia dell'intervento penale dalla lesione al pericolo, e dal pericolo concreto al pericolo astratto¹², e dal pericolo astratto a quello presunto, dal ricorso sempre più frequente a forme di responsabilità omissiva, la riserva di legge intesa in primo luogo come riserva di legge penale¹³. Tutti motivi che hanno condotto a caratterizzare il diritto penale di simbolicità.

Ma, soprattutto, la "perenne emergenza" può definirsi una causa della nascita del diritto penale simbolico¹⁴. L'espansione incontrollata del diritto penale nella sua accezione simbolica, è da ricondurre ad aspetti sociologici del rischio che, incidendo sulle scelte politiche del legislatore, lo inducono a ritenere sufficiente, ai fini della penalizzazione, la percezione diffusa nell'opinione pubblica circa l'esistenza di un rischio. Difatti il moltiplicarsi della legislazione complementare è riconducibile al susseguirsi nevrotico delle emergenze¹⁵. Molti interventi penali sono stati fatti non per rispondere in modo efficace a reali esigenze di tutela, ma per calmare gli allarmismi dei cittadini, suscitati da vere o presunte emergenze¹⁶. Si potrebbe dire che l'emergenza è stata istituzionalizzata attraverso il ricorso ad un fiume di provvedimenti legislativi occasionali, secondo cadenze esasperate, che rendono estremamente difficoltosa la

¹⁰ Il fenomeno è noto, anche in ambito penale, come "decodificazione". Sul tema si vedano, tra gli altri, M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, cit.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 137; C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., cap. II.

¹¹ Questo tipo di produzione normativa ha contribuito "a legittimare senza ombra di dubbio l'immagine e la fama di una schizofrenia legislativa indecorosa ed indegna della funzione parlamentare.": E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 171.

¹² C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., pp. 23 e ss.

¹³ Per il carattere eccezionale della responsabilità omissiva nel sistema giuridico ottocentesco cfr. F. SGUBBI, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, pp. 20 e ss.

¹⁴ Con il termine "diritto penale dell'emergenza" si indicano una serie di tendenze trasfigurative dell'intervento penale accomunate dal volerlo rendere più attento ai bisogni di protezione espressi dai cittadini-elettori, piuttosto che alla tutela efficace di un numero circoscritto di beni di rilevanza costituzionale. Per una trattazione del tema si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza, passim*.

¹⁵ Così G. INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, in *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, p. 81. Si veda anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*. in cui il titolo fotografa in pieno il fenomeno qui descritto.

¹⁶ Cfr. E. MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 157 e ss.

stessa ricostruzione del precetto¹⁷. Si è fatto ricorso ad una “penalizzazione a tappeto”¹⁸. All’espandersi delle funzioni dello Stato è coinciso l’aumento del controllo penale, con un sempre più frequente abuso dello strumento penalistico che ha portato, tra l’altro, all’aumento dei c.d. reati artificiali¹⁹, oltre che ad una crescente amministrativizzazione di un diritto penale²⁰ ormai sempre più posto a tutela di funzioni²¹.

Più in generale, il fenomeno dell’eccesso di criminalizzazione ha come sua immediata conseguenza una sorta di delegittimazione dell’intero sistema penale²², sempre più simile ad un “fitto e intricato bosco normativo”: il diritto penale funge sempre più da “comodo tappabuchi”, «una sorta di strumento “buono per tutti gli usi” che esonera un legislatore frettoloso, o poco fantasioso o poco coraggioso, dal ricercare strumenti di tutela tecnicamente più sofisticati o più onerosi sul piano socio-economico»²³. Da qui, si ritiene, deriverebbe un indebolimento della funzione di prevenzione generale²⁴.

¹⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit. p. 34.

¹⁸ Così C. FIORE, *Prospettive della riforma penale: il ruolo della legislazione speciale*, in *Dem. Dir.*, 1977, p. 686.

¹⁹ Sul tema si rinvia a A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003. Scrive l’Autore: «Alla fine, viene ad emergere un sistema punitivo che solo residualmente pone attenzione ad atteggiamenti di eccezionale ed intollerabile disvalore, caratterizzati da una significativa direzione offensiva della condotta e da una corrispondente “antisocialità” dei requisiti soggettivi. (...) Il diritto penale, nel suo nucleo a conti fatti più ampio e significativo, si discosta insomma quanto mai dai bisogni di protezione essenziali del “civil consesso”, per allacciarsi invece a logiche gestionali relative a cangianti contingenze politico-economiche, coordinate in gran parte da istituzioni amministrative del *Welfare State*. In altre parole, il sistema penale diviene – rispetto alla più diffusa “sensibilità” sociale in materia di “meritevolezza di pena” – sempre più distante, sempre più *artificiale*, derivando da tutt’altro tipo di scelte, di natura latamente politico-economica».

²⁰ Con il termine “amministrativizzazione” del diritto penale si intende quel fenomeno secondo cui le nuove fattispecie penali si avvicinano sempre di più, nella forma, ad interventi della pubblica amministrazione, allontanandosi corrispondentemente dalla astrattezza e dalla generalità che tradizionalmente hanno costituito i requisiti fondamentali della legge. Così le norme penali divengono strumento di amministrazione di situazioni particolari, di rischi eccezionali, di emergenze. Cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.

²¹ Sulla tutela di funzioni si veda, tra gli altri, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., cap. V; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, pp. 29 e ss. I riflessi di tale fenomeno sulla struttura del fatto sono particolarmente incisivi; basti pensare ad un affievolirsi del ruolo dell’evento. Tali pur importantissimi aspetti non saranno oggetto di analisi in questo lavoro.

²² Si veda G. FIANDACA, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 84. L’Autore evidenzia che il fenomeno dell’inflazione penalistica è una delle principali cause di irrazionalità dell’ordinamento penale vigente (le altre vengono rintracciate nell’obsolescenza della legislazione, nella perdita di identità e frammentazione di modelli di diritto penale e nell’utilizzazione opportunistico-simbolica del diritto penale).

²³ Cfr. G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 93.

²⁴ ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 93

Appare, poi, fin troppo ovvio che una legislazione simbolica finisca con il minare la funzione del diritto penale di orientare l'agire dei cittadini, sempre più incapaci di percepire il disvalore criminale di una condotta. Il problema della conoscibilità della norma penale va, inevitabilmente, sempre più acuitizzandosi. Il rischio, a ciò connesso, è che il sistema penale si indebolisca ripiegando «*come possibile valvola di sfogo o correttivo, su una eccessiva estensione giudiziale in chiave indulgenzialistica dei casi di ignorantia legis inevitabile-scusabili*»²⁵. Dalla gran mole di norme esistenti consegue, inevitabilmente, un incremento del tasso di carcerazione²⁶.

Ma, oltre di diritto penale simbolico, oggi si può parlare anche di uso simbolico del diritto penale, fenomeno consequenziale ed effetto del primo. L'uso simbolico del diritto penale, fattore patologico di ipertrofia, si registra con lo sbilanciamento delle funzioni simboliche su quelle sostanziali-strumentali.

La norma penale assolve una funzione simbolica quando produce effetti diversi dalla prevenzione dei reati: per esempio il rafforzamento del sentimento di sicurezza dell'opinione pubblica; oppure, la formazione di un giudizio di disvalore mediante l'incriminazione di una condotta la cui pericolosità non è socialmente percepita in modo adeguato; o, ancora, la riaffermazione di valori che stanno perdendo mordente nel

²⁵ In questo senso G. FIANDACA, *Relazione introduttiva* al Convegno nazionale promosso dal Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, cit., 9. Su questi temi un autorevole costituzionalista ha scritto: «Ora, perché mai l'ipertrofia legislativa si traduce in una diminuzione della capacità regolativa del diritto? In primo luogo perché un diritto sovrabbondante e torrenziale diventa di fatto inconoscibile, è destinato a rimanere ignoto ai suoi destinatari, e rinuncia quindi in partenza alla possibilità di orientarne i comportamenti. (...) In secondo luogo l'ipertrofia legislativa alimenta un sentimento di sfiducia e di sospetto dei cittadini nei confronti del diritto: quel sentimento che Martines chiamava la "disaffezione" alla legge, ma che del resto era stato già individuato da Carnelutti nel 1940 (La crisi del diritto). In terzo luogo la proliferazione delle norme si traduce in un elenco sterminato di promesse normative che nessuno si cura mai di realizzare, e ovviamente ciò finisce per corrodere l'autorità residua del diritto, amplificando a propria volta la diffidenza dei cittadini nel loro rapporto con le istituzioni.[...] In quarto luogo alla moltiplicazione delle leggi giocoforza corrisponde lo scadimento della loro qualità formale, del vestito che gli si cuce addosso»: M. AINIS, *L'eclissi della legge*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005.

²⁶ Cfr. S. MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale*, in S. CANESTRATI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, p. 282. Scrive l'Autore: «Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta. Le ragioni possono essere le più diverse, ma, essenzialmente, ciò si verifica perché è ancora radicato l'equivoco – che la giurisprudenza tendenzialmente asseconda – dell'equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge quello secondo cui più dura è la pena, maggiormente si realizza la giustizia. In altre parole, sopravvive una concezione premoderna, ancestrale, teologico-sacrale della giustizia e della pena come espiazione, che si collega immediatamente all'aggressività dell'individuo, ignorando prospettive di solidarietà: essa aggrava più che risolvere i problemi. E' evidente, allora, che se non si rimuovono le cause profonde di questa concezione primitiva della sanzione penale, è destinato a fallire ogni tentativo di far diffondere nel sentire comune il valore delle garanzie. Non c'è proclamazione costituzionale che tenga, la popolarità delle garanzie resterà sempre bassa, se la cultura giuridica continuerà ad essere, in fondo, logica riduttiva dei mezzi e non scienza, assiologicamente orientata, dei fini». Si veda anche ID., *La perenne emergenza*, cit., p. 9.

quadro della coscienza collettiva²⁷. Ed il problema si pone soprattutto quando l'alterazione del difficile equilibrio tra funzioni simboliche e funzioni strumentali comporta che le prime, perseguite con la legge penale, diventino sempre più indipendenti dalla realtà dei conflitti in relazione ai quali i simboli vengono prodotti²⁸.

2.1.1. Le figure sintomatiche del diritto penale simbolico: l'anticipazione della tutela penale.

Certamente l'utilizzo simbolico della norma penale incide sulla configurazione delle fattispecie proprio in relazione alle caratteristiche che costituzionalmente ad esse sono riconducibili. E l'anticipazione della tutela penale, la messa in crisi del principio di offensività, insieme all'inasprimento delle sanzioni, l'indeterminatezza delle fattispecie, la sproporzione tra fatto e sanzione, sono, senza dubbio, "figure sintomatiche" di un *surplus* di simbolicità che trasforma la norma penale in strumento espressivo più che di prevenzione e repressione di fatti lesivi di beni giuridici protetti²⁹.

Soprattutto il sempre maggior interesse verso beni collettivi o superindividuali, la sempre maggiore attenzione, da parte dei consociati, ai "nuovi" fenomeni criminali, ha determinato un ampliamento quantitativo delle fattispecie; ha determinato una mutazione nella struttura dei reati cambiando, di conseguenza, anche i moduli di intervento. L'asse della tutela si è man mano spostato: non è più centrato sulla lesione effettiva di un bene, ma su condotte (a volte nemmeno) idonee solamente a mettere in pericolo il bene stesso –come si è avuto modo di vedere nei capitoli precedenti-.

La legislazione penale, sviluppatasi negli ultimi decenni, ha affiancato, al nucleo essenziale degli illeciti penali tradizionali, un complesso di fattispecie incriminatrici che rappresentano ipotesi di eccessiva anticipazione della soglia di rilevanza penale ad una fase precedente alla lesione del bene giuridico, caratterizzate, tuttavia, da limiti edittali di pena sproporzionalmente elevati (si veda i reati di pericolo presunto)³⁰.

²⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, cit., pp. 15 e ss.

²⁸ Cfr. A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale*, cit., pp. 43 e ss. si veda anche R. ZAFFARONI, *Buscando al nemico: de Satàn al derecho penal cool*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, pp. 757 e ss.

²⁹ Cfr. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Diritto Penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 206.

³⁰ Cfr. F. HERZOG, *Gedellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes, in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1990, pp. 50 e ss.; J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale, Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, *passim*.

Si è assistito ad un allontanamento dall'offesa al bene, laddove le fattispecie assumono il carattere della mera violazione formale di provvedimenti amministrativi, ancorando la punibilità –come si è visto- al superamento di determinati limiti-soglia³¹. Si tende a punire l'inosservanza di norme organizzative e non la realizzazione di fatti socialmente dannosi³², utilizzando surrettiziamente l'intervento penale per la tutela di funzionalità dei meccanismi di intervento della pubblica amministrazione, utilizzando una tecnica di normazione casistica che testimonia un inquietante declino dei moduli normativi della tipizzazione³³. Inoltre, la creazione artificiosa di oggetti di tutela³⁴, unita all'illusoria prospettazione di efficienza del sistema, ha comportato una svalutazione del dato dell'offesa reale, quale caratteristica sia della fattispecie astratta che di quella concreta, con la «*contestuale esaltazione di un'ottica di mera violazione dell'obbligo, se non del tipo di autore, che apre ad un inquietante ridimensionamento dello stesso diritto penale del fatto*»³⁵.

Oggi il legislatore, quando legifera ripiega, quasi sempre, su fasi preliminari dell'*iter* criminoso, impostando la fattispecie sanzionando condotte prodromiche rispetto anche alla realizzazione della messa in pericolo del bene; si allontana sempre di più dal carattere offensivo del fatto, arrivando ad incriminare quasi “schemi di comportamento” che l'esperienza segnala come atti ad incidere sugli interessi che si intende tutelare³⁶. Si ritorna, dunque, ad affidare alla norma penale una funzione meramente sanzionatoria³⁷.

Incriminando fatti a tutela anticipata, ossia che non colpiscono condotte concretamente offensive, si finisce con il rafforzare ancora di più quell'uso simbolico del diritto penale che invece, attualmente, dovrebbe essere fronteggiato. Le fattispecie a tutela fortemente anticipata, pongono diversi problemi anche dal punto di vista della

³¹ Si rinvia al § 1.4.2. del capitolo primo, Parte II.

³² Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit. p. 30; nonché E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, pp. 311 e ss.

³³ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit. p. 30.

³⁴ Si veda J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1999, trad. it., Milano, 2004, p. 9 e ss.

³⁵ Cfr. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 e ss.; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. Pen.*, 2009, pp. 805 e ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 547 e ss.

³⁶ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 30. Sull'argomento si veda F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, pp. 21 e ss.

³⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 30

³⁸ Cfr. V. PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in *Evoluzione e riforma del diritto penale e della procedura penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, cit., p. 634.

legalità, in quanto puntano solo sulla descrizione della condotta tipica³⁸, il più delle volte in termini casistici, contravvenendo, di conseguenza, alla determinatezza e all'efficienza di una corretta applicazione di norme così strutturate. Vengono, in questo modo, a costruirsi dei veri e propri precetti individualizzati, modellati sulle particolari esigenze di ogni situazione concreta³⁹. Ad esempio, per la tutela di interessi emergenti, nelle varie articolazioni e nei relativi settori, si assiste ad una tecnica di redazione delle fattispecie lontanissime dall'effettiva offesa del bene giuridico: un esito totalmente, questo, inappagante sia sul piano delle garanzie che sul piano dell'efficienza⁴⁰.

Ma, ribadiamolo ancora una volta, la tutela anticipata di un bene giuridico, specie se di elevato rango, non ha nulla di illegittimo di per se, né costituisce, beninteso, una novità recente. Sull'aumento dei reati di pericolo, specie di natura contravvenzionale, non vi è molto da dire: esso, semmai, costituisce l'ulteriore riprova del progressivo avverarsi della società del rischio⁴¹. Ciò che allarma, invece, sono, da un lato, le dimensioni endemiche che la tutela anticipata ha assunto, specie nella legislazione complementare; dall'altro, il modo, per certi versi inedito, con cui questa tutela viene assicurata. Lo scarto tra queste forme di incriminazione e l'ideal-tipo "classico" è davvero notevole. In particolare, in queste ipotesi, il perno dell'incriminazione non è più la lesione, che diventa una mera (remota) eventualità, quasi un miraggio: le norme non mirano più a reprimere eventi lesivi, perché spesso nella condotta non si concretizza nessun rischio di lesione per il bene giuridico finale, ma neanche la messa in pericolo. La criminalizzazione di tali condotte viene realizzata al prezzo di uno scarto sempre maggiore in termini di offensività: si arriva a incriminare condotte dal disvalore esiguo o addirittura nullo. Tutto ciò si riverbera in modo evidente sulla tenuta del sistema, dà vita ad un diritto penale simbolico, inefficiente, inefficace, ineffettivo a poter concretamente realizzare una tutela di quei determinati beni giuridici, a riscuotere i consensi dei cittadini e ad assicurare una pacifica convivenza tra i consociati, laddove simili finalità, auspicate anche dalla moderna legislazione, restano, tuttavia, solo utopie ed illusioni che, alla fine, deludono e mettono in crisi il sistema stesso.

³⁸ Cfr. sul punto F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, Milano, 1990, pp. 90 e ss.

³⁹ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 31

⁴⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., pp. 343 e ss.

⁴¹ Cfr. G.Q. OLIVARES, *I reati di pericolo nella politica criminale del nostro tempo*, in L. STORTONI E L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, 2004, pp. 347 e ss.

Si arriva, attraverso un tale modo di operare, quasi ad ammettere quel “diritto penale del nemico” che sanziona non il fatto, ma il soggetto, il rivestire un ruolo, appunto, quello di “nemico”⁴², con la completa soggettivizzazione dell’intervento penale. Disposizioni di carattere spiccatamente simbolico, come quelle che anticipano eccessivamente la tutela, non identificano più un determinato “fatto”, ma anche, e soprattutto, uno specifico tipo di autore definito non come un uguale ma come un “diverso”. Tali tipi di norme penali perseguono solo una finalità «*performativa di una determinata immagine dell’identità sociale attraverso la definizione degli autori come “diversi”*»⁴³. L’elemento centrale che emerge da questo processo simbolico è la

⁴² Infatti sotto la funzione simbolica del diritto penale spicca anche quella rappresentata dal diritto penale del nemico che, nella formulazione del pensiero di Jakobs, si contrappone al diritto penale del cittadino. La logica preventiva jakobsiana comprende una concezione del nemico come colui che rifiuta volontariamente lo status di cittadino per autoconvertirsi in nemico del sistema. Perciò, solo lo Stato si autolegittimerebbe, ad avviso di Jakobs, ad offrire al resto dei cittadini una protezione rafforzata da coloro che abbiano violato le aspettative normative su di loro riposte, ammettendosi l’applicazione di misure di sicurezza (molte delle quali in forma apparente di pene) in uno stadio di molto precedente alla realizzazione della condotta tipica, in ragione della pericolosità propria del tipo di autore. Il diritto penale del nemico verrebbe inserito all’interno di una prevenzione generale e speciale, avendo come caratteri specifici solo ed esclusivamente la tendenza ad una maggiore anticipazione della tutela, a una pena dotata di particolare consistenza afflittiva e a un affievolimento delle garanzie processuali. Non solo, ma dal punto di vista della struttura del reato, si mette successivamente in evidenza l’anticipazione del tutela rispetto all’offesa del bene tutelato, arrivando ad un incremento dei reati di pericolo presunto, volti a punire atti preparatori, e la pena arriverebbe ad una sproporzione sia al momento della comminatoria edittale, che in quello della commisurazione. L’affidamento al modello penalistico jakobsiano comporta la negazione del diritto penale della responsabilità di fronte a soggetti non responsabili, col pretesto che non sono tali in quanto nemici dell’ordinamento. La condizione di non persona causa un danno irreparabile al diritto, in quanto l’autore del reato è oggetto di una pena incalcolabile, e sottoposto a punizione pura e assoluta, indipendentemente dalle valutazioni personali proprie delle misure applicate. Non bisogna dimenticare che, in termini generali, il reato rimane un *aliud* rispetto agli altri illeciti, perché individua nella risposta contro una persona la soluzione di un problema sociale da quella creato: esso dà una spiegazione personale al fatto illecito, nel senso che si vede la soluzione del problema posto dall’illecito nella sanzione contro la persona del suo autore. Questo fattore delinea un tratto essenziale del processo di stigmatizzazione penale. Ciò posto, è necessario evidenziare la degiurisdizionalizzazione processuale come peculiarità strutturale del reato. La più temibile crisi del sistema penalistico è relativa non solo alla punizione di un comportamento *ante-delictum*, ma addirittura di una mera appartenenza ad una specifica categoria nemicale, indipendentemente dallo svolgimento o meno di un’attività illecita. Cfr. G. JAKOBS, *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, in *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, a cura di A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT, Valencia, 2004, p. 53; ID., *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di G. JAKOBS-M. CANCIO MELIA, Cuadernos Civitas, Madrid 2003; ID., *Feindstrafrecht? Eine unter suchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit in Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI, Milano, 2007, pp. 109-129; ID., *En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo*, in *Terrorismo y Estado de derecho*, a cura di JAKOBS-POLAINO ORTS, Bogotá 2009; Nella letteratura italiana cfr. L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 4, 2006 p. 804. Si veda anche R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 10.

⁴³ Cfr. J. YOUNG, *La sociedad “excluyente”. Exclusion social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid, 2003.

determinazione dell'esclusione di una determinata categoria di soggetti dalla sfera dei cittadini, che è, in definitiva, l'elemento caratterizzante del diritto penale del nemico, fenomeno che comporta una progressiva trasformazione del fondamento della fattispecie penale, che non è più il fatto, bensì è costituito da diversi elementi di natura esclusivamente soggettiva⁴⁴ che contribuiscono alla qualificazione personale dell'autore della condotta penalmente rilevante⁴⁵.

Ma noi vogliamo davvero questo? Davvero vogliamo correre il rischio di dare vita ad un vero e proprio diritto penale del nemico?

Ed allora la domanda che ci poniamo è la seguente: perché, al fine di evitare una smaterializzazione di quelle finalità di tutela tipiche del diritto penale classico -ancorato su solidi principi- a causa della costruzione di fattispecie che anticipano eccessivamente la tutela (come i reati di pericolo presunto), che violano il principio di offensività, ed alimentano, così, il carattere simbolico del diritto penale, non utilizziamo strumenti di controllo di tipo diverso da quello penale con tutti i vantaggi connessi in termini di tenuta del sistema?

A nostro avviso, proprio partendo dalla sussidiarietà, proprio rivalutando le potenzialità concrete di questo principio, che consente di porre un limite alla normazione penale, capace di fungere da criterio di controllo anche di quella ragionevolezza tanto paventata, negli ultimi tempi, dalla stessa Corte Costituzionale, degno di fungere da vero e proprio metodo di scelta tra tutela penale ed *extrapenale*,

⁴⁴ Come accade nella legislazione in materia di immigrazione. Il fenomeno continua ad essere affrontato nei termini di una questione di ordine pubblico da gestire con politiche repressive, che finiscono con l'essere discriminatorie; cade nel vuoto, quindi, il monito della Corte costituzionale – ricordato dallo stesso Masera – a considerare l'immigrazione come «un grave problema sociale, umanitario ed economico, che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica» (Corte cost., 22.1.2007, n.22).” Cfr. L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., p. 28. Questo atteggiamento culturale è confermato dal c.d. “Pacchetto sicurezza 2009” (D.L.23.2.2009, convertito in legge 23.4. 2009 n. 38 e legge 15.7.2009 n. 94) che introduce il reato di ingresso o di permanenza irregolare, punibile con un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro (a tale reato, vale precisarlo, non è applicabile la disciplina in materia di oblazione; inoltre, la pena pecuniaria può essere sostituita dal giudice di pace con l'espulsione); introduce, altresì, all'art. 61, n.11-*bis* c.p., l'aggravante di clandestinità di recente dichiarata incostituzionale con sentenza n. 249 del 2010. Tale politica di intervento si presenta pertanto, da un lato, pregna di un diritto penale tanto simbolico quanto privo di qualsiasi impatto pratico; dall'altro, è segno di un diritto penale d'autore e dell'esclusione, manifestazione, questa, di una “democrazia punitiva” elettoralemente vincente.” Così M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit. Lo stesso autore, in altro scritto, scrive che la legislazione in materia di immigrazione «oscilla tra la repressione più antievangelica del diverso indesiderato e il controllo di oggettive cause di criminalità comune».

⁴⁵ Cfr. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Diritto Penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 217.

adeguato a porsi come motore concreto verso la spinta ad una maggior attuazione della depenalizzazione, che si potrebbe realizzare l'obiettivo della sopravvivenza di un idoneo sistema penale e non solo.

2.2. La sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle scelte “discrezionali” del legislatore.

Il diritto penale simbolico entra in contrasto con alcuni dei principi fondamentali del nostro ordinamento: innanzitutto, il suo rapporto con il principio di sussidiarietà è estremamente delicato. Tale principio⁴⁶, si è già detto, pretende che l'intervento legislativo in materia penale risulti legittimo, e pertanto giustificato, qualora per la tutela di un dato bene giuridico non risulti già sufficiente il ricorso ad altre alternative di tutela, quale quelle apprestate dal diritto amministrativo e dal diritto civile. Su quali dati, informazioni, conoscenze si basi la scelta del legislatore nell'adozione di uno strumento rispetto all'altro, ad oggi, non è dato sapere.

Il legislatore penale, infatti, gode di un'ampia discrezionalità nella scelta sia dell'*an*, ossia in ordine alla possibilità di prevedere o meno un dato fatto come reato, che in relazione al *quantum*, ossia la scelta del tipo e della misura della pena. Se forse solo con riferimento all'entità delle pene quest'ultima affermazione oggi potrebbe anche essere messa in dubbio nella sua assolutezza⁴⁷ -alla luce di alcune pronunce della Corte Costituzionale⁴⁸ -, per quanto, invece, riguarda la scelta degli “oggetti” da tutelare con la sanzione penale e nella configurazione delle fattispecie criminose⁴⁹, il legislatore

⁴⁶ La sussidiarietà, è bene ribadirlo, propende per il ricorso minimo al diritto penale, considerato il massimo grado di afflittività per l'individuo che accompagna la sanzione.

⁴⁷ Cfr. A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore nel prescegliere l' “oggetto” di tutela penale: un teorema da rivedere nel suo “impianto concettuale” e nei suoi “risvolti processuali”*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO E L. MONTANARI, Torino, 2009, p. 117.

⁴⁸ La Consulta, in alcune decisioni (cfr. in modo particolare la sentenza n. 343 del 1993 in *Giur. Cost.*, 1993, p. 2680), ha avuto modo di arrivare a sindacare la scelta delle misure delle pene. La Corte, più precisamente, ha potuto frapporre dei paletti alla discrezionalità del legislatore nella fissazione delle cornici edittali assumendo quale parametro di raffronto il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., ma anche fare riferimento all'art. 27, comma 3. Cost. per tentare di vincolare in qualche modo l'attività legislativa nella quantificazione astratta della pena dando così ad intendere che il formale rispetto del principio sotteso all'articolo costituzionale da ultimo citato «postula un rapporto di misura tra la quantità di pena comminata dal legislatore e il conseguimento della finalità rieducativa» (cfr. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 156).

⁴⁹ Così la sentenza della Corte Costituzionale n. 225 del 2008, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 2534.

sembra godere di una discrezionalità “assoluta”⁵⁰, non risultando vincolato al «perseguitamento di specifici interessi»⁵¹.

Già Angioni sosteneva che «il legislatore non ha alcun vincolo, oltre alla sua ponderatezza, nella scelta delle fattispecie incriminatrici e delle prescrizioni sanzionatorie»⁵², in quanto, tutto dipende dalle sue valutazioni di equità, di opportunità e di convenienza, non potendosi parlare di effettuabilità di critiche immanenti al sistema. E «chi sia convinto del contrario, dovrebbe indicare la norma giuridica obbligatoria a cui si possa appellare per limitare il potere del legislatore ed invalidarne le disposizioni invise»⁵³. Nello scenario attuale, alla luce dell’ipertrofia penalistica di cui abbiamo precedentemente riferito, e stante il carattere simbolico della legislazione in materia penale, non pare esistere né una tale norma limitativa, né si può certo fare affidamento alla “ponderatezza” del legislatore che, come dimostrato, non esiste!

È un dato acclarato che la discrezionalità del legislatore, in tema di scelte politico-criminali, non incontra argini, se non minimi, nella sua espansione, né esistono validi vincoli⁵⁴ che impongano allo stesso, di optare per scelte alternative di tutela.

Solo la sussidiarietà potrebbe assurgere a criterio di carattere ermeneutico capace di fungere da limite alle scelte del legislatore; deve svolgere il ruolo di principio guida nel momento genetico della legge penale, rappresentando uno dei criteri principe quanto all’*an* della criminalizzazione e quanto alla realizzabilità di un diritto penale *ragionevole*⁵⁵.

⁵⁰ «Se forse la parte sanzionatoria della norma penale incriminatrice non è più territorio libero per le scorribande politico-criminali del legislatore dovendo, la pena edittale, in linea di massima risultare correlata alla gravità del fatto di reato», quel che è certo è che il legislatore non incontra alcun vincolo costituzionale in relazione alla scelta degli oggetti. La prima citazione è dovuta a D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. Cost.*, 2007, pp. 187 e ss., secondo il quale: «con la forbice edittale il legislatore dice la sua sulla gravità del fatto di reato che decide di incriminare (...). Il controllo di costituzionalità, alla stregua dei consueti parametri di eguaglianza-ragionevolezza e di rieducazione (...) si articola, così, per “fasce” di comminatorie penali e la patologia censurabile consisterebbe nel cattivo impiego della fascia da parte del legislatore (...). Per un reato di lieve entità (...) la discrezionalità politica del legislatore non può spingersi sino a prevedere una pena di non lieve entità. Il “salto” di fascia sarebbe costituzionalmente illegittimo».

⁵¹ Così la sentenza della Corte Costituzionale n. 71 del 1978, in *Giur. Cost.*, 1978, p. 602.

⁵² Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit. p. 152.

⁵³ ID., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit. p. 152.

⁵⁴ È stato più volte dimostrato come neanche la Costituzione contiene vincoli o obblighi costituzionali di tutela penale. Si rinvia al capitolo primo, Parte I, della presente tesi.

⁵⁵ Una sorta di criterio finale cui ricorrere una volta accertata la dannosità di un comportamento che, anche mediante il ricorso ad analisi criminologiche, sia stato ritenuto meritevole di sanzione.

Ciò potrebbe essere possibile –come si descriverà in seguito- solo imponendo, ad esempio, il rispetto del principio di sussidiarietà come limite alle scelte di incriminazione, attraverso l'introduzione di una norma che preveda legalmente un obbligo di motivazione anche in capo al legislatore e non solo al giudice. Così, come il giudice non può condannare un individuo senza la prova della sua responsabilità penale, allo stesso modo il legislatore non dovrebbe criminalizzare una particolare condotta senza produrre argomenti circa la necessità della criminalizzazione e la non-necessità di adottare strumenti amministrativi o civili alternativi di tutela. In fondo ciò lo pretende la stessa presunzione di non colpevolezza, accolta nel nostro impianto costituzionale all'art. 27, comma 2, Cost.

2.2.1. *La sussidiarietà come principio metodologico.*

Innanzitutto la sussidiarietà dovrebbe valere come principio metodologico (di natura procedurale), volto a disciplinare il comportamento degli organi legislativi nella produzione normativa penale, vale a dire l'attività legislativa, quindi deve essere utilizzato da parte del legislatore, nel momento in cui opera la scelta tra strumento penale o *extrapenale* di tutela di un determinato bene giuridico.

Quindi la sussidiarietà è un principio posto a garanzia dei metodi e dei criteri procedurali adottati dal legislatore nella scelta di criminalizzazione; è volta a guidare il legislatore, prima, e la Corte costituzionale, poi, nell'adozione di metodi della produzione legislativa⁵⁶. Come principio metodologico, la sussidiarietà dovrebbe imporre al legislatore l'adozione di metodi di produzione legislativa confacenti ad uno Stato sociale di diritto. Quello di *extrema ratio* è, dunque, un principio sulla produzione normativa penale che deve guidare il legislatore nell'adozione delle decisioni e portarlo ad effettuare la considerazione che solo «*se non c'è retroterra extrapenale, se non c'è un'incidenza economica sulla "legge di bilancio", la prevenzione coincide con la stigmatizzazione criminale del fatto*»⁵⁷. Quello di sussidiarietà è un principio dalla portata enorme, potenzialmente capace di conformare il metodo del legislatore e perciò di limitare e controllare l'irrazionalità del diritto penale⁵⁸.

⁵⁶ Si rinvia, sul punto, al paragrafo 2.2.3.

⁵⁷ Così M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 90.

⁵⁸ Un metodo, quello del legislatore penale, storicamente caratterizzato da carenze quali l'irrazionalità, l'ignoranza dell'empiria, la caccia del consenso sociale ed elettorale, l'approssimazione. Questo il

Si potrebbe parlare di metodologia dell'*extrema ratio*: il legislatore penale, una volta esclusa l'ipotesi del "non intervento"⁵⁹, dovrà valutare la possibilità di intervenire con sanzioni di natura civile o amministrativa; solo qualora tali misure siano state ritenute non adeguate sulla base di valutazioni che il legislatore dovrà spiegare tramite argomentazioni e motivazioni, e dopo aver valutato l'eventuale impatto della nuova norma sul tessuto normativo esistente e sulla realtà sociale in cui va ad incidere, il legislatore può adottare una nuova legge penale. Il principio di sussidiarietà, come metodo, dovrebbe imporre una scelta "dal basso verso l'alto"; nel senso che se, in prima battuta, si reputano inadeguati altri strumenti diversi da quello penale per la tutela di un determinato bene giuridico o di un interesse, solo allora si potrà dare luogo all'incriminazione. In fondo è proprio questo il carattere sussidiario del diritto penale.

Il principio di sussidiarietà può anche consentire la verifica della "razionalità empirica" della legge penale, una verifica che deve essere condotta alla luce di quei saperi empirici il cui ingresso nella formazione stessa della norma segna il passaggio da un diritto penale capace solo di autoriprodursi, ad una democrazia penale di tipo discorsivo⁶⁰. Uno stile di indagine, che viceversa, evitasse analisi empiriche e verifiche *extrapenali* sulla prevenzione di un dato fenomeno, escluderebbe dal proprio campo di indagine il fenomeno criminale stesso, per restringere l'oggetto dello studio a un dato normativo e alle decisioni giurisprudenziali; esso resterebbe «*un esercizio autopoietico, cioè interno al meccanismo di etichettamento che le norme penali hanno prefigurato, senza capacità critica di analisi sull'effettività, l'efficacia ed il reale orientamento alle conseguenze del progetto legislativo stesso*»⁶¹.

Una volta che lo stesso legislatore abbia fatto proprio un *modus procedendi* orientato alla sussidiarietà (ciò che è ben lontano dall'attuale prassi legislativa), si sortirebbero effetti non solo teorici per l'applicazione del diritto, come la sua elaborazione scientifica, ma anche aspetti pratici⁶².

giudizio (che si condivide) formulato da M. DONINI, *Metodo democratico e metodo nel rapporto tra diritto penale e politica*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p. 6.

⁵⁹ Cioè la scelta di non introdurre nell'ordinamento una nuova normativa, che può ben risultare quale ragionevole decisione conseguente ad un'attenta valutazione della situazione indagata nel caso in concreto.

⁶⁰ In questo senso, M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *ius17@unibo.it*, 2, 2009.

⁶¹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 92.

⁶² Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 91.

2.2.2. Il ruolo del principio di sussidiarietà nel procedimento di formulazione della legge penale.

Ecco, dunque, che se noi accettiamo una concezione del principio di sussidiarietà come metodo, allora lo stesso principio dovrebbe rivestire un ruolo fondamentale nel procedimento di formulazione della legge, arrivando a fungere da limite alle scelte del legislatore.

Il principio di sussidiarietà si deve inserire nell'*iter* di formazione della legge quale criterio guida (e di controllo) del ragionamento legislativo, e quindi della decisione adottata⁶³.

La «*scienza della legislazione*»⁶⁴, o, se si preferisce, una legislazione penale che sia informata e “sperimentata”,⁶⁵ dal legislatore, dovrebbe improntare le sue scelte su razionalità empiriche, fungere da strumento primo per rendere effettiva una politica criminale che non voglia risolversi in mera politica penale. Anzi, in questa impostazione – che concepisce il diritto penale in termini antitetici rispetto al modello proposto dal tecnicismo giuridico- il diritto penale, la sua razionalità e tasso di democraticità, può essere rivitalizzato per il tramite di procedure legislative capaci di raccogliere e valutare dati che provengono dalla società. Questo si candida ad essere il modulo ideale per consentire il realizzarsi di una matura democrazia penale che voglia porre il suo intervento sussidiario al centro di una rinnovata politica criminale⁶⁶.

In questo senso si inserisce la stessa Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1983 –in precedenza riferita- che, volta a razionalizzare e a rendere più consapevole la produzione normativa⁶⁷, si rivolge proprio al procedimento di

⁶³ Del *ragionamento legislativo* e del suo svolgersi pare rinvenirsi traccia in una celebre circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983 in materia di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Su questa circolare cfr. G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, p. 251; F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass.pen.*, 1987, 230; ID., *Legge penale*, in *Dig. disc .pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 358 e 360..

⁶⁴ La terminologia è di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 91.

⁶⁵ Le parole sono di M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore 'costituente' per la riforma del codice*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, p. 179.

⁶⁶ Cfr. M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore 'costituente' per la riforma del codice*, cit.

⁶⁷ L'aggettivazione è mutuata da G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, cit., p. 254, ove si legge altresì: “[I] parametri in essa indicati, desunti dagli artt.13 e 27 Cost., potrebbero anche costituire la base per denunce di incostituzionalità non ancorate, come per lo più avviene, al solo art. 3 Cost. e per un sindacato della Corte costituzionale non più bloccato sul versante della fondatezza di una presunta incontrollabile

produzione legislativa penale⁶⁸ che dovrebbe essere basato su scelte razionali e connotato da un intervento in chiave sussidiaria.

Pertanto, il principio di sussidiarietà dovrebbe essere al centro della normazione penale. Il legislatore, nel momento in cui legifera ed opta per la tutela di determinati interessi attraverso la sanzione penale, deve operare questa scelta dopo un ponderato ragionamento in chiave di stretta necessità⁶⁹; cioè, alla luce del fenomeno che intende fronteggiare, e di fronte al bene giuridico che sembra meritare tutela, deve cogliere, una volta assodato che nessun altro strumento *extrapenale* sia idoneo, la necessità di una risposta sanzionatoria in termini penali. Ed in questo ragionamento non potrà fare a meno di prendere in considerazione altri fattori: la sussidiarietà esige che la legge sia costruita da un tecnico di più saperi, esige interdisciplinarietà in fase di costruzione del progetto legislativo⁷⁰. Devono scendere in campo diverse competenze, anche non necessariamente normative (statistiche, criminologiche, assicurative, socioeconomiche, prasseologiche, ecc.)⁷¹, per rendere la scelta, se intervenire con la sanzione penale o meno, consapevole; per realizzare le aspettative del diritto penale moderno⁷².

Ma soprattutto, in questo modo di operare, e considerando appieno la sussidiarietà che dovrà fungere da faro che illumina il legislatore, si eviterebbe l'espansione dell'intervento penale nell'ambito nel non necessario.

In questo scenario risulta quasi in contro tendenza l'intervento di modifica dell'art. 79 del regolamento della Camera, intervenuta nel 1997, le cui disposizioni non sono solo regole di procedura parlamentare ma rappresentano principi che dovrebbe informare tutto il procedimento legislativo⁷³. Ai sensi del nuovo art. 79 del regolamento della camera, l'istruttoria in sede referente deve valutare *la necessità dell'intervento legislativo*, con riguardo alla possibilità di conseguire i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge. Si rintraccia, in tale norma, l'aspetto caratteristico di un

discrezionalità del legislatore." (corsivo aggiunto).

⁶⁸ Sul punto si sofferma G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, cit., p. 251.

⁶⁹ Cfr. M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore 'costituente' per la riforma del codice*, cit.

⁷⁰ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 90.

⁷¹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 92.

⁷² In questi termini si esprime M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 501.

⁷³ In tal senso R. DICKMAN, *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. Parl.*, 1, 2000, p. 215.

ragionamento legislativo che si ispiri, in ambito penale, al principio di sussidiarietà. Tale norma mostra che la concezione della produzione legislativa che caratterizza una cultura dell'*extrema ratio* non è totalmente aliena alla più recente storia del diritto parlamentare italiano⁷⁴, e, pertanto, questo *modus operandi* dovrebbe essere incentivato.

2.2.3. La sussidiarietà quale criterio di controllo della ragionevolezza strumentale della legge penale.

Infine, per raggiungere lo scopo di porre un rimedio all'ipertrofia penalistica di carattere simbolico e lontana dal requisito dell'offesa, per indurre il legislatore a ricorrere, ove possibile, a forme alternative di tutela, un'altra soluzione, oltre alla considerazione della sussidiarietà come metodologia di scelta e protagonista dell'*iter* di formulazione di una legge, dovrebbe essere la possibilità di giustiziabilità⁷⁵, del principio in esame, da parte della Corte Costituzionale.

Oggi il principio di sussidiarietà è utilizzato in modo non dimostrativo dalla Corte Costituzionale; questo significa che *attualmente* non può essere sollevata una questione di costituzionalità di una norma penale perché prodotta in violazione del (solo) principio di *extrema ratio*⁷⁶. Sul punto, del resto, la stessa Corte costituzionale, facendo ricorso ad una distinzione tra principi basata sulla loro giustiziabilità, ha reso evidente di non poter interferire con la discrezionalità del legislatore⁷⁷.

Nel nostro sistema vige, al contrario, una presunzione di legittimità nei confronti della produzione normativa penale. Si assume che il legislatore rispetti il principio della necessità della pena, si ammette che vagli adeguatamente la mancanza di valide alternative al diritto penale nella tutela di un bene giuridico. Il legislatore, dunque, non fornisce (e non è tenuto a fornire) ragioni, non deve dare spiegazioni, per supportare le proprie decisioni in materia di criminalizzazione; né tali ragioni gli vengono richieste.

⁷⁴ Sul tema si veda S. BARTOLE, *Introduzione allo studio della tecnica di redazione di testi legislativi*, in S. BARTOLE, *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988; A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010, pp. 319 e ss.; P. ZUDDAS, *Amministrazioni parlamentari e procedimento legislativo*, Milano, 2004.

⁷⁵ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 86, nt. 27.

⁷⁶ Questo significa che un'incriminazione illiberale può non essere incostituzionale. Il punto è evidenziato da M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., p. 426.

⁷⁷ Da ultimo cfr. Corte Cost. sentenza n. n. 22 del 2007, in cui ha statuito che: «Non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti anti-giuridici che si manifestino nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza».

La giurisprudenza della Corte costituzionale conferma questa impostazione che si fonda, da un lato, su un certo modo di intendere la discrezionalità del legislatore proprio nella materia penale e, dall'altro, sulla (presunta) invalicabilità, da parte del giudice, delle leggi sul suo operato. Il tema del rapporto tra la discrezionalità del legislatore, nelle scelte di criminalizzazione, ed i poteri della Corte nel valutare il rispetto della Costituzione, rappresenta una sorta di costante nella giurisprudenza costituzionale in materia penale che fa ricorso al criterio della ragionevolezza⁷⁸, come si è avuto modo già di precisare⁷⁹.

Se pure il Giudice delle leggi non ha mancato di precisare che il legislatore non è arbitro delle sue scelte criminalizzatrici – dovendo subordinarle ai “criteri informativi di politica criminale” (tra cui rientra quello della sussidiarietà) – allo stesso tempo, ha dichiarato di poter censurare il mancato rispetto solo nel caso di violazione del criterio di ragionevolezza e nel caso di indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto (così nella sentenza 409/1989)⁸⁰.

Il rimando al rispetto della ragionevolezza, seppur appare ampio⁸¹, in realtà, la Corte, ha fatto ricorso, a tale tipo di sindacato, con estrema cautela. Ha, infatti, fatto uso di un rigoroso *self-restraint* sì da garantire un equilibrato rapporto con il potere legislativo, declinando tale possibile violazione nei termini di una “manifesta irragionevolezza”. Il passo ulteriore che dovrebbe essere fatto, quindi, è quello di

⁷⁸ Sul tema della ragionevolezza in ambito penale si veda, tra gli altri, G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, p. 2630; G. FORNASARI, *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2082; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998; M. ROMANO, *Norme incriminatrici arbitrariamente discriminatorie «in se stesse ragionevoli» e costituzionalmente legittime?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1319.

⁷⁹ Si rinvia sul punto al § 3.4.3. del capitolo terzo, Parte II.

⁸⁰ Nella sentenza n. 409 del 1989, la Corte ritiene che, «pur non essendo il legislatore arbitro delle scelte in fatto di criminalizzazione, dovendo ancorare ogni previsione di reato “ad una reale dannosità sociale», cionondimeno tali scelte sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili mediante il giudizio incidentale di costituzionalità. E aggiunge: «La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale (quale quello di sussidiarietà del diritto penale) costituzionalmente sanciti, possono, infatti, essere censurati da questa Corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto».

⁸¹ La ragionevolezza può, essere definita come un controllo di costituzionalità che consiste di più operazioni: il primo, volto a valutare la legittimità delle finalità perseguite dal legislatore; il secondo, si interroga intorno alla congruità dello strumento adottato dal legislatore rispetto al fine da raggiungere; il terzo valuta la possibilità di ulteriori interventi, ‘meno costosi’, vale a dire ‘più rispettosi degli altri interessi in gioco. Cfr. R. BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002, p. 106

configurare un controllo della decisione legislativa della necessità del ricorso allo strumento penale. Tale possibile sindacato, che fino ad oggi è stato escluso dalla Corte costituzionale, è ritenuto difficilmente praticabile anche da parte di quella stessa dottrina che, più di recente, si è specificamente occupata del tema⁸².

In conclusione, pare potersi dire che sussistono, oggi, una serie di condizioni tali da consentire il superamento della tradizionale difficoltà ad accettare controlli più stringenti sulle leggi, e riconsiderare il ruolo *effettivamente* svolto dalla Corte costituzionale, soprattutto nei suoi rapporti con il potere legislativo⁸³.

2.3. La scienza della sussidiarietà.

Vi è chi in dottrina⁸⁴ auspica la nascita di una vera e propria *scienza della sussidiarietà*. Partendo dal presupposto che l'idea della necessità contiene due significati, quali l'impiego del diritto penale come risorsa estrema per la tutela dell'ordinamento e l'esecuzione effettiva della sanzione privativa della libertà come estremo rimedio (accanto ad altre sanzioni penali parimenti disponibili), una *scienza della sussidiarietà* potrebbe condurre a dare concretezza a tali istanze, insieme

⁸² Cfr. D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., p. 1033, secondo cui: «Intriso di questioni empiriche è anche il problema della necessità (...) dell'intervento penale. Sul piano del controllo di costituzionalità, questo criterio (l'idea della sussidiarietà o *extrema ratio* dell'intervento penale) non funziona. La giurisprudenza costituzionale italiana lo ha riconosciuto con franchezza (...). Le valutazioni su bisogni, necessità, modalità dell'eventuale intervento penale, hanno a che fare con aspetti che possono esser anche molto complessi, con questioni (e incertezza) relative all'efficacia preventiva della norma penale (di precetti e sanzioni specifiche) e alla possibile efficacia di soluzioni diverse, con significati del diritto che non si esauriscono nella (eventuale) efficacia dissuasiva del penale. Insomma: l'idea della stretta necessità, fondamentale idea regolativa del pensiero penale liberale, ha a che fare con troppe variabili per poter funzionare come principio giuridico giustiziabile». Cfr. anche M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, cit., p. 1087: «Nel controllo di ragionevolezza-sussidiarietà, dunque, la Corte, una volta valutata la razionalità della norma in relazione ai fini della legge e ai fini del settore legislativo disciplinato dalla legge stessa; valutata altresì la compatibilità della legge rispetto ai valori costituzionali (espliciti ed impliciti); dovrà procedere ad un bilanciamento tra fini-valori protetti dai principi costituzionali da condursi anche alla luce di criteri desunti dalla razionalità empirica (e non solo normativa), dal senso comune, dall'esperienza, dalle conoscenze scientifiche, dalla coscienza sociale».

⁸³ Secondo F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE-E. CHIELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 101, «La funzione di collaborazione della Corte con il potere legislativo, la tanto deprecata funzione che è venuta assumendo di co-determinazione talora persino anticipatrice dell'indirizzo politico, più che di controllo sanzionatorio successivo su di esso, auspicabile soltanto in casi estremi nei quali è comunque raccomandabile il più vigile e rigoroso *self restraint*, sembra rappresentare, nella situazione reale, l'unico e non facilmente dispensabile mezzo di garanzia del pluralismo istituzionale, il canale alternativo più efficace per la trasmissione dell'accresciuta domanda sociale e in definitiva il mezzo per realizzare il punto di equilibrio tra forze politiche, parti sociali e potere giurisdizionale, alla luce di una logica non più separatistica della sfera costituzionale con la sfera legislativa ordinaria, nel processo di superamento della distinzione tra Stato e società civile».

⁸⁴ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 85 e ss.

all'esigenza di attuare le sollecitazioni verso una decriminalizzazione o depenalizzazione di molte fattispecie esistenti, per ridurre il carico del penalmente rilevante "inutile".

La scienza della sussidiarietà, sempre secondo questa dottrina, dovrebbe far parte della scienza della legislazione ed essere un completamento metodologico della stessa dottrina dell'illecito penale⁸⁵. La valutazione di ultima *ratio* dovrebbe trovare una base epistemologica che sia in grado di assicurare un certo grado di giustiziabilità del principio di sussidiarietà. Tale scienza esige l'impiego di una vasta gamma di saperi empirici sia in sede di costruzione del progetto legislativo (il codice come strumento di politica criminale), sia in sede di applicazione della legge, dovendo il giudice attuare un programma di scopo e non distribuire solo meriti e colpe. Sotto questo aspetto, dovrebbe essere data maggiore attenzione alla disciplina della discrezionalità del giudice in vista delle concrete scelte sanzionatorie.

Ideale, per una concreta messa in pratica della *scienza della sussidiarietà*, sarebbe prevedere un *obbligo di motivazione* delle leggi, già peraltro previsto nel diritto comunitario. Un tale obbligo porterebbe, innanzitutto, ad un'effettiva giustiziabilità del principio di sussidiarietà in quanto si fornirebbe al giudice costituzionale uno specchio attraverso il quale leggere la *ratio* dell'intervento penale potendo meglio valutarne la coerenza, la proporzionalità e la necessità, rispetto al bene giuridico da proteggere⁸⁶. Inoltre, come confermato persino dalla Corte in una interessante pronuncia⁸⁷, un obbligo di motivazione potrebbe condurre il legislatore a "scoprire le proprie carte", in quanto, dall'argomentazione potrebbero venire allo scoperto le finalità simboliche della normazione⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. sempre M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit.

⁸⁶ Cfr. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Diritto Penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 207.

⁸⁷ Corte Cost., 29 novembre 2004, n. 379. La pronuncia verteva sull'art. 17 dello Statuto dell'Emilia Romagna che introduceva una particolare forma di partecipazione ai procedimenti normativi regionali, l'istruttoria pubblica, consistente nell'instaurazione di un contraddittorio pubblico precedente l'adozione dell'atto finale (sia esso normativo o amministrativo), seguito da un obbligo di motivazione del provvedimento finale. La Corte dichiarò infondato il dubbio di costituzionalità relativo agli obblighi di motivazione sostenendo che: «l'art. 3, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), non impone, ma non certo vieta, la motivazione degli atti normativi; ed in ogni caso – come ben noto – la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola dell'ordinamento comunitario».

⁸⁸ Si veda sul punto S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008.

Adottare, una concezione del principio di sussidiarietà come limite *positivo* significa, infatti, chiedere al legislatore di fornire degli elementi convincenti in punto di inadeguatezza degli strumenti alternativi di tutela e, quindi, di necessità della sanzione criminale; vuol dire porre l'obbligo di *dimostrare* che lo strumento sanzionatorio penale sia necessario, di *provare* che altre alternative di tutela risultino insufficienti. Il legislatore, in altri termini, deve dimostrare la sussistenza delle condizioni di rispetto del principio di sussidiarietà.

Rendere vincolante la sussidiarietà vuol dire esigere che il legislatore abbia motivi e spieghi le ragioni delle sue scelte. Ed affinché tutto ciò sia possibile, a parere di chi scrive, sarebbe auspicabile l'introduzione di una norma, perché no, anche a livello costituzionale, che positivizzi in maniera chiara il principio di sussidiarietà ed anche l'obbligo di motivazione delle leggi in capo al legislatore. Questa potrebbe essere una delle possibili vie per far sì che il diritto penale, come *extrema ratio*, non si limiti ad essere uno *slogan* ma diventi un vero progetto reale⁸⁹, che superi la rassegnazione⁹⁰ allo stato delle cose.

⁸⁹ Cfr. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, cit., p. 24.

⁹⁰ Di rassegnazione parla Donini riferendosi a chi «proclama il principio di sussidiarietà e nello stesso tempo valorizza i reati di pericolo astratto e una differenza quantitativa fra il penale e l'amministrativo, senza ricercare le soluzioni per comporre l'insopportabile contraddizione: se il penale è *sussidiario* all'amministrativo (e al civile), allora devono esistere o essere elaborate le condizioni di legittimità della presenza larga e ingombrante di uno spazio condominiale, di una «*zona franca*» tra i due ordinamenti, che in Italia non è peraltro circoscritta alle sole contravvenzioni. Quella zona franca, infatti, è il segnale inequivocabile di una irrealizzata sussidiarietà»: M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 134.

Capitolo terzo

Verso nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie alla luce di una sistematica del reato teleologicamente orientata all'eliminazione del "penalmente rilevante inutile".

SOMMARIO: 3.1. Premessa: l'avvio ad una possibile conclusione. 3.2. L'ossimoro del penalmente "rilevante-inutile" e la necessità dell'offesa; 3.3. Una sperimentazione nuova del principio di sussidiarietà; 3.3.1. *Forme alternative di tutela per la riduzione del "penalmente rilevante inutile" ...* 3.3.2. *... e per una rifondazione del sistema*; 3.4. La reciproca dipendenza tra garanzia, efficienza ed effettività; 3.5. Verso nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie. 3.6. Prospettive *de jure condito* e *de jure condendo*.

3.1. Premessa: l'avvio ad una possibile conclusione.

Nell'ampio, vasto, settore dell'anticipazione della tutela penale, nel presente lavoro di tesi, si è partiti dall'analisi del bene giuridico¹ e del principio di offensività² che rappresentano i due punti di riferimento del discorso che si è inteso portare avanti. La disamina del bene giuridico, in cui si sono ripercorse, innanzitutto, le tappe evolutive - e non solo per ragioni squisitamente di completezza espositiva- ci ha portati ad avallare la posizione di coloro che vedono nel bene giuridico una categoria insuperabile, e ciò per una serie di motivi³. Nonostante il bene giuridico sia una categoria dalle mille sfaccettature e su cui, ancora oggi, dottrina e giurisprudenza non hanno raggiunto un'unanimità di vedute, e che sconta innumerevoli difficoltà soprattutto nell'attuale panorama giuridico in cui si è assistito ad una "smaterializzazione" dei suoi connotati essenziali, il bene giuridico continua a rappresentare il punto fisso di riferimento dell'offesa. Esso rappresenta un c.d. "termine di paragone" di ciò che è offendibile e, di conseguenza, tutelabile con lo strumento penale. Anzi, ed a maggior ragione, in assenza di un concetto di bene giuridico non ci sarebbe neanche motivo di prendere in considerazione il principio di offensività.

Pertanto si è, poi, analizzato il principio di offensività visto come la traduzione funzionale e dinamica del concetto di bene giuridico rispetto al quale, e senza il quale, il discorso sull'offesa non ha una base strutturale. Difatti, la dimensione realmente offensiva, o meno, della previsione incriminatrice dipende dal bene giuridico assunto

¹ Parte I, Capitolo primo.

² Parte I, Capitolo secondo.

³ Si rinvia al § 1.8.1, capitolo primo, Parte I.

come punto di riferimento dell'offensività e che determina anche la costruzione di una norma sul paradigma della lesione dei beni o della violazione di doveri.

Soprattutto in questa sede, ci si è interrogati sul ruolo dell'offensività nella costruzione dell'illecito penale, e, partendo dalla concezione realistica del reato, si è giunti a prospettare una collocazione autonoma dell'offensività nel fatto tipico, al di fuori sia del disvalore di azione che del disvalore di evento, considerandolo autonomo momento di valutazione all'interno della tipicità, ossia come elemento a se stante che necessita di accertamento indipendente. Una volta radiografato l'accadimento umano come aderente esteriormente al modello legale e perfettamente corrispondente agli elementi consacrati nella previsione positiva, ed una volta accertato che il soggetto abbia agito con coscienza e volontà finalisticamente dirette a realizzare il proprio scopo, occorre verificare se si sarà realizzato il disvalore penalmente rilevante (offensività) che è, poi, ciò che imprime al fatto la causa efficiente di conseguenze giuridiche penalistiche⁴. Correlativamente l'inoffensività viene vista come una causa di esclusione del fatto tipico.

Nella seconda parte della presente ricerca ci si è calati nel vivo dell'anticipazione della tutela penale e, dopo aver fotografato il problema, si è indagato quale sia la soglia di legittimo arretramento dell'intervento penale o, in altri termini, quale sia il *grado di anticipazione della tutela penale*, giuridicamente ammissibile e politicamente opportuno, compatibile con il principio di offensività⁵. Il problema sorge poiché, nel diritto penale della post-modernità, e non solo, si è via via registrato l'utilizzo, da parte del legislatore, di tecniche di tutela e di tipizzazione del fatto (soprattutto nella legislazione penale complementare che inonda, oramai, il nostro sistema) raramente impennate intorno a figure tradizionali di reati di danno. Il ricorso sempre più frequente a forme di tutela anticipata (reati di pericolo, di sospetto, ostativi, ecc.) ha reso problematica la giustificazione di tale forma di intervento penale⁶ che, da un lato, ha messo in forte crisi la maggior parte dei principi garantistici in materia penale⁷ e, dall'altro, ha posto in risalto la necessità che la scienza penalistica «fornisca al

⁴ Si rinvia al paragrafo 2.5.1. del capitolo primo, Parte I.

⁵ Si rinvia al capitolo primo, Parte II.

⁶ Ciò era già stato lucidamente segnalato ed evidenziato da M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 2 e ss.

⁷ Si veda quello di sussidiarietà, legalità, tassatività e determinatezza della fattispecie.

legislatore adeguate indicazioni affinché non siano superati quei limiti oltre i quali il ricorso alla pena appare ingiusto ed esagerato»⁸.

Individuando nel principio di offensività il valido criterio per porre rimedio ad anticipazioni eccessive della tutela penale, si è poi appurato come, in realtà, non si è mai fatto, fino ad ora, un'adeguata applicazione del principio, a volte utilizzato come canone ermeneutico ed altre volte come criterio di ragionevolezza. Si è, in seguito, sottolineato come, il principio di proporzione potrebbe assurgere a ruolo di limite alla soglia legittima delle attività punibili, ma la cui applicazione, in tal senso, risulta ancora solo un' enunciazione di principio ed una mera prospettazione dommatica. Necessaria è stata l'analisi della forma tipica di anticipazione della tutela penale, quella che si riscontra nei reati di pericolo, al fine di prospettare, una nuova sistematica della categoria.

Dopo aver descritto la differenza tra reati di pericolo concreto, di pericolo astratto, astratto-concreto, di pericolo presunto e di pericolo diretto ed indiretto, considerando i vari profili discretivi tra gli stessi⁹, ci si è calati nel vivo della questione, per vagliare la compatibilità di tali tecniche di tipizzazione del fatto con il principio di offensività.

Si è, così, giunti alla constatazione che, poiché per una serie di ragioni politico-criminali e, per la tutela di determinati beni c.d. collettivi, diffusi e superindividuali, è necessario anticipare la tutela penale laddove un intervento tardivo comporterebbe la distruzione del bene stesso, ci si è posti in una posizione di critica soprattutto nei confronti dei reati di pericolo presunto.

Infatti, è soprattutto per quest'ultimi che si pongono profili di presunta illegittimità costituzionale in quanto essi consistono in fattispecie di reato tipizzate sul modello della mera inosservanza di autorizzazioni amministrative o superamento di determinati limiti soglia, o conati con la formula della mera disobbedienza a precetti normativi. Caratterizzati da una presunzione assoluta di pericolo che non ammette prova contraria da parte del soggetto agente –ed in ciò, risiede il *punctum dolens* della categoria- si è visto come gli stessi contrastino con il principio di offensività, operando un'anticipazione della tutela così eccessiva da far risultare come punibile il pericolo del pericolo che da una determinata condotta possa derivare pericolo per il bene giuridico. Partendo dal presupposto che non può esservi reato senza offesa ad un bene giuridico, in quanto ciò che imprime il carattere di illiceità al fatto è proprio la carica lesiva della

⁸ Cfr. M. P. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 2.

⁹ Si rinvia al capitolo secondo, Parte II.

condotta, non si è potuto che concludere che molti dei reati di pericolo presunto potrebbero essere costituzionalmente illegittimi per contrasto con il principio di offensività.

Tuttavia, non potendo propendere per un'abrogazione *tout court* di tutti i reati di pericolo presunto previsti sia nel codice che nella legislazione penale complementare, attese, varie esigenze di politica criminale di tutela di alcuni beni -che di certo non possono essere ignorate-, dovrebbe prospettarsi una nuova sistematica della categoria.

Il problema di una nuova sistematica dei reati di pericolo presunto si pone, non solo, perché molte fattispecie si pongono in netto contrasto con il principio di offensività, ma anche perché –e ciò vale soprattutto per la legislazione complementare degli ultimi decenni- il legislatore non ha fatto un corretto uso di un ulteriore principio fondamentale in materia penale: ossia quello di sussidiarietà o, se si vuole, di *extrema ratio*. Quest'ultimo esige che si faccia ricorso allo strumento penale solo quando l'unica via perseguibile per la tutela di un determinato bene giuridico sia quello della sanzione penale, e solo quando, gli altri strumenti di tutela a disposizione, civili o amministrativi, appaiono inidonei a raggiungere il medesimo risultato.

Ma sempre di più quello della sussidiarietà è un principio quasi dimenticato: e ne rappresenta una prova l'inflazione penalistica che si è avuta negli ultimi tempi che ha portato alla nascita del diritto penale simbolico che, piuttosto che preoccuparsi di rispettare i principi garantistici in materia penale, ha quale unico obiettivo quello di dare risposta alle emergenze, alle volte solo presunte.

Così, nella terza parte della presente ricerca, dopo aver indagato le ragioni che si pongono alla base dell'ipertrofia penalistica, vista come il male delle moderne legislazioni, si è cercato di spiegare come il carattere della sussidiarietà sia una "necessità" per il diritto penale¹⁰, in quanto conduce all'utilizzazione di forme di controllo diverse da quella penale, per lo più nei confronti di illeciti di lieve entità, come potrebbero essere i reati di pericolo presunto.

La depenalizzazione è stata, poi, definita un concreto e valido esercizio del principio di sussidiarietà, capace di eliminare, dal penalmente rilevante, quelle fattispecie che non contemplano l'offesa nella loro struttura, e, per le quali, l'utilizzo di

¹⁰ Si rinvia al capitolo primo, Parte III.

sanzioni amministrative appare maggiormente efficace, anche nell'ottica della realizzazione della tanto auspicata prevenzione generale positiva.

Ma per il futuro, in una prospettiva *de jure condendo*, si è auspicato l'utilizzo concreto, da parte del legislatore, del principio di sussidiarietà il quale è incaricato ad assumere il ruolo di vero e proprio metodo nella scelta tra penale ed *extrapenale*, svolgendo un compito fondamentale nel procedimento di formulazione della legge penale. Si è visto come, la giustiziabilità del principio di sussidiarietà, ossia la possibilità da parte della Corte Costituzionale di poter dichiarare costituzionalmente illegittima una fattispecie per il non utilizzo, da parte del legislatore, del criterio dell'ultima *ratio*, potrebbe rappresentare una congrua soluzione. Una possibile giustiziabilità del principio di sussidiarietà, inteso anche quale criterio di controllo della ragionevolezza strumentale della legge penale, sembrerebbe possibile introducendo un obbligo di motivazione in capo al legislatore che funga da specchio, per la Corte, attraverso il quale leggere la *ratio* dell'intervento penale, potendo meglio valutarne la coerenza, la proporzionalità e la necessità, rispetto al bene giuridico da proteggere.

Alla luce di questo percorso ed alle considerazioni a cui si è giunti, ci si avvia verso la conclusione.

3.2. L'ossimoro del penalmente “rilevante-inutile” e la necessità dell'offesa.

La proliferazione di normative a tutela di dichiarate emergenze, ha portato alla ribalta l'utilizzo in chiave simbolica dello strumento penale con il chiaro obiettivo, solo illusorio, che il diritto penale possa risolvere tutto e fronteggiare ogni tipo di bisogno o allarme sociale. Ciò ha messo in crisi l'intero impianto garantistico in materia, in quanto, si è assistito alla nascita di una miriade di fattispecie che, per tecnica e struttura, hanno reso penalmente rilevante forme di aggressioni carenti soprattutto dal punto di vista del requisito dell'offesa.

Il legislatore ha, così, dato l'avvio ad una positivizzazione incontrollata del penalmente “rilevante inutile”. Cosa intendiamo con questo ossimoro, accostando alla medesima locuzione parole che esprimono, in verità, due concetti contrari? Intendiamo che la legislazione penale, oramai ipertrofica, alluvionale, frutto di una scelta pigra e ritualistica, effettuata senza reale ponderazione di più efficaci alternative d'intervento, ridotta ad una sorta di “comodo e urgente” tappabuchi, che esonera dalla ricerca di più

sofisticati modelli di soluzione del conflitto¹¹, ha finito con il dar vita ad un diritto penale intriso di fattispecie la cui rilevanza, tuttavia, appare inficiata dal contrasto di tali norme con i principi cardine in materia penale. Una legislazione che appare inidonea a poter realmente fronteggiare i problemi cui è chiamata a risolvere e che ha finito con l'ingolfare la macchina giudiziaria ed a confondere il cittadino che non è più capace di orientarsi nel ginepraio normativo attualmente esistente.

La legislazione odierna è viziata dall'inutile: e proprio ciò causa l'ineffettività del sistema anche in sede di applicazione della norma, che oramai non è più credibile. Difatti, ciò che è utile non dovrebbe essere viziato dall'inutile: e questo insegnamento potrebbe essere modulato dal diritto privato che conosce il principio dell'*utile per inutile non vitiatur*¹², riadattato, per la materia penale, eliminando il "non" ed intendo che "*utile per inutile vitiatur est*": ciò che è utile è viziato da ciò che è **inutile**. Appare quanto mai attuale, sul punto, l'insegnamento di Beccaria, quando già anni orsono, sosteneva che «ogni legge che non sia armata o che la natura delle circostanze renda insussistente non deve promulgarsi ... così le leggi **inutili**, disprezzate dagli uomini, comunicano il loro avvilitamento alle leggi anche più salutari»¹³.

Difatti, nel caotico universo della legislazione penale, che appare sempre più marcata dal modello del "fai da te"¹⁴, si innestano, da un lato, normative degne di nota, dall'effetto positivo, perché rivelatrici di soluzioni congrue di tenuta del sistema, ma che si mischiano, con leggi che, dall'altro lato, invece, vengono emanate in modo del tutto irrazionale ed incoerente, che positivizzano condotte che, sotto la lente dell'avveduto giurista, appaiono ben lontane dal rispetto dei principi costituzionali in materia penale. Ne sono un esempio i reati di pericolo presunto in cui il legislatore eleva a penalmente rilevante condotte quasi inoffensive. Ed il rischio che si corre è che anche, seppur poche, norme di legge che si caratterizzano per fedeltà ai principi e, quindi, considerate "buone", finiscono con l'essere travolte e viziate dal "penalmente rilevante inutile", comportando una perdita di stima nei confronti dell'intero sistema stesso.

¹¹ Si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 36.

¹² Trattasi di un fondamentale principio tipico rilevante in tema di *conservazione del negozio giuridico*, in base al quale i vizi che inficiano una *clausola* di un atto non necessariamente comportano l'invalidità dell'intero negozio, quando la clausola viziata non è stata considerata fondamentale dalle parti.

¹³ Cfr. C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, nell'edizione della collana *Civiltà del diritto*, Milano, 1964., p. 65.

¹⁴ E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 62.

Ecco perché oggi si sente la necessità di razionalizzare il sistema penale, di ridurre le fattispecie penali esistenti, e, se necessario, di crearne delle nuove che risultino caratterizzate, però, «da chiarezza, determinatezza, riconoscibilità e rarità»¹⁵, e denotate di reale carica offensiva. Deve essere respinto il modello di interventi giudiziari di tipo esemplare-profetico, tendente a dare un'immagine passionale, individualistica, moralistica in ultima analisi quasi vendicativa della giustizia¹⁶, per recuperare la pacatezza, la solidità, l'affidabilità del costante temperamento delle ragioni dell'individuo e di quelle della società, attraverso l'inflessibile rispetto delle regole del gioco¹⁷. Tutte caratteristiche, quest'ultime, estranee al diritto penale simbolico. Se alla profluvie di norme penali si abbina una totalmente carente tecnica di legislazione con approssimazione, farragini, oscurità dei testi, carenza di tassatività, anticipazioni esasperate e velleitarie della tutela, non può che aversi una caduta in verticale della certezza¹⁸.

Il diritto penale simbolico, violando il principio di sussidiarietà viola, peraltro, il principio di offensività che può essere ritenuto, per così dire, il versante qualitativo del valore espresso quantitativamente dalla sussidiarietà¹⁹. Se la sussidiarietà richiede che l'intervento penale sia (in senso limitativo) residuale, l'offensività comporta che il legislatore, nella costruzione delle fattispecie penali, sia vincolato a prevedere come reato soltanto fattispecie che esprimano già in astratto un contenuto lesivo di beni giuridici²⁰.

Pertanto, solo ciò che è positivizzabile come offensivo potrà assurgere a penalmente rilevante e, dunque, essere *utile* per reprimere un fenomeno e punire determinate forme di aggressione a beni giuridici di rilievo costituzionale. L'idea della necessità dell'offesa non deve essere limitata solo al momento del caso concreto, quindi nel

¹⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, p. 125.

¹⁶ Si veda M.A. CATTANEO, *Critica della giustizia. Natura e società moderna*, Milano, 1996, p. 113.

¹⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011, p. 4.

¹⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Certeza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 365 e ss.

¹⁹ Ben emerge dalla sentenza n. 519 del 2000 della Corte Costituzionale la connessione tra principio di offensività ed il principio del ricorso alla legislazione penale come *extrema ratio*. La Corte, infatti, richiama l'art. 25 Cost., come norma di principio che impone la «necessità che alla sanzione penale si faccia ricorso solo come rimedio estremo e solo per la repressione di figure di reato che devono essere costruite in funzione offensiva di ben determinata oggettività giuridica, procedendosi con una sorta di tipizzazione delle offese».

²⁰ Cfr. C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 91.

momento applicativo del diritto, in quanto, una tale visione, sarebbe parziale perché lascerebbe fuori campo il piano più generale del momento della posizione delle norme. È in questa sede più vasta che si opera, in astratto, la valutazione dei fatti dalla quale scaturisce la decisione sulla linea divisoria tra fatti penalmente rilevanti e fatti penalmente irrilevanti. È nel vasto mondo della scienza della legislazione dove si pongono, tra i tanti i problemi della scelta tra fattispecie di lesione e di pericolo concreto e tra fattispecie di pericolo astratto, astratto-concreto e fattispecie di pericolo presunto, nonché la questione delle nuove tecniche di tutela.

Il legislatore penale, nella descrizione delle fattispecie, deve tenere conto anche del grado dell'offesa e del modo in cui essa si realizza e, a parità di importanza del bene giuridico e del grado di offesa, dovrà ritenere più gravi i fatti che da soli comportino la lesione rispetto ai fatti che solo in concomitanza di innumerevoli altri raggiungano lo stesso effetto dannoso²¹.

Quindi è in sede di formulazione della legge, quando il legislatore si trova di fronte alla scelta tra penalizzare o meno una determinata condotta, che dovrà essere riservato un ruolo importante e fondamentale al principio di sussidiarietà. E laddove il legislatore opti per la tipizzazione del fatto, dovrà necessariamente tenere in considerazione, nonché inserire nella descrizione della fattispecie, il carattere dell'offesa che è, appunto, una necessità per saggiare la credibilità della scelta dello strumento penale rispetto a quelli di altra e diversa natura.

3.3. Una sperimentazione nuova del principio di sussidiarietà.

Si lamenta il ricorso sempre più crescente alla tutela penalistica, in violazione del principio di sussidiarietà, della meritevolezza di pena e della frammentarietà della tutela penale. Un eccesso di tutela che contrasta con l'esigenza di limitare la funzione di protezione del diritto penale allo "stretto necessario" e le cui molteplici ragioni sembrano riconducibili ad un motivo di fondo: la cieca fiducia nella forza intimidatrice della pena, pericolosa bacchetta magica per ridurre ogni questione di controllo sociale a problemi di diritto penale²². Con la produzione normativa recente, il legislatore ha fatto un passo inquietante nel consolidamento del principio che fa della sanzione penale lo strumento esclusivo o privilegiato di controllo sociale, il braccio armato di una politica

²¹ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1984, p. 66.

²² Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit.

cieca che rifiuta l'analisi della realtà e rinuncia, a priori, all'uso di altri tipo di intervento per fini di controllo individuale o collettivo, che potrebbero offrire, probabilmente, una protezione non meno efficace di quella che si presume sia assicurata con la pena²³.

Il diritto penale vive un momento di superfetazione nel quale non si limita più a reagire *ex post* nei confronti di fatti lesivi delimitati, proteggendo beni concreti attraverso l'utilizzazione di criteri di pericolosità e di imputazione personale dell'illecito. Tendenze, queste, che possono leggersi attraverso la lente del diritto penale simbolico ma che, soprattutto, si pongono in evidente contrasto con il sistema costituzionale di riferimento, e con i principi, più o meno espressi, che dovrebbero caratterizzare un modello penale orientato "nel senso del costituzionalismo"²⁴.

Pertanto, occorre ridare nuovo lustro all'idea del diritto penale come *extrema ratio* in un contesto, come quello odierno, dove si avverte, ora più che mai, la "necessità della sussidiarietà". Il compito della scienza penalistica è quello di progettare nuove strategie volte, da un lato, ad aggiornare, in modo critico, la legislazione penale preesistente promuovendo spinte di depenalizzazione volte alla riduzione dell'area del penalmente rilevate, e, dall'altro, a sviluppare, per il futuro in una prospettiva *de jure condendo*, nuovi metodi di intervento che possano essere maggiormente efficaci.

Occorre ripensare, come ci insegna un autorevolissimo giurista²⁵, ad una codificazione che, «*liberatasi di tutto il ciarpame normativo, bagatellare o meno, contenga chiare forme di imputazione dei fatti, un sistema razionale ed efficiente di sanzioni, nonché un numero limitato di gravi figure di reato, riconoscibili ed accettabili dai consociati: tutto il resto dovrà sparire o essere trasformato in altre, pur sempre numericamente contenute, figure di illecito non penale*»²⁶. Solo in tal modo il sistema potrà riacquistare validità e con esso i principi essenziali dello Stato di diritto tra cui il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sul piano processuale, e quello di sussidiarietà, sul piano sostanziale.

²³ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, pp. 96 e 97.

²⁴ Cfr. E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Diritto Penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO e L. MONTANARI, Torino, 2009, p. 241.

²⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della post modernità*, cit., p. 136.

²⁶ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della post modernità*, cit.

Va operata una drastica riduzione all'essenziale del diritto penale con conseguente diminuzione dei processi. Ciò farà sì che quelli che dovranno celebrarsi saranno in grado di assicurare le due esigenze basilari del diritto penale: conseguimento di effettività e rispetto delle garanzie²⁷. Una politica criminale ispirata al principio di offensività e di sussidiarietà dovrebbe contemplare la punibilità solo quando l'agente abbia determinato un rischio effettivo per il bene giuridico e non risultino adeguati altri strumenti di tutela *extrapenali*. Solo così si scongiurerebbe che il diritto penale si trasformi in un complesso cautelare di polizia²⁸. Alla pena deve essere mantenuto il rigore di *extrema ratio* che conferisce credibilità al sistema assicurando, allo stesso tempo, la difesa ed il rispetto di libertà e personalità individuale, e contribuendo, non poco, ad alleggerire il carico di una giustizia penale oramai in pieno collasso²⁹.

3.3.1. Forme alternative di tutela per la riduzione del “penalmente rilevante inutile” ...

Ma si può davvero ancora pensare che il diritto penale sia l'unico indefettibile rimedio per far fronte ai pericoli della modernità e che ciò sia ammissibile anche quando il prezzo da pagare sia la possibilità di sanzionare penalmente delle condotte innocue? La risposta a queste domande, decisiva sia per individuare le prospettive future della legislazione in materia penale, sia per conferire una nuova sistematica alle tecniche di anticipazione della tutela, in special modo al modello del pericolo presunto, risulta oramai urgente e necessaria e va ricercata, a parere di chi scrive, nei principi fondamentali.

Soprattutto, per ovviare a gravi problemi di legittimità, di efficienza, legati all'ipertrofia penalistica in rapporto anche a forme lievi di aggressioni o per la tutela di beni di poco rilevante significatività, i sistemi di controllo di tipo amministrativo, civilistico, disciplinare, politico-sociale, possono apparire, a seconda dei casi, più adeguati di quello penale, sia sotto il profilo della sanzione che sotto il profilo della

²⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 241.

²⁸ Cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il principio di offensività*, Bologna, 2011, p. 95.

²⁹ Cfr. S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della post modernità*, cit., p. 136.

tutela³⁰. Ragioni di efficienza complessiva del controllo sociale e di ricerca di limiti all'esercizio del potere punitivo penale, che implica il rispetto della libertà individuale ed il perseguimento di finalità di prevenzione generale positiva, spingono, in definitiva, ad una profonda rimediazione sia sulla politica della depenalizzazione³¹, sia sulla scelta di tecniche alternative di tutela.

Oggi il sistema punitivo ruota su tre assi: illecito penale, illecito "punitivo" amministrativo, illecito civile, soprattutto alla luce della recente depenalizzazione operata con i D.Lgs. n. 7 e 8 del 2016³². Pertanto, il legislatore, ha a disposizione vari strumenti di controllo sociale e non deve necessariamente rifarsi esclusivamente a quello penale. A ciò si aggiunga, anche, la constatazione che l'impianto sanzionatorio *extrapenale*, a nostro parere, è più effettivo ed efficace di quello penale, in quanto è in grado di realizzare quella prevenzione generale positiva tanto auspicata, attesa la maggior celerità del processo amministrativo a cui si accompagna la certezza dell'effettività dell'applicazione della sanzione; tutte caratteristiche, queste, che attualmente mancano alla sanzione penale. Il compito della prevenzione generale positiva, infatti, non è solo propria del diritto penale, ma anche del diritto civile e del diritto amministrativo. Per quello il diritto penale è sussidiario: perché non ha legittimazione ad intervenire da solo, senza l'apporto prioritario e contestuale di tutto l'ordinamento *extrapenale* e, ancor prima, delle varie strutture sociali lavorative associative, familiari, private e pubbliche orientate alla diffusione di modelli di condotta rispettosi del limite del rischio consentito e all'educazione ai valori e alla loro implementazione³³.

Ma soprattutto per le forme di tutela anticipata, che si pongono in contrasto con il principio di offensività, come, ad esempio, i reati di pericolo presunto, si prospetta, a nostro modo di vedere le cose, l'abbandono dello strumento penale o, tutt'al più, l'utilizzazione di una tutela bifasica, come già prospettato da parte della dottrina³⁴. Per conferire al sistema penale una sicura omogeneità di base, l'alternativa sarebbe quella di

³⁰ Cfr., ancora una volta, S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della post modernità*, cit., p. 136.

³¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1998, pp. 479 e ss. La depenalizzazione è funzionale all'effettività, in quanto consente al sistema penale di essere più efficace nel momento in cui si trova a gestire meno norme.

³² Si rinvia al §1.6.3. capitolo primo, Parte III.

³³ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 95.

³⁴ Cfr. M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il principio di offensività*, Bologna, 2011, p. 93.

rinunciare radicalmente all'attivazione dello strumento penale a protezione di tipologie di beni attualmente tutelati attraverso lo schema del pericolo presunto, sottraendo le relative tecniche di incriminazione all'ambito penalistico e introducendolo esclusivamente nell'ambito amministrativo³⁵, oppure attuare una tutela su due livelli: prima amministrativa e poi penale. Quest'ultimo tipo di tutela, c.d. bifasica, appare, in via generale, più conforme al principio di offensività. La violazione pura e semplice di prescrizioni autorizzative, come accade in moltissime fattispecie di pericolo presunto di nuovo conio, dovrebbero essere solo sanzionate in via amministrativa; la sanzione penale dovrebbe intervenire solo in seconda battuta quando il soggetto non si sia attenuto alle prescrizioni formulate dall'autorità amministrativa per scongiurare, in concreto, i rischi individuati come verosimili o quando, in conseguenza di ciò, si realizza un evento lesivo.

Ma vi è chi in dottrina³⁶, tuttavia, in una prospettiva meno drastica, propone di costruire due livelli di diritto penale: quello sanzionatorio con pene detentive per il vecchio diritto penale classico e quello invece vincolato ad un diverso tipo di sanzioni, che darebbe la possibilità di rendere più flessibili le regole di imputazione e i principi di garanzia per le aree estranee al nucleo originario del diritto penale, come, ad esempio, quello economico i cui illeciti penali sono oggi sanzionati con pene privative della libertà³⁷.

Tuttavia, l'abbandono del diritto penale a favore di forme alternative di tutela, come quella amministrativa, per la tutela di determinate fattispecie di pericolo presunto attualmente poste a tutela di funzioni amministrative di vigilanza e di controllo, non solo, da un lato, ridurrebbe quello che noi abbiamo definito il "penalmente rilevante inutile", ma, dall'altro, potrebbe porre un freno alla c.d. amministrativizzazione del diritto penale, fenomeno sviluppatosi nel campo della legislazione penale complementare, che, non solo ha favorito uno sviluppo ipertrofico del diritto penale³⁸,

³⁵ Rimettendo, ad esempio, i comportamenti lesivi dell'ambiente a tutto l'attuale diritto penale dell'economia (i cui illeciti, peraltro, nelle forme più gravi sono collegati a fatti molto più dannosi per la collettività e gli individui di quanto non lo siano i classici reati contro il patrimonio, che rimarrebbero, tuttavia, nel nocciolo duro del diritto penale) al settore delle infrazioni amministrative.

³⁶ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006, p. 82

³⁷ Cfr. A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pp. 83 e ss.

³⁸ Ove accanto ai reati classici sono comparsi quelli di pericolo presunto a tutela di funzioni amministrative di vigilanza e di controllo, rispetto ai quali uno dei problemi centrali è quello di definire il concetto di offensività. Tali reati, non inquadrabili neanche nell'idea di tutela di beni giuridici, si

ma che risulta incompatibile con una vocazione restrittiva dell'intervento punitivo. Semmai la scelta di forme alternative di tutela indurrebbe al fenomeno opposto, ossia la "penalizzazione del diritto amministrativo" caratterizzato, tuttavia, dalla rapidità e dalla maggior flessibilità con cui gli strumenti amministrativi sembrano riuscire a rispondere alle emergenze sociali, reali o percepite, e che ne fanno un ottimo alleato del diritto penale dell'emergenza nella stigmatizzazione delle condotte sociali considerate devianti³⁹.

3.3.2. ... e per una rifondazione del sistema.

Necessario, dunque, è la rifondazione del sistema attraverso una cultura integrata, tramite un'interpolazione di diversi saperi, giuridico e sociale, derivanti da vari settori. L'incertezza è quando il sapere sociale abbandona quello giuridico; è allora che sorgono i problemi che si riverberano nella schizofrenia del legislatore. Per una rifondazione del sistema nel suo complesso si deve mettere in relazione il diritto sostanziale ed il diritto processuale con le scienze sociali. Occorre, perciò, preliminarmente osservare il profilo della funzione sociale nella costruzione penale degli illeciti, nel suo significato generalizzante, per poi ridimensionare tale situazione normativa a fronte dell'impatto che essa presenta sul momento individualizzante della pena⁴⁰. Il sistema del diritto penale, assiologicamente orientato ai principi della politica criminale, tende a pervenire ad una corretta costruzione normativa vicino alla realtà, caratterizzata da ordine concettuale e chiarezza. Uno stretto collegamento tra norme giuridiche e realtà sociale è, infatti, la premessa per la costruzione di un sistema che aspiri ad esprimere una logica afferrabile dai destinatari e, coerentemente, persegua prospettive di praticabilità⁴¹.

Quindi, occorre interdisciplinarietà, sfondare le porte, non pensare alle varie discipline giuridiche e sociali come chiuse in compartimenti stagni; occorre aprirsi al contraddittorio, interagire con i vari saperi e con le altre scienze non solo giuridiche, ma

porrebbero al di fuori del principio di offensività e quindi in netto contrasto non solo con le opzioni di politica criminale di fondo derivanti dalla tradizione classica, che giustifica la sanzione penale solo a fronte di comportamenti offensivi di un bene giuridico, ma anche con la Costituzione se si ritiene corretta l'opinione più accreditata secondo cui l'idea del reato debba necessariamente costituire un'offesa di beni giuridici sarebbe elevata a principio costituzionale.

³⁹ Cfr. E. STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Diritto Penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO e L. MONTANARI, Torino, 2009, p. 230.

⁴⁰ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 96.

⁴¹ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 13.

anche sociali. In fondo è proprio questo modo di ragionare che ha indotto la dottrina penalistica, nel corso del tempo, a superare la barriera listziana che vedeva il diritto penale come il limite insormontabile della politica criminale⁴². Nell'attuale scenario giuridico, invece, diritto penale (scienza giuridica) e politica criminale (definibile come una scienza che guarda la società), stanno e cadono insieme, ossia interagiscono tra loro in un'unicità sistematica, non si pongono in un rapporto antitetico⁴³. Occorre cooperazione per il perseguimento di un interesse finale e comune.

Alla luce di tali considerazioni, va ripensato lo stesso impianto del codice penale, con una rimediazione dei beni essenziali oggetto della tutela ed una riflessione più accurata sulle nuove modalità di aggressione. Contestualmente il sistema nel suo complesso va ripensato dal momento che, i continui "aggiustamenti", spesso ispirati a principi opposti a quelli che emergono dalle indicazioni costituzionali, ne hanno sfigurato il volto, facendone un mostro di inefficienza⁴⁴.

Occorre un ricorso ponderato allo strumento penale. Vanno ricercate soluzioni alternative di controllo penale ricondotto a parametri di *extrema ratio* attraverso nuovi strumenti normativi, nuove strutture pubbliche, o valorizzazione di quelle private che funzionano. Una volta sperimentate seriamente la via della sussidiarietà, la tutela penale residua di beni/interessi di notevole rilievo, deve essere realizzata con risposte sanzionatorie improntate a parametri di assoluta ragionevolezza ed orientate all'integrazione sociale del reo in modo da realizzare veramente quel diritto penale minimo, antitetico ad assetti di tutela penale ipertrofica. La realizzazione di una riforma richiede un'ampia visione complessiva ed una particolare consapevolezza delle esigenze che esprimono i principi fondamentali. Non più interventi scoordinati, casuali, ma realizzazione di un ampio consapevole disegno strategico che non conosce emergenze, ma solo fenomeni di disagio da affrontare secondo diverse prospettive tutte, però, riconducibili ai principi espressi nella legge fondamentale, ossia la Costituzione⁴⁵.

La politica criminale o penale, inoltre, non deve restare solo all'interno dell'Università, ma deve essere portata fuori altrimenti si corre il rischio di «*insterilirsi*

⁴² Cfr. F VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, 1905, p. 80.

⁴³ Cfr. C. ROXIN, *La politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Saggi di Teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2009, p. 70. Diritto penale e politica criminale non si pongono in un rapporto antitetico. Il diritto penale è piuttosto la forma nella quale obiettivi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi.

⁴⁴ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 243 e p. 244.

⁴⁵ ID., *La perenne emergenza*, cit., p. 267.

in un narcisistico solipsismo e di precipitare ancora di più in un pauroso dilettantismo (cripto)autoritario, a tutto danno della stessa democrazia»⁴⁶.

3.4. La reciproca dipendenza tra garanzia, efficienza ed effettività.

Da tutta l'indagine condotta, ci sembra che emerga con chiarezza il dato, secondo cui le garanzie in materia penale risultano imprescindibili. Seppur è vero che gli interessi e i modi di tutela sono condizionati storicamente, così come i principi ispiratori, fin quando i principi restano invariati, gli assetti e le modalità di tutela, seppur differenziati sotto il profilo della fenomenologia, devono essere coerenti con quei principi⁴⁷.

Legittimità ed effettività devono camminare di pari passo, illuminate dall'idea di sussidiarietà che, nello stato sociale di diritto, impone il ricorso al sistema penale solo come *extrema ratio* e nel rispetto di tutte le garanzie stabilite, sforzandosi di affrontare alla radice i problemi che generano disagio sociale⁴⁸,

L'ampliamento dell'area degli interessi penalmente protetti, come si è avuto negli ultimi decenni, anche se pone il problema della selezione degli interventi praticabili, non deve perdere di vista il carattere di frammentarietà e di *extrema ratio* del diritto penale. Ciò impone al legislatore un grande sforzo in tema di razionalità e coerenza con i principi fondamentali per costruire fattispecie che rispondano ad esigenze di garanzie formali e sostanziali. Si deve abbandonare l'idea del reato come rischio sociale⁴⁹, il quale non costituisce fattore di aggregazione dei consensi, né dal punto di vista dell'efficienza né da quello delle garanzie.

Contemporaneamente devono essere incentivate le spinte verso la depenalizzazione soprattutto delle ipotesi bagatellari. Seppur il risultato sarebbe, da un lato, quello di lasciare prive di tutela penale –del resto poco incisiva- certe situazioni, dall'altro, e contemporaneamente, si rafforzerebbe l'effettività di tutela delle situazioni rimaste a far parte del diritto penale, dato che le autorità preposte si troverebbero ad occuparsi di un numero di fatti criminali molto minore. Inoltre, attraverso l'arretramento del controllo penale -a favore di quello amministrativo, o civile- di certe violazioni, si ridurrebbe in

⁴⁶ S. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della post modernità*, cit., p. 136.

⁴⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 34.

⁴⁸ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 268.

⁴⁹ Di cui parla F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, pp. 47 e ss.

estensione la reazione penale comportando l'aumento d'intensità dell'effetto general-preventivo: l'efficienza della reazione penale accrescerebbe l'effetto intimidativo e aumenterebbe pure la portata morale pedagogica dell'ordinamento penale e la sua giustificazione di fronte ai consociati⁵⁰.

Di conseguenza il codice penale deve ri-assurgere il ruolo di assoluto protagonista della legislazione penale⁵¹. La sua autorità verrebbe ad aumentare mediante massiva depenalizzazione o estromissione delle fattispecie minori o anacronistiche. Le leggi speciali, invece, ridotte anch'esse di numero tramite la depenalizzazione, e ridimensione nella loro importanza sociale, divenute cioè vere leggi complementari, dovrebbero servire a regolare settori specifici della vita sociale che non riguardano direttamente l'intero corpo dei consociati⁵².

L'esigenza maggiormente sentita oggi è quella della riduzione dell'area penale, dato l'abuso e l'eccesso di tutela esistente in ogni campo. Sussidiarietà, effettività e proporzione, ma anche l'offensività, si devono dirigere verso la stessa meta: il restringimento dell'area del punibile.

Il diritto penale non deve essere chiamato alla tutela del caso limite⁵³ ed il legislatore non deve essere supino esecutore di qualunque istanza repressiva, in quanto norme inefficienti sono in contrasto con il principio di effettività.

3.5. Verso nuove tecniche di tipizzazione della fattispecie.

Dal punto di vista della tecnica legislativa, l'aspirazione è verso una tutela penale sussidiaria e frammentaria espressa attraverso norme redatte secondo criteri di chiarezza, semplicità e consapevolmente collegate in un rapporto di funzionale organicità. Deve trattarsi di fattispecie affidabili sotto il profilo delle garanzie e dell'efficienza ove risulti rilevabile, senza eccessiva difficoltà, l'offesa, sia nella forma del danno che della messa in pericolo.

Pertanto devono essere abbandonate quelle tecniche di tipizzazione della fattispecie completamente avulse dal requisito dell'offesa seppur elettivamente poste a tutela di determinati beni giuridici c.d. significativi.

⁵⁰ Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 233.

⁵¹ Cfr. C. FIORE, *Prospettive della riforma penale: il ruolo della legislazione speciale*, in *Dem. Dir.*, 1977, p. 687.

⁵² Cfr. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 243.

⁵³ ID., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 242,

La supremazia gerarchica del bene da tutelare non è sufficiente a fondare l'esistenza di obblighi impliciti di criminalizzazione atteso, che ad esempio, il diritto alla salute «*ha un peso diverso secondo che si abbia riguardo a condotte immediatamente lesive dell'incolumità individuale, o –ad esempio- agli scarichi industriali inquinanti disciplinati dalla legge merli*»⁵⁴. Ma soprattutto, più in generale, in un sistema, qual è il nostro, che è improntato ad un diritto penale della prevenzione generale e speciale, e che dunque si basa non solo sulla meritevolezza ma anche sul bisogno di pena - enunciati normativi della sussidiarietà-, non è lecito ragionare in termini di obbligatorietà della tutela penale per il solo fatto che un certo bene è, costituzionalmente parlando, di rango elevatissimo. E questo sia perché altri strumenti – di tipo giuridico e non, ma comunque meno gravosi della pena- potrebbero risultare egualmente idonei a conseguire gli scopi della prevenzione, sia perché il ricorso alla sanzione penale, quand'anche si rivelasse efficace sotto il profilo preventivo, potrebbe comunque determinare il sacrificio di beni non meno rilevanti di quello che con la stessa pena si vuole proteggere⁵⁵, se non addirittura effetti criminogeni.

Il problema si pone –come abbiamo già avuto modo di vedere- per i reati di pericolo presunto. Pertanto, indispensabile, è chiedersi se esista un punto di equilibrio fra il modello del pericolo presunto e un sistema penale che voglia continuare a improntarsi ai principi costituzionali di materialità, offensività e *extrema ratio*.

3.6. Prospettive *de jure condito* e *de jure condendo*.

In conclusione, per un riordino dell'assetto ordinamentale ispirato ai principi di sussidiarietà e di *extrema ratio*, nonché di offensività e di proporzione, in vista della riduzione dell'area del penalmente rilevante “inutile”, *de jure condito* (quindi per le fattispecie esistenti) si propone un superamento della categoria dei reati di pericolo presunto. *De jure condendo* (quindi per il futuro), si prospetta, invece, una nuova configurazione autonomia del principio di sussidiarietà, una sua concreta ri-messa in gioco, prevedendo, in un'apposita norma, perché no, anche costituzionale, sia la codificazione del principio che dell'obbligo di motivazione per il legislatore in modo

⁵⁴ Così D. PULITANÒ, *Obblighi Costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 528.

⁵⁵ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 512 e 513. Della stessa opinione cfr. L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 643 e M.P. GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 466.

tale da rendere concretamente giustiziabile il principio di sussidiarietà e disincentivare, così, il legislatore dal legiferare, in materia penale, spinto da impulsi nevrotici e schizofrenici.

Si deve ripartire dai principi classici che non devono né subire limitazioni né essere adattati ma semplicemente applicati; si deve dare organicità al sistema eliminando l'inutile non offensivo e intervenendo, alla luce del contesto sociale, sui reati di pericolo presunto. Il che non significa abbandonare completamente il diritto penale per la tutela di beni collettivi o superindividuali, ma fare una differenziazione, attuare una nuova sistemica.

Le fattispecie delittuose, redatte con una terminologia tale da consentire a tutti i destinatari⁵⁶ – e non solo al “tecnico” del diritto – di far propria la norma e quindi di adeguare ad essa il proprio comportamento⁵⁷, andrebbero strutturate in linea con i postulati di derivazione costituzionale che delineano, come si accennava, un diritto penale del fatto. In particolare si tratterebbe di emanare delle fattispecie incriminatrici caratterizzate da un danno o, almeno da un pericolo concreto o astratto in ossequio al principio di offensività, redatte attraverso norme chiare e comprensibili, come prescritto dal principio di tassatività/determinatezza dell'illecito penale, e supportate da un regime sanzionatorio proporzionato.

Una tale impostazione eviterebbe il ricorso a fattispecie aventi ad oggetto entità che presentano lati di estrema genericità, e consentirebbe di focalizzare l'attenzione su più o meno estesi frammenti di condotta⁵⁸. Fattispecie onnicomprensive, estranee alla nostra tradizione⁵⁹, portano, in fin dei conti, alla creazione di sottosistemi normativi. Com'è stato efficacemente sostenuto, la costruzione di sottosistemi penali per i quali non valgono, o valgono parzialmente, i principi costituzionali, è inaccettabile a prescindere da quale sia il settore interessato⁶⁰.

⁵⁶ Conservano intatta la loro attualità le lucide considerazioni di C. BECCARIA, *De' delitti e delle pene*, cit., p. 128, espresse nel capitolo XLI “Come si prevengono i delitti”: “Volete prevenire i delitti? fate che le leggi siano chiare, semplici”.

⁵⁷ In tal senso F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 415.

⁵⁸ Cfr. S. MOCCIA, *Prospettive non “emergenziali” di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1999, p. 757.

⁵⁹ Così, seppur con riferimento a settori diversi, P. PISA, *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 18.

⁶⁰ Cfr. le osservazioni svolte sul punto da A. CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi*

Ulteriori positive ricadute si avrebbero sul piano processuale; il legislatore, cioè, dovrebbe far propria la regola secondo cui i fatti da dimostrare nel processo, non possono essere assunti ad oggetto di presunte fattispecie di reato⁶¹, lasciandosi guidare dalla lezione feuerbachiana secondo cui non può sottoporsi a pena ciò che in concreto non può essere completamente provato⁶².

Assodato che le garanzie sono imprescindibili, occorre un equilibrio soprattutto tra *efficienza ed effettività* in vista della creazione di un sistema credibile. Solo questa sembra la strada da percorrere in vista della realizzazione della tanto auspicata integrazione sociale che consiste nell'aggregazione dei consensi intorno alle norme dell'ordinamento e nella non-desocializzazione del soggetto condannato.

costituzionali, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI-R. ORLANDI, Bologna, 2007, 287.

⁶¹ Così G. FIANDACA, *Diritto penale*, in G. FIANDACA-G. DE CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 76.

⁶² Cfr. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts*, I Teil, Erfurt 1799, p. 12 ss.

Bibliografia

- AA.VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, Tübingen, 1971.
- *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, (a cura di) M. DONINI, Padova, 2000.
 - *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo- continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. FIANDACA e G. FRANCOLINI, Torino, 2008.
 - *Laicità, valori e diritto penale. Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. CADOPPI, Milano, 2010.
- AGUADO CORREA T., *El principio de proporcionalidad en materia penal*, Madrid, 1999.
- AINIS, *L'eclissi della legge*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005.
- ALESSANDRI A., *Parte generale* in C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003.
- AMBROSETTI E., *Abolition criminis e modifica della fattispecie*, Padova, 2004.
- AMBROSETTI E.-MEZZETTI E.-RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016.
- AMELUNG K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, 1972.
- AMELUNG K., *Recensione a Marx, Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, in ZStW, 1972.
- AMENDOLA G., *Le nuove disposizioni contro l'inquinamento idrico*, Milano, 2001.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985.
 - *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994.
 - *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.
- ANTOLISEI F., *Sul concetto del pericolo*, in *Scuola positiva*, Milano, 1914.
- *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.
 - *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940.
 - *Il Problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940.
 - *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, in *Riv. it.*, 1953.
 - *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.
 - *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, 1969.
 - *L'Azione e l'evento nel reato*, Milano, 1982.
- APPEL I., *Verfassung und Strafe*, Berlin, 1998.
- ATTILI V., *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006.
- AZZALI G., *Offesa e profitto nella teoria del reato. Prospettive di parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.

- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985.
- *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, Vol. II, Saggi teorico-giuridici, Milano, 1990.
- BARTOLE S., *Introduzione allo studio della tecnica di redazione di testi legislativi*, in S. BARTOLE, *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988.
- BARTOLI R., *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di DE FRANCESCO, Venafro, Torino, 2002.
- *Il principio di offensività in concreto alla luce di alcuni casi giurisprudenziali*, *Stud. iur.*, 2007.
 - *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.
- BATTAGLINI M.-BRUNO B., *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1968.
- BAUMANN J.– WEBER U., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 9. Aufl. Bielefeld, 1985.
- BECCARIA C., *Dei Delitti e delle pene*, nell'edizione della collana *Civiltà del diritto*, Milano, 1964.
- *Dei delitti e delle pene*, ristampa Bologna, 1999.
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007.
- *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, 2008.
- BENIGNI A., *Ribadito dalla Corte Costituzionale il principio di necessaria offensività del reato*, in *Cass. pen.* 2001, n. 993.
- BERNARDI A., *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001.
- BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte Costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in G. FORTI – M. BERTOLINO – L. EUSEBI (a cura di) *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.
- BETTIOL G., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it.*, 1959.
- *Bene giuridico e reato*, 1938, ora in *Scritti giuridici*, 1966.
 - *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971.
- BIAMONTI L., *Giudizio di probabilità e dottrine giuridiche*, in *Riv. it. Sociologia*, 1912
- BIN R., *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Erster Band, 3, Aufl., Leipzig, 1916, p. 339.
- BIRNBAUM M.F., *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834.
- BLOCH M., *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, 1949, trad. it. C. PISCHEDDA, ed. 1969.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti* Torino, 1990.
- BOCCALATTE S., *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008.
- BONDI A., *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Aras Edizioni, 2012.
- BONDI A., *Diritto penale e sicurezza sul lavoro, persone ed enti*, in *"I Working Papers di Olympus"*, n. 44 del 2015.

- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
- BONOMI A., *La discrezionalità assoluta del legislatore nel prescegliere l' "oggetto" di tutela penale: un teorema da rivedere nel suo "impianto concettuale" e nei suoi "risvolti processuali"*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO E L. MONTANARI, Torino, 2009.
- BREHM W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973.
- BRICOLA F., voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIX, 1973.
 - *Tecniche di tutela e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di DE ACUTIS E PALOMBARINI (Atti del Convegno, Albano Terme, 10-12-dicembre, 1982), Padova, 1982.
 - *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n.689: una svolta «reale» nella politica criminale (1982)*, in *Pol. del dir.*, 1982.
 - *Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, 1984.
 - *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Il Foro Italiano*, 1985.
 - *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.
 - *Legalità e crisi. L'art. 25, secondo e terzo comma, Cost.. revisionato alla fine degli anni '70*, in ID., *Scritti di diritto penale* (a cura di S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA), Vol. I, Tomo II, Milano, 1997.
 - *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, in *Scritti di diritto penale*, Vol. II, Tomo I, Milano, 1997.
 - *Scritti di diritto penale* (a cura di S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA), Vol. I, Tomo II, Milano, 1997.
- BURI M. VON, *Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890*, in *GS*, 1891.
- CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.
- CALAMANTI A., *Tutela penale anticipata e sacrificio di libertà: la legittimazione dei reati di pericolo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1985.
- CALONGHI F., *Dizionario della lingua latina, vol. I*, Torino, 1951.
- CALVI A., *Introduzione a: Franz von Liszt, La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.
- CAMERLENGO V.Q., *Art. 118*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.
- CANESTRARI S., *Reati di pericolo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991.
- CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2017.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012.
- CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930.
- CARPZOV B., *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* del 1635.
- CARRARA F., *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1889.
- *Prefazione*, in *Programma del Corso di diritto criminale. Del delitto e della pena* (1859), V ed., Bologna, 1993.
- CARRASQUILLA J. F., *Derecho penal, parte gen. Principios y categorías dogmáticas*, Ibañez, Bogotá, 2011.
- CASTALDO A., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.

- *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, in *Fest. Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001.
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012.
- *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, Milano, 2011.
- CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, v. II, Milano, 2006.
- *Brevi osservazioni in merito al principio di offensività nello schema di legge delega per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale predisposto dalla Commissione Pisapia*, Siracusa, 2007.
- CATERINI M., *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.
- *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AA.VV. *Persona, pena e processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di M. AMISANO e M. CATERINI, Napoli, 2012.
- CATTANEO M.A., *Critica della giustizia. Natura e società moderna*, Milano, 1996.
- CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, Diritto e Processo penale*, a cura di G. GIOSTRA-G. INSOLERA, (Atti del Convegno, Macerata 28-29 gennaio 1997), 1998.
- *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI-R. ORLANDI, Bologna, 2007.
- CECCHINI N., *Attribuzione causale ed imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012.
- CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.
- CERRI A., *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971.
- COCCO G., *Il fatto tipico*, in *Il reato*, a cura di G. COCCO, Padova, 2012.
- COFFEE J.C., *Paradigms Lost: e Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992.
- CONSORTE F., *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dif. pen.*, XXI sec., 2007.
- Principio di precauzione e tutela penale. Un connubio problematico*, Bologna, 2012
- CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Bari, 1989.
- CORBETTA S., *Delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova, 2003.
- *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.
- CORN E., *Principio di precauzione e diritto penale? Il principio di precauzione nella disciplina giuridica dell'agricoltura biotecnologica*, Torino, 2013.
- *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013.
- CRESPI A., *Mauvaies pensées ed autres sulle disposizioni penali del progetto per la riforma delle società*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1996.
- D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute dal diritto penale*, Milano, 2012.

- DAHM G., *Verrat und Verbrechen*, in *ZStaatsW*, 1935.
- *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938.
- DELITALA G., *Les délits de mise en danger*, in *Studi in onore di Petrocelli*, Milano, 1972.
- DE FRANCESCO G.A., *Commento all'art. 34 decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*, in *Leg. pen.*, 2001.
- *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004.
- DE LA MATA BARRANCO N.J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, 2010.
- DE MAURO T., *Dizionario avanzato dell'italiano corrente*, Torino, 1997.
- DE VERO G., *Introduzione al Diritto Penale*, Torino, 2002.
- *Corso di diritto penale*, Torino, 2012.
- DI NINO T., *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000.
- DICKMAN R., *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. Parl.*, 1, 2000.
- DIOTALLEVI G., *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Cass. pen.*, 1998.
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984.
- DOLCINI E.-MARINUCCI G., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.
- DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
 - voce *Teoria del Reato*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.
 - *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1998.
 - *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, a cura di M. DONINI, Padova, 2000.
 - *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, Firenze, 2001.
 - *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA.VV., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2002.
 - *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà* (già in *Crit. dir.*, 1998, 95 ss.) in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003.
 - *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.
 - *Metodo democratico e metodo nel rapporto tra diritto penale e politica*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003.
 - *La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore 'costituente' per la riforma del codice*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003.

- *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
 - *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Questione giust.*, 2004
 - *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, a cura di G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI, Torino, 2006.
 - *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008.
 - *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
 - *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *ius17@unibo.it*, 2, 2009.
 - *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen cont.*, 21 giugno 2012.
 - *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Riv. trim.*, n. 4/2013.
 - *Reati di pericolo e salute pubblica, Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013.
- FALCINELLI D., *L'attualità dell'offesa, Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, in *Itinerari di Diritto Penale*, Milano, 2012.
- FERNÁNDEZ G. D., *Bien jurídico y sistema del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2004.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1998.
- *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 4, 2006.
- FERRI E., *Sociologia criminale*, Torino, 1900.
- FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 5^a ed., Giessen, 1812.
- *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts*, I Teil, Erfurt 1799.
 - *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts*, I Teil, Erfurt 1799.
 - *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972.
- FIANDACA G., *Note sui reati di pericolo*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista*, vol. I, in *Il Tommaso Natale*, 1977.
- *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985.
 - *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche di tutela penale*, Milano, 1987.
 - *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991.
 - *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazioni dottrinarie e prassi giurisprudenziale*, in AA. VV., a cura di A. STILE, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991.
 - *La nuova legge anti- droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991.
 - *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993.

- *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997.
 - *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001.
 - *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
 - *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.
 - *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002
 - *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIANDACA G., FIANDACA G.- TESSITORE G., *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano, 1984.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna 2014.
- *Perdita di legittimazione del Diritto penale?*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1994.
- FIANDACA G.-DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIGLIANO C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963.
 - *Prospettive della riforma penale: il ruolo della legislazione speciale*, in *Dem. Dir.*, 1977.
 - *Azione finalistica*, in *Enc. Giur.*, 1988.
 - *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994.
 - *Il principio di offensività nel diritto penale*, Milano, 1994.
 - *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma al codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.
 - *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.*, 1998.
 - *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006.
- FIGLIANO C. – FIGLIANO S., *Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2013.
- FIGLIANO S., *Verso una "degiurisdizionalizzazione" del sistema penale*, in AA.VV., *La giustizia contratta. Dalla bottega al mercato globale*, *Quaderni di Critica del diritto*, Napoli, 1998.
- FIGLIANO A., voce *Reato in generale (dir. pen.)*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987.
- FIGLIANO G., *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*, Padova, 1998.
- FIGLIANO E., *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*, in *Enciclopedia del diritto penale diretta da Pessina*, vol. VII, Milano, 1909.
- FIGLIANO G., *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro it.*, 1984.
- FIGLIANO G., "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006.
- *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007.
- FIGLIANO W., *Die Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Gleispach-Festchr*, 1936.

- *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit – Gedanken zur Begriff des Verbrechens*, in *Heidelberger Jahrbücher*, Vol. IX, 1965.
 - *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, in *Festschrift für E. Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1972.
- GALLO M., *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964.
- *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969.
 - *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1999.
 - *Appunti di diritto penale*, vol. II, Torino, 2013.
- GAMBERINI A.–G. INSOLERA, *Conflitto sociale, nuovo codice penale e processo di valorizzazione*, in *Quest. Crim.*, 1981.
- GARGANI A., *Reati contro la pubblica incolumità. Reati di comune pericolo mediante violenza* tomo I, Milano, 2008.
- GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2007.
- GIUNTA F., *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Stud. iur.*, 2001.
- *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006.
- GIUSINO M.P., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.
- *La condotta nei reati a tutela anticipata*, in *L'indice penale*, n. 2, 1999.
 - *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Ind. Pen.*, 2002.
- GÖSSEL K.H., *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeits einschränkendes Tatbestand und Norm*, in *Festschrift für Dietrich Oehler*, hsg. VON R. D. HERZBERG, Köln–Berlin–Bonn–München, 1985.
- GRAGNANI A., *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003.
- GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986.
- GROSSO G.F., voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991
- GROSSO C.F., F. PALAZZO, D. SICILIANO, *Offensività e irrilevanza del fatto*, in *Per un nuovo codice penale, Relazione della Commissione Grosso (1999)*, a cura di GROSSO, Padova, 2000.
- GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2013.
- GROZIO U., *De Jure belli ac pacis libri tres*, (1625), Lausanne 1751/1752.
- GRÜNHUT M., *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Festgabe für R. Frank*, 1, 1939.
- GÜNTHER H.L., *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, in *JuS*, 1978.
- HÄLSCHNER H., *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Abtheilung, Bonn, 1884.
- HARTMANN R., *Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen*, 1961.
- HASSEMER W., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxis orientierten Rechtsgutslehre*, 1973.
- *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981.
 - *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale – Aspetti giuridici*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984.
 - *Spunti per una discussione sul tema “Bene giuridico e riforma della parte speciale”*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985.
 - *Kennzeichen und Krisen des Modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992.

- HEFENDEHL R., HIRSCH A. VON, WOHLERS W. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- HEGLER A., *Die Merkmale des Verbrechen*, in *ZStW*, 1915.
- HERZOG F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge, Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes, in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991.
- HILGENDORF E., *Produktenhaftung in der Risikogesellschaft*, Berlin, 1993.
- HIPPEL VON R., *Deutsches Strafrecht, Zweiter Band: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, Berlino, 1930.
- HONIG R., *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungproblems und die Methodenfrage*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919.
- HORN E., *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Colonia, 1973.
- HUSAK D., *Overcriminalization. e Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008.
- IASEVOLI C., *Fattispecie di sospetto, processo di prevenzione e controllo sulla motivazione*, in *Crit. dir.*, 2013.
- INSOLERA G., *Riflessioni sulla natura soggettiva della preterintenzione*, in *Ind. pen.*, 1981.
- *Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. 1, VI comma, l. n. 516 del 1982*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
 - *Il diritto penale complementare*, in *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.
- JÄGER H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, 1957.
- JACOBS G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II ed., Berlin-New York, 1991.
 - *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin, 1999, trad. spagnola *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.
 - *¿Qué protege el derecho penal? Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in *El Funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Professor G. Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
 - *Sobre la normativización de la dogmática jurídica penal*, Madrid, 2003.
 - *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in *Derecho penal del enemigo*, a cura di G. JACOBS-M. CANCIO MELIA, Cuadernos Civitas, Madrid 2003.
 - *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*, in *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, a cura di A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT, Valencia, 2004.
 - *Feindstrafrecht? Eine unter suchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit in Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI, Milano, 2007.
 - *En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo*, in *Terrorismo y Estado de derecho*, a cura di JACOBS-POLAINO ORTS, Bogotá 2009.
- JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990.
- KAUFMANN A., *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des strafrechts*, 1939.
- *Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie*, in *Gesellschaft und Unsicherheit*, Struttgart, 1987.

- KRIES J. VON, *Ueber den Begriff der obiectiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben*, in *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 1888.
- KRÜMPPELMANN J., *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966.
- LAGODNY O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, 1996.
- LAKNER K., *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin, 1967.
- LATTANZI G., *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modalità di una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985.
- LATTANZI G.-LUPO E., *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001.
- LESCH H., *La función de la pena*, Madrid, 1999.
- LICCI G., *Reato putativo e reato impossibile*, in *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, a cura di M. RONCO, Bologna, 2011.
- LISZT F. VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21/22., Aufl, 1903.
- *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, 1905.
 - *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962.
 - *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *ZStW*, 1883.
- LONGOBARDO C., *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011.
- LO MONTE E., *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004.
- *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino 2013.
- MAGRO M.B., *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *Archivio penale*, n. 3 del 2015.
- MAJER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903 (Neudruck, 1965).
- MANDUCCHI C., *Il ruolo delle soglie di punibilità nella struttura dell'illecito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003.
- MANES V., *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW*, 114, 2002.
- *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
 - *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 1, 2011.
 - *Attualità e prospettive del controllo di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007.
- MANNA A., *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997.
- *Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 1998.
 - *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI – G. PALOMBARI, Roma, 2002.
 - *Corso di diritto penale*, II, Padova, 2009.
- MANNINO A., *Diritto parlamentare*, Milano, 2010.
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1947.
- *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977.
 - *Diritto penale*, Padova, 1992.

- *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.
 - *Principi di diritto penale*, Padova, 2007.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981.
- MARINI G., *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e attività bancaria*, a cura di G. MARINI, Padova, 1994.
- MARINI L., *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2004.
- MARINUCCI G., *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, 1971.
- *Reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1972.
 - *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974.
 - *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 1985.
 - *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico criminali*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
 - *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991.
 - *Soggettivismo ed oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
- *Offensività e ragionevolezza del controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.
 - *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
 - *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.
- MARINUCCI G.-ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971.
- MARTINI R., *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010.
- MARX M., *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 1972.
- MASULLO M. N., *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005.
- MAURACH R.-ZIPF H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 7, Auflage, 1988.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Bologna, 1983.
- *Diritto penale e Costituzione*, in AA.V.V., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Torino, 1997.
 - *Intervento al dibattito su "Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"*, in *Critica del dir.*, 1998.
 - *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, *Ind. pen.*, 1998.
- MELICA L., *Sussidiarietà*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006.
- MENDOZA B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.
- MERENDA I., *Offensività e determinatezza nella definizione delle soglie di punibilità. Le soglie di punibilità nelle false comunicazioni sociali*, Roma, 2007.

- MERLI A., *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela*, Napoli, 2006.
- MEZGER E., *Die Straftat als Ganzes*, in *ZStW*, 1937.
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 14, Aufl, 1970.
- MEZZETTI E., *L'internazionalizzazione della legge penale*, in AA.VV., *La legge penale*, opera diretta da M. RONCO, Bologna, 2006.
- MILITELLO F., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001.
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.
- MITTASCH H., *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.
- MOLARI A., *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960.
- MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979.
- *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
 - *Aspetti involutivi del sistema penale*, in S. CANESTRATI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998.
 - *Prospettive non "emergenziali" di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1999.
 - *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002.
 - *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006.
 - *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2011.
- MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE-E. CHIELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- MOLINAROLLI A., *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, n. 2 del 2016.
- MONGILLO V., *Il principio di offensività tra costituzionalizzazione e ricodificazione*, in *Giur. mer.*, 2002.
- MÜNZBERG W., *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966.
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.
- *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.
 - *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- NAPPI A., in F. BRICOLA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale, parte speciale*, vol. IV, Padova, 1996.
- NAUCKE W., *Prevenzione generale e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. ROMANO-F. STELLA, Bologna, 1980
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1966.
- *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004.
- NUVOLONE P., *Recensione a Neppi Modona, il reato impossibile*, in *Ind. pen.*, 1967
- *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.

- OLIVARES G.Q., *I reati di pericolo nella politica criminale del nostro tempo*, in L. STORTONI E L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, 2004.
- PADOVANI T., *Un percorso penalistico*, in AA.VV., *Le ragioni del garantismo*, a cura di L. GIANFORMAGGIO, Torino, 1993.
- *Diritto penale*, Milano, 2004.
- PADOVANI T. – STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006.
- PAGLIARO A., *Bene giuridico ed interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, vol. II, 1965.
- *Reati dolosi di pericolo e reati colposi di danno*, in *Atti del X Congresso internazionale di diritto penale*, Roma, 1974.
 - *Principi di diritto penale*, Milano, 2003.
- PALAZZI F., *Novissimo dizionario della lingua italiana*, Milano, 1973.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986.
 - *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass.pen.*, 1987.
 - *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.
 - *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992.
 - *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993.
 - *Certezza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. dir.*, 1993.
 - *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione Bicamerale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998.
 - *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione, Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996.
 - *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.
 - *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.
 - *Corso di Diritto penale, parte generale*, Torino, 2016.
- PALIERO C.E., «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- *La legge n. 689 del 1981: prima «codificazione» del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1984.
 - voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989.
 - *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.
 - *L'autunno del patriarca. Rinnovamento e trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.
 - *L'Agorà ed il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012.
- PATALANO V., *Significati e limiti nella dottrina dei reati di pericolo*, Napoli, 1979.
- PATRONO P., *Diritto penale dell'impresa e interessi umani e fondamentali*, Padova, 1993.
- *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996.
- PAVARINI M., *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. Pen.*, 2009.
- PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962.
- *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e*

- legislazione penale*, Milano, 1979.
- PENSO G., *Il pericolo nella teoria generale del reato*, Milano, 1976.
- PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.
- PETRINI D., *Reato putativo*, in *Dig. Disc. pen.*, XI, Torino, 1996.
- PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940
- *Il delitto tentato*, Padova, 1966.
 - *Principi di diritto penale*, Padova, 1943.
- PIACENZA S., *Reato putativo*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967.
- PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005.
- PISA P., *Giustizia (delitti contro l'amministrazione della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992.
- PONGILUPPI C., *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto "a distanza" tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010.
- PULITANÒ D., *La teoria del bene giuridico fra codice e costituzione*, in *La questione criminale*, 1981.
- *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983.
 - *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985.
 - *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
 - *La formulazione della fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano, 1987.
 - *Laicità e Diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
 - *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006.
 - *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.
 - *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010.
 - *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011.
- RABL B., *Der Gefährdungvorsatz*, Breslau-Neukirch, 1933.
- REGINA A., *L'omicidio preterintenzionale (Una rilettura dell'art. 584 c.p.)*, in *Ind. pen.*, 1991.
- RICCARDI F., *I confini mobili del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999.
- RICCARDI G., *Le anticipazioni di tutela: aspetti regressivi del sistema penale e prospettive de jure condendo*, in *Ind. Pen.*, 2001.
- RIONDATO S., *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2005.
- *Nota introduttiva agli artt.422-452*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2003.
 - *sub art 430*, in CRESPI-FORTI-ZUCALÀ (A CURA DI), *Commentario breve al codice penale*, IV ed., Padova, 2008.
- RIONDATO S., RIZ R., *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*, in *Studi in memoria di Delitala*, Milano, 1984.
- ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011.
- ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.
- *Norme incriminatrici arbitrariamente discriminatorie «in se stesse ragionevoli» e costituzionalmente legittime?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986.

- *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di C. E. PALIERO – E. DOLCINI, Milano, 2006.
 - *Commentario sistematico al Codice penale*, Vol. I, III ed., Milano 2014.
- ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.
- RONCO M., *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il principio di offensività*, Bologna, 2011.
- *Commentario sistematico al Codice penale*, Vol. I, III ed., Milano 2014.
- ROXIN C., *Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfes*, in *ZStW*, 1969.
- *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973.
 - *Strafrechtliche Grundlagenproblem*, Berlin, 1973.
 - *La politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Saggi di Teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1986.
 - *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, 3 Aufl, München, 1998.
 - *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, trad. spagnola della 2ª edizione tedesca, 2003.
- RUDOLPHI H. J., *Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *FS-Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970.
- RUDOLPHI H. J.- HORN E. – SAMSON, *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, Bd. 1 AT Frankfurt/M, 1995.
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006.
- SAMMARCO G., *Incolunità pubblica (reati contro la)*, in *Enc. dir.*, vol XXI, Milano, 1971.
- SANCHEZ SILVA J. M., *L'espansione del diritto penale, Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1999, trad. it., Milano, 2004.
- SAX W., *Drundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grunrechte*, Bd. III/2, 1959.
- *«Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung. Überlegungen zur Neubestimmung von Gehalt und Funktion des «gesetzlichen Tatbestandes» und des «Unrechtstatbestandes»*, in *JZ*, 1976.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCAPIN S., *La nuova depenalizzazione. Commento organico ai nuovi D.lgs. nn. 7 e 8 del 2016*, Vicalvi, 2016.
- SCARANO L., *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. It.*, 1952.
- *Il tentativo*, Milano, 1952.
- SCEVI P., *Principio di precauzione e imputazione colposa*, in *Riv. pen.*, 2011.
- SCHAFFSTEIN F., *Das Verbrechen als Plifchverletzung*, in *Grunfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1936.
- *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *DStR*, 1937.
- SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Auf.*, Tübingen, 1984.

- SCHNAPP E., *Die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs*, in *Jus*, 1983.
- SCHROEDER F. CH., *Die Gefährdungsdelikte*, in *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum XI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Caracas, 1982.
- SCHRÖDER H., *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1969.
- SCHÜNEMANN B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1975.
- SCHWINGE E., *Teologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, 1930.
- *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930.
- SCHWINGE E.-ZIMMERL L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937.
- SGUBBI F., *La responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.
- SEELMANN K., *Risikostrafrecht. Die risikogesellschaft und ihre symbolische Gesetzgebung im Umwelt und Betäubungsmittelstrafrecht*, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1992.
- SERENI A., *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008.
- SERIANNI V., *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991.
- SIMESTER A. P., ANDREAS V. HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On Principles of Criminalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010.
- SINA P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962.
- SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959.
- voce *Tentativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993.
- STÄCHELIN G., *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin, 1998.
- STEA G., *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. Pen.*, n. 3 del 2013.
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973.
- STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Diritto Penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO e L. MONTANARI, Torino, 2009.
- SUNSTEIN R., *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010.
- TAGLIARINI F., *Osservazioni in tema di condotta tipica nei cosiddetti reati di sospetto*, in *Arch. Pen.*, 1969.
- THOMSEN A., *Das Deutsche Strafrecht. Besonderer Teil*, Berlin, 1907.
- TIEDEMANN K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969.
- *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I, Allgemeiner Teil*, Reinbeck, 1976.
- TREVERS T., *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. giur. amb.*, 1993.
- UCCI S., *La riscrittura del reato di danneggiamento alla luce del D.Lgs. n. 7 del 2016: prime applicazioni e profili di diritto intertemporale*, in *Nel Diritto*, n.7/2016.
- *Le Sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i*

- Decreti legislativi n. 7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?*, in *Diritto pen. cont.*, febbraio, 2017.
- VALENTI A., *Valori costituzionali e politiche penali*, Bologna, 2004.
- *Principi di materialità e offensività*, in AA.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Torino, 2012.
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.
- VANNINI O., *Reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto (a proposito del reato di incendio)*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1918.
- *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1950.
- VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960.
- *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982.
 - *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.
- VINCIGUERRA S., *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in AA.VV. *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di C. E. PALIERO – E. DOLCINI Milano, 2006.
- VOLK K., *La delimitazione tra agire ed omettere. Aspetti dommatici e problemi di politica criminale e processo*, trad. it. a cura di A. CAVALIERE, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998.
- *Diritto penale ed economia*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. CANESTRARI, Torino, 1998.
- WEBER U., *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte*, in *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, Beiheft zur ZStW*, Berlin – New York, 1987.
- WELZEL H., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935.
- *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1940.
- WÜRTEMBERGER T., *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, 1933 (Neudruck 1973)*.
- *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2, Aufl., 1959 (trad. it. M. LOSANO e F. GIUFFRIDA, Repaci, 1956).
- YOUNG J., *La sociedad "excluyente". Exclusion social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid, 2003.
- ZAFFARONI E.R., *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it., Napoli, 1994.
- *Buscando al nemico: de Satàn al derecho penal cool*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006.
- ZAGREBELSKY V., *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in Vassalli, a cura di, *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982.
- ZIMMERL L., *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.
- ZINCANI M., *Reati di pericolo*, in *Diritto penale*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2008.
- ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano, 1984.
- ZUDDAS P., *Amministrazioni parlamentari e procedimento legislativo*, Milano, 2004.