

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ. DALLA PENALISTICA ITALIANA AI PROGRAMMI EUROPEI*

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Principio di offensività e idea del bene giuridico. Differenze. – 2. Ancora su tutela di beni *vs.* tutela di regole. Il contenuto essenziale, minimo, del principio di offensività e le sue fonti normative. – 3. (Segue). Tecniche di tutela penale e parametri oggettivi che identificano l'offesa. – 4. La parte oggi dimostrativa del principio riguardante le sue premesse quale espressione del diritto penale del fatto e il suo nucleo più specifico. – 5. Offensività e proporzione. Natura giuspositivistica dell'offensività a base costituzionale ed esportabilità del modello. – 6. Dalla Germania all'Italia, dalle categorie ai principi. Caratteristiche dell'approccio costituzionalistico italiano all'offensività. – 7. Esperienze (più o meno) recenti. Bicamerale (1997), Progetti di riforma del codice penale (Pagliaro, Grosso, Nordio, Pisapia), codice penale spagnolo (1995), attuazione (con d. l.gs. n. 121/2011) della direttiva europea sui reati ambientali, legge-quadro 24 dicembre 2012, n. 234. – 8. Concretizzazioni post-costituzionali sul nesso illecito/sanzione. Pene (sostanzialmente) non criminali, e sanzioni (solo) sostanzialmente criminali. – 9. Un contributo dall'Europa all'offensività: a) onere di motivazione su proporzione e sussidiarietà; b) catalogo dei reati dell'art. 83 TFUE. Il carattere nazionale, più che europeo, dei modelli d'illecito penale minore. – 10. Dalle contravvenzioni ai modelli "sostanziali" d'illecito penale minore nella legislazione penale complementare. Il ruolo della responsabilità degli enti. – 11. La scarsità delle pronunce "di accoglimento" della Corte costituzionale, e l'uso del bene giuridico in chiave "estensiva", non sono un argomento contro l'offensività. – 12. Riserva di legge, potenzialità ermeneutiche e limiti all'interpretazione conforme (all'offensività). – 13. Il paradigma epistemologico-causale dell'offensività, tra democrazia e scienza penale. – 14. Conclusione.

1. Principio di offensività e idea del bene giuridico. Differenze

1.1. Il principio di offensività è l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale¹.

* Il presente lavoro rielabora la relazione svolta al Convegno organizzato dall'Ass. Silvia Sandano, svoltosi a Roma il 25 maggio 2012, in onore di Mireille Delmas-Marty, sul tema: "I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali".

¹ Per tappe successive (omettendo ora, per lo più, trattati e manuali, talvolta di grande rilievo, così come le innumerevoli note a sentenza in materia), tra parte speciale e generale (reato impossibile), in tema d'idoneità lesiva dell'azione, sino alla costruzione della lesività/offesa/offensività come categoria o principio generale dell'ordinamento prima a livello di legge ordinaria: C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggrottaggio*, Giuffrè, Milano, 1958, 40-49; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, 41 ss.; M. GALLO, voce *Dolo* (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, XIII, 1964, spec. 787 ss.; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè, Milano, 1966, 147 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1966, 106 ss., spec. 199 ss.; ID., voce *Reato impossibile*, in *NN.D.I.*, XIV, Torino, 1967, 974 ss.; M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, 138 ss.; F. BRICOLA, voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 47 ss., 74 ss.; E. GALLO, *Il falso processuale*, Padova, 1973, 26 ss., 30 ss., 49 ss., 57 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss., sino alla "costituzionalizzazione" del principio in M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, spec. 8 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV,

1973, 14 ss., 82 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, 55 ss. (cap. II); F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, 629 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*, Giuffrè, Milano, 1982, 417 ss.; G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, 1700 ss.; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985, 134 ss.; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 793 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 467 ss.; 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, 726 ss.; P. PATRONO, *Diritto penale economico e interessi umani fondamentali*, Cedam, Padova, 1993, 51 ss., 97 ss. (cap. III); G. FIANDACA, *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, Jovene, Napoli, 1991, 61 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *IP*, 1994, 278 ss.; E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. pen.*, XI, Utet, Torino, 1996, 259 ss.; 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*, Giuffrè, Milano, 1996, 91 ss., 99; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 18 ss., 25 ss., 45 ss., 117 ss., 140 ss.; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Utet, Torino, 1997, 75 ss, 83 ss. (e succ. edizioni); F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, 74. ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss.; C. FIORE, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.*, 1998, 274 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, Giuffrè, 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 DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, spec. 90-100; ID., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Utet, Torino, 1999, 267-275; C. GROSSO, F. PALAZZO, F. SICILIANO (est. Palazzo), *Documento n. 2 su Inoffensività e irrilevanza del fatto*, negli «Allegati alla I Relazione della Commissione Grosso», in C.F. GROSSO, a cura di, *Per un nuovo codice penale*, II, Cedam, Padova, 2000, 103 ss.; M. DONINI, *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, Cedam, Padova, 2002, 111 ss.; V. MANES, *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW*, 114, 2002, 720 ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 7-9; A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI, G. PALOMBARINI, Donzelli, Roma, 2002, 35 ss.; G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 203 ss.; A. VALENTI, *La "musa negletta": quando la Costituzione non ispira più il legislatore nelle scelte di incriminazione*, in *Indice pen.*, 2003, 953 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, 89 ss.; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Esi, Napoli, 2004; V. MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, 129 ss., 209 ss.; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova, 2005, 96 ss., 117 ss.; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi Marinucci*, v. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1415 ss.; S. VINCIGUERRA, *Appunti sulla inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, *ivi*, vol. II, 2077 ss.; G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene*

Esistendo migliaia di contravvenzioni, che sono spesso nella sostanza illeciti amministrativi qualificati come criminali, ed essendo la legislazione contemporanea costruita sempre più sul modello dei reati di pericolo, spesso astratto-presunto, che sono i più numerosi nel sistema vigente, questo principio è tanto urgente quanto da sempre in attesa di realizzazione.

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.: d’altro canto, lo stesso principio di offensività, nella sua lettura più “debole” che è quella prevalente e spesso presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale (*infra*, § 4), conosce a tale riguardo una certa assimilazione alle altre tradizioni europee.

Il problema della “dannosità sociale” del reato è declinato nelle principali lingue europee attraverso le categorie dell’*harm principle*², della *Sozialschädlichkeit*³, della *lesividad* (più che della *intervención mínima* che esprime meglio l’*ultima ratio*) e solo in parte attraverso l’idea della “stretta necessità” della tutela penale già storicamente prevista dall’art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 e oggi riecheggiata anche nell’art. 83.2 del TFUE.

giuridico e la pretesa necessaria offesa ad un bene, *ivi*, vol. I, 791 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, ESI, Napoli, 2006, 91 ss.; A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, ESI, Napoli, 2006, 283 ss.; M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss., 1552 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I⁴, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, Utet, Torino, 2012, 359 ss.; [V. MANES, I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza, in questa Rivista, 10 ottobre 2011, e in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 1/2012, 99 ss.](#)

² Per una 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. e i contributi raccolti in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, Milano, 2010; AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo- continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Giappichelli, 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. Ma al di là delle tesi prescrittive e accademiche, v. pure l’impetosa descrizione dell’inflazione penalistica americana in D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, oltre al classico J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, 1875 ss., 1991 ss., e qui, oltre al conteggio di circa 300.000 reati esistenti negli USA collegati a mere inosservanze di discipline federali (*ivi*, 1880 s.), la linea maestra per la distinzione tra illecito penale ed extrapenale (civile, nelle categorie statunitensi): la legge penale *proibisce* (regola assoluta o comunque non flessibile di divieto o comando, non certo un “onere”), quella extrapenale (civile) *impone un prezzo* per la condotta: *pricing vs. prohibiting* (*ivi*, 1882 ss.). Un paradigma (anche se non assoluto) che l’inflazione penalistica, all’evidenza, ha smarrito.

³ Sul più recente dibattito in area tedesca su bene giuridico e approccio costituzionalistico, v. *infra*, note 14, 15, 18, e § 6.1.

Nessuna di queste nozioni, peraltro, coincide esattamente con il principio di offensività⁴, 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 scorso⁵.

1.2. **L'offensività pre-suppone il bene giuridico**, e tuttavia lo declina verso nuovi territori che non è dato scorgere all'interno del suo orizzonte. Chi oggi attacca o sminuisce il bene giuridico, si pone per ciò stesso in collisione con la base fondativa del principio di offensività.

D'altro canto, va pure detto con chiarezza che principio di offensività e bene giuridico **non appartengono al medesimo ceppo ideologico**, anche se noi li abbiamo spesso declinati insieme⁶. Infatti, il bene è utilizzabile in chiave *sia espansiva e sia restrittiva*. È nato a metà Ottocento in funzione descrittiva, piuttosto che critica, del diritto penale vigente⁷, e con contenuti estensivi della punibilità rispetto alle precedenti teorie del reato come lesione di diritti soggettivi (v. il suo utilizzo a "copertura" dei reati in materia di buon costume o di religione, mal legittimabili alla luce delle teorie della tutela penale di soli diritti soggettivi)⁸, e attualmente, nella prassi, continua a

⁴ V. al riguardo quanto già illustrato in M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 109 ss.

⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 81 ss. (§ 9 g-i). Per una successiva illustrazione della teoria bricoliana (ormai presente anche nei principali manuali penalistici), vista col necessario distacco storico, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 18 ss., 25 ss., 131 ss.; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *questa Rivista*, 21 giugno 2012, e in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2012, 1 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 44 ss.

⁶ Accade infatti che li si commenti insieme come se appartenessero allo stesso contesto culturale, ma nel contesto 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. ad es., distinguendo correttamente tra il profilo "categoriale" del bene e quello "principalista" dell'offensività, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, parte gen. *Principios y categorías dogmáticas*, Ibañez, Bogotá, 2011, 238 ss. Per una opportuna classificazione teorico-ideologica delle concezioni del bene giuridico penale, v. G. D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2004, 97 ss.

⁷ K. AMELUNG, *J.M.F. Birnbaums Lehre vom strafrechtlichen "Güter"-Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken*, in D. KIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach, 1997, 349 ss. Cfr. pure, sull'opera di Birnbaum e del successivo vero sistematizzatore del bene giuridico, Karl Binding, lo schizzo efficace di W. WOHLERS, *Die Güterschutztheorie Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie*, cit., 600 ss. Più ottimista sull'orientamento critico e liberale di Birnbaum (che però trapela più da dati biografici, o da altre sue idee, anziché dalla sua concezione del bene) L. DALBORA, *Sul significato intrinseco e sul valore attuale del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI Secolo*, 2010, 371 ss. V. al riguardo anche la "replica" e le puntualizzazioni storiche di T. VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, in J.M.F. BIRNBAUM, *Zwei Aufsätze*, J.L. Guzmán Dalbora e T. Vormbaum Hrsg., Lit, Berlin, 2011, 93 ss. In prospettiva storica, comunque, v. le imprescindibili ricerche di K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1972, 15 ss., 43 ss., 52 ss., 73 ss.; e di P. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1962, 19 ss., 39 ss.

⁸ Sempre con riferimento a Birnbaum, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 22 s., in nota; T. VORMBAUM, *Birnbaum und die Folgen*, cit., 96 ss., 111 ss. (ove si distingue nettamente tra le intenzioni del Birnbaum storico e la storia della categoria del bene giuridico, estensivamente orientata); W. WOHLERS, *Die Güterschutztheorie Birnbaums*, cit., 600 ss., e lo stesso K. AMELUNG, *J.M.F. Birnbaums Lehre*, cit., 354.

essere impiegato nella medesima funzione, che è *opposta* a quella dell'offensività come principio, perché l'offensività è ideologicamente in funzione della sussidiarietà, dell'*ultima ratio* e pertanto della *restrizione garantista* dell'area penalmente rilevante. La sequenza concettuale è questa: i diritti fondamentali *devono* essere tutelati e, quando necessario, anche penalmente. E *se è necessaria* la tutela penale, allora essa deve avvenire nella *forma* della tutela dei beni. Viceversa, chi commenta il diritto vigente attraverso la categoria del bene giuridico, "ravvisando un bene protetto in ogni norma" di un ordinamento inflazionato, non può certo continuare a conciliare *extrema ratio* e diritto vigente: seguirà una nozione "metodologica" così remissiva e trasformistica del bene, da travestire di esso ogni scelta storica d'incriminazione. Si tratta, in tale utilizzo, di una dimensione *legittimista* del bene giuridico che è opposta a quella limitatrice e garantista dell'offensività⁹.

Il bene giuridico (o l'oggetto giuridico), del resto, è categoria *descrittiva, classificatoria ed ermeneutica*, della dogmatica classica, da Birnbaum a Binding a Liszt, e da Arturo Rocco a Grispigni in poi¹⁰.

Che poi esso abbia conosciuto stagioni liberali, critiche, ma anche metodologiche, funzionali e altresì costituzionali, è altra questione¹¹; che in una sua accezione liberale e non metodologica esso serva comunque a delimitare alcune classi di condotte, è altrettanto vero, però le prestazioni di queste potenzialità selettive sono ancora modeste. Il bene giuridico da solo non basta ed è sbagliato chiedergli troppo¹².

Del resto, esso porta il segno dell'idea della difesa sociale che i beni giuridici *devono* essere tutelati e che il diritto penale serve a ciò. In questo "programma" c'è però *anche* la radice di un'espansione della tutela. L'idea del bene, ad un tempo, segna un limite possibile a questa protezione. È un "Grenzbegriff" (v. Liszt), fra dogmatica e politica criminale, suscettibile però di letture espansive. Viceversa, l'offensività, nella

⁹ In termini, esattamente, E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, parte gen.², Ediar, Buenos Aires, 2005, § 11/6 (p. 128), § 32/1 ss. (p. 486 ss.).

¹⁰ Per tutti, K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, cit., *passim*; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 3 ss. e *passim*.

¹¹ V. l'illustrazione delle varie concezioni, ma anche delle varie manifestazioni, del bene giuridico, per es., in H.-J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Fest. Honig*, Schwartz, Göttingen, 1970, 151 ss. (testo fondamentale); F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 11 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 117 ss., 140 ss.; in prospettiva storica v. pure G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I³, Giuffrè, Milano, 2003, 434 ss.

¹² *Amplius* M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 ss. Le conclusioni anche recenti di una corrente della letteratura tedesca (e non solo) circa l'incapacità dimostrata fino a oggi, da parte delle "concezioni" del bene giuridico, di fornire una delimitazione di tipo sostanziale alle scelte di criminalizzazione, risentono pertanto di un'impostazione idealistico-concettualistica del tutto fuori luogo rispetto a un tema così pieno di politica criminale, come l'esperienza cinquantennale del dibattito in Italia ha ben chiarito: non basta una "concezione" del bene a delimitare le politiche criminali del legislatore. Possono, semmai, servire allo scopo, diversi principi-regole di rango costituzionale o sovranazionale, che a loro volta danno un volto alla stessa dimensione prescrittiva dell'offensività. E' anche il metodo dei principi, anziché quello concettualistico delle "categorie", delle "nozioni" o delle "concezioni", che differenzia l'offensività come principio costituzionale dal bene giuridico quale categoria dogmatica tradizionale.

tradizione italiana, è innanzitutto *limite* alla tutela, è un prodotto della cultura dell'*ultima ratio*.

Tuttavia si può dire che se adottiamo una concezione liberale o anche costituzionale del bene, questo fatto muta l'essenza soprattutto descrittiva del bene, e ne tratteggia la declinazione mediante aggettivazioni e aspetti nuovi. Esse si collocano, peraltro, *accanto* alla funzione classificatoria-dogmatica del bene, che rimane, con la sua anima più legittimista-descrittiva¹³.

Nondimeno, le funzioni descrittiva, classificatoria ed ermeneutica del bene giuridico sono in verità essenziali per lo studio dei reati, per la costruzione di un codice, per l'applicazione delle norme. Appartengono totalmente a quei compiti, e chi continua a voler mettere in crisi il bene giuridico¹⁴, fa spesso un'operazione emotiva e superficiale¹⁵. È dal bene che occorre comunque partire per comprendere il principio di offensività.

1.3. L'offensività senza il bene giuridico è del resto inconcepibile già lessicalmente. Infatti, si può trattare dell'offensività senza fare dogmatica in termini di

¹³ V. sempre E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, loc. cit. a nota 9.

¹⁴ Efficace illustrazione delle posizioni che in Germania, oggi, contestano la capacità del bene giuridico di limitare l'intervento penale, in S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW*, 122, 2010, 24 ss., 35 ss. In area spagnola v. soprattutto, in senso adesivo alle critiche circa l'incapacità del "bene giuridico", o delle sue concezioni, di costituire un fondamento adeguato alla delimitazione della tutela penale, il contributo di B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 163 ss., 201 ss., 225 ss. In qualche misura v. pure, da noi, G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, 53 ss., 71, che al modello "causale" del bene giuridico leso o posto in pericolo pare sostituire quello di (non meglio definibili) "programmi di tutela" costituzionali. In una direzione diversa, soprattutto critica e non propositiva, che registra la funzione storicamente espansiva del bene giuridico, v. altresì C.E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal*, cit., spec. 151 ss., e da ultimo ID., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss., spec. 102 ss.

¹⁵ V. da ultimo W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss, Ein Plädoyer*, Berlin, Ullstein, 2009, tr. it. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 144: "Oggi l'idea di bene giuridico non è più una misura fissa per nessuno: per alcuni è una stella polare (e io sono tra questi), per altri invece è una fata morgana". V. anche, per una difesa decisa della categoria del bene giuridico, M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti, cit., 1552 ss., e in area tedesca C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Fest. Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, 573 ss., nonché, dopo l'importante volume collettaneo R. HEFENDEHL/A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, cit., *passim*, e qui, tra gli altri, almeno il contributo di B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzender Straftatbestände und ihrer Interpretation*, *ivi*, 133 ss., quello di O. LAGODNY, *Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, *ivi*, 83 ss., e di K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, *ivi*, 155 ss., cfr. le successive riflessioni di R. HEFENDEHL, *Mit langem Atem: der Begriff des Rechtsguts. Oder: was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah*, in *Goldtdammer's Archiv f. Strafrecht*, 2007, 1 ss., dove si sostiene la piena tenuta dogmatica e politico-criminale della categoria, attualmente. Sempre sul tema della "resistibile" crisi del bene giuridico, cfr. ampiamente M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 140 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 74 ss., 129 ss.

categorie del reato, ma solo di principi¹⁶, ma per una elaborazione scientificamente completa solo l'analisi degli elementi strutturali del reato consente di rispondere alle obiezioni che continuamente vengono sollevate – in chiave descrittiva o prescrittiva, poco importa – contro il bene giuridico e, nello stesso tempo, contro l'offensività che lo presuppone, o al limite contro la loro capacità selettiva. La dogmatica di principi presuppone una dogmatica di categorie, ma non la sostituisce, e anzi la implementa, rivitalizzandola¹⁷. Senza il bene giuridico, infatti, il discorso sull'offesa non ha una base strutturale. Quando si afferma, per es., che il vero compito delle incriminazioni non è la tutela dei beni, ma promuovere l'osservanza e dunque la vigenza delle norme¹⁸, si

¹⁶ Per una trattazione dell'offensività come principio, sostanzialmente a prescindere da una dogmatica di categorie, v. il libro di V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., dove nei primi due capitoli (11 ss., 41 ss.) si parla ancora delle teoriche del bene giuridico, che però vengono lette da subito in chiave di politica del diritto e quindi o di principi, o di funzioni politico-criminali.

¹⁷ E' questo un tratto essenziale dell'approccio costituzionalistico in genere. V. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, cap. III; [ID., L'eredità di Bricola, cit., § 4 e 5.](#)

¹⁸ G. JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal? Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, in *El Funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al Profesor G. Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 39 ss. (anche in lingua tedesca nel volume giapponese *Fest. S. Saito*, Shinzansha Verlag, 2003, 18 ss. (780 ss.), col titolo "Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?"); ID., *Strafrecht*, AT², de Gruyter, Berlin, New York, 1983, § 2/7 ss. V. pure, analogamente, H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, 175 ss. Per un tentativo di "costituzionalizzare" approcci funzionalisti, con esiti di problematica tenuta garantista, v. in area tedesca I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 330 ss. e in area spagnola B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Funcionalismo y teoría del bien jurídico*, cit., spec. 226 ss. (risolvendo la capacità critica del bene giuridico nel controllo di costituzionalità); ID., *Prolegómenos para una teoría comunicativa del delito*, in *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al prof. G. Jakobs en su 70 aniversario*, (ed. E. Montealegre Lynett, J. A. Caro John), Externado, Bogotá, 2008, 33 ss., e qui (42) la conclusione che il diritto penale protegge norme che proteggono beni giuridici. Nel manuale di S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Il Mulino, Bologna, 2007, dopo un'attenta e aggiornata esposizione del principio di offensività (pp. 201 ss.), si accosta, quasi in prospettiva di integrazione, al paradigma del bene giuridico la prospettiva jakobsiana della tutela di norme (pp. 220 ss.), come se si trattasse di discorsi assimilabili. V. pure L. CORNACCHIA, *Tutela di beni vs. tutela di norme*, in *Scritti Marini*, ESI, Napoli, 2010, 27 ss., che intende (interpretando Jakobs) la prospettiva della tutela di norme in senso meramente "descrittivo", come tale conciliabile con quella della tutela dei beni giuridici. In modo analogo, M. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*, parte gen., Tomo I⁴, Bosch, Barcelona, 2001, 191 ss., 199 ss. e 214, dove espressamente si vorrebbe coniugare tutela di beni e tutela della vigenza della norma. ID., *Protección de bienes jurídicos y conformación de la vigencia de la norma: ¿ Dos funciones excluyentes?*, in *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin etc.*, tomo I, (coord. E. Montealegre Lynett), Externado, Bogotá, 2007, 107 ss., 119 ss., 125. La proposta, però, avvicina prospettive difficilmente conciliabili (come lo stesso Jakobs non potrebbe che riconoscere): essendo l'una (quella dell'offensività, più che quella del bene in sé) prescrittiva, limitativa e garantista e l'altra (quella della tutela delle norme) pseudo-descrittiva e legittimista, capace di depotenziare totalmente il paradigma dell'offensività, che viene infatti rifiutato – almeno dai costruttori (più che dai difensori) della teorica qui criticata – quale paradigma generale, ma anche prevalente, di lettura delle incriminazioni, salvo svuotarlo e ridurlo (appunto!) alla tutela di norme. V. sul punto il § seg. Per una risposta significativa a Jakobs, v. in area tedesca C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, in *Fest. Hassemer*, cit., spec. 593 ss. Una generale rappresentazione critica degli approcci funzionalisti lato

segue un approccio formalistico-descrittivo – ma in realtà con la pretesa di definire il diritto penale “in sé” – che depotenzia l’offensività sino a restaurare scenari che sono compatibili con un sistema dove il reato si confonde con la violazione di doveri, anziché con l’offesa di interessi, facendone in potenza un illecito disciplinare. E in ogni caso, se non si tratta di mera violazione di doveri, manca il paradigma eziologico che consente di verificare la causazione di un danno e la validità del progetto legislativo che incrimina un fatto che possa validamente causare quel danno-offesa, prospettandosi una costruzione priva di basi di verifica scientifica o democratica, aggirabile soltanto in chiave autoritaria o di una malintesa aristocrazia della scienza: **se si tutela una “norma” a prescindere dalle conseguenze, è evidente che cessa ogni controllo critico** sull’incriminazione in forza di parametri democraticamente verificabili come quelli dell’**epistemologia della causazione** (*amplius*, § 2 e 13), un controllo reso invece possibile e necessario – a livello sia legislativo e sia applicativo – dal paradigma dell’offesa (lesione o messa in pericolo) di un bene che non sia meramente “spirituale”.

Poco importa che si affermi di compiere un’operazione puramente descrittiva, adattabile al codice penale dell’Iran come degli Stati Uniti o della Svizzera. Di questo formalismo, come delle definizioni generali della vecchia teoria del reato, non ce ne facciamo più nulla: allora ci basterebbe il vecchio bene giuridico metodologico o l’oggetto giuridico di Arturo Rocco, molto più raffinato e operativo, e davvero scopertamente legittimista¹⁹.

Però, se una norma sia costruita sul paradigma della lesione di beni o della violazione di doveri, dipende solo in parte dal principio di offensività, che può imporre una certa lettura o rilettura delle incriminazioni. Lo stato giuridico degli illeciti, infatti, non può essere trasformato dall’interprete, se non entro certi limiti costituiti da una corretta ermeneutica, senza violare la riserva di legge (*infra*, § 12). L’attuazione dell’offensività, pertanto, esige che lo stato della legislazione ordinaria rispetti il modello della tutela dei beni, anziché logiche a essa alternative. Nondimeno, se un’incriminazione non osserva il paradigma della tutela dei beni, o se lo rispetta solo formalmente (nel senso che la maschera di un qualche bene formale o ideale è sempre in ipotesi ravvisabile), l’interprete deve sapere *descrivere* tale dato normativo in modo obiettivo, e a tal fine una concezione deontologica del bene giuridico servirà a poco. Ma

sensu in H. SCHNEIDER, *Kann die Einübung in die Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

¹⁹ Qualora, invece, si riconosca che esiste un controllo della norma in base alle conseguenze, allora si dovrà prendere atto che il paradigma della tutela delle norme non sarebbe più davvero alternativo a quello della tutela dei beni. La prospettiva qui seguita resta beninteso deontologica e non puramente descrittiva. Ma anche in una lettura descrittiva, diciamo per es. kelseniana, del fenomeno, non potremmo non distinguere per es. tra causalità e imputazione, tra causazione di un danno e sua ascrizione normativa. Orbene, se l’imputazione avviene in un quadro istituzionale che sottopone la sua legittimazione a parametri sia assiologici superiori e sia eziologici, la mera qualificazione formale della tutela come protezione di norme appare del tutto *insufficiente a spiegare anche descrittivamente* il fenomeno. Il problema è che – di fatto – l’opzione politico-criminale del legislatore penale non è ancora pienamente descrivibile in quei termini ancora ottativi. Ma il nostro obiettivo è che lo diventi, non descrivere la loro mancanza.

non ci servirà l'idea della tutela di norme, se non come una delle possibili descrizioni: la tutela può presentarsi, *di fatto*, di norme, come protezione di funzioni, di sentimenti, della morale, dell'obbedienza, della normalità del tipo d'autore etc.: lo si vedrà meglio attraverso definizioni, o più esattamente descrizioni sostanziali a enciclopedia, più che mediante formali definizioni a dizionario. Pertanto, nessuno, neanche il Parlamento, ci potrà costringere ad ammettere che un'incriminazione è liberale, quando non lo è, perché sanziona una tipologia d'autore o una mera disobbedienza. Ma se un interprete "legittimista", capace di "vedere" un bene quando non c'è, magari ancorando la tutela a "beni futuri"²⁰, lo si troverà sempre, nell'accademia o nella magistratura, questo spiega perché l'"ideologia del bene giuridico" sia manipolabile e incerta: e in fondo, così *politicienne*. Nostro obiettivo, peraltro, sarà quello di ancorare tale prospettiva a un fondamento il più solido possibile di dogmatica delle categorie prima, e dei principi poi: ecco la dialettica tra "bene" e "offensività".

1.4. L'offensività, o idea-principio del carattere necessariamente lesivo del reato, riguarda la dimensione di una teoria *prescrittiva* del reato, come è quella a base costituzionale.

Non a caso, dunque, essa ne può rappresentare – come è stato in Italia – un tratto identitario, un momento centrale. L'offensività, nondimeno, riguarda innanzitutto *il legislatore*, e solo in un secondo momento *l'interprete*, dato che l'interpretazione è pur sempre vincolata dalla legge e dunque dalla riserva di legge, sì che l'attuazione dell'offensività in chiave ermeneutica presenta, come vedremo, spazi limitati dall'impossibilità di qualsiasi interpretazione "conforme" a una legge superiore di stravolgere alcuni limiti della legalità ordinaria. Quando tali limiti dovessero ritenersi superabili, avremmo, infatti, annullato la divisione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge.

2. Ancora su tutela di beni *vs.* tutela di regole. Il contenuto essenziale, minimo, del principio di offensività e le sue fonti normative

2.1. C'è una premessa al principio di offensività, che non ne definisce il *contenuto*, ma appunto una *pre-condizione*.

La *premissa* – che è già in parte presente nell'idea del bene giuridico nella sua funzione critica e liberale, e sta "a monte" della stessa offensività – è che **non è lecito** proteggere l'interesse alla *mera* osservanza dei precetti, o la "vigenza di una norma" in quanto tale. Che ciò avvenga sempre, accanto alla tutela di beni, poco importa: il dato non esprime il diritto penale della nostra forma di Stato di una democrazia discorsiva.

Ogni violazione di regole tutela un interesse a quelle esterno, e l'abuso sanzionatorio della libertà, della vita, del patrimonio o dell'onore dei cittadini, si cela

²⁰ Sulla possibilità che il diritto penale tuteli anche *beni futuri*, così ravvisando *sempre* un bene-oggetto giuridico in ogni reato, ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, Milano, Torino, Roma, 1913, 262-264, e sul punto i rilievi critici svolti in M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 141 ss.

dietro ogni concezione che riconduca la tutela penale alla mera osservanza di una regola. Per questo l'idea del bene giuridico, nella sua *funzione garantistica*, si sposa con il danno sociale, con l'evento, con il sostanzialismo, con la giurisprudenza degli interessi, opponendosi a ogni forma di diritto penale delle irregolarità, della volontà, dell'autore²¹. Solo interrogandosi sulle conseguenze di una violazione è possibile controllarne criticamente la legittimità epistemologica e giuridica²². La tutela di regole, come tale, è solo una forma d'imperativismo dell'obbedienza, **compatibile con un diritto penale di tipo autoritario**. Per questo l'idea del bene giuridico fatta propria dalla prospettiva dell'offensività esige che il diritto penale *non* tuteli né l'obbedienza né la moralità in quanto tali; ancor meno possono essere sanzionati di per sé un'anomalia del carattere, uno stato di devianza, un modo di essere, un atteggiamento interiore o della volontà. Neppure ci interessa che la norma serva a farci fare (od omettere) qualcosa, che sia meramente "performativa": il dis-valore d'azione è ciò che produce un disvalore di evento, interessa in quella prospettiva, perciò la norma deve avere un programma epistemologicamente controllabile, *una regola interna di tipo eziologico*.

Possiamo quindi ribadire con più cognizione di causa che la premessa costituzionale all'offensività riguarda la "forma" della tutela penale: *se* entra in gioco il diritto penale, *ciò deve avvenire nella forma della tutela dei beni*²³.

Tutto ciò, peraltro, **non discende dall'idea di bene giuridico in sé** – dato che esistono anche concezioni "metodologiche" del bene che lo identificano con la mera *ratio*, che avvolgono e travestono un mero comando, abbellendolo di valori, scopi e finalità puramente formali – **ma da una sua ri-lettura costituzionale che opera attraverso diverse norme-principio**: 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*.

Quei limiti e divieti, dunque, non possono essere ricondotti al nucleo concettuale e storico dell'offensività in senso stretto, se non si vuole fare di quest'ultima un mero raccoglitore di esigenze garantiste di tipo oggettivistico. Infatti, un reato può violare in astratto il principio del diritto penale del fatto, o il divieto di diritto penale d'autore, *prima ancora che* l'offensività. Occorrerà pertanto definire meglio il suo *principium individuationis*.

²¹ Lo sapevano bene i teorici del diritto penale della volontà, d'autore, o come violazione di doveri, in età nazionalsocialista: per tutti F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1935, 9 ss., 20 ss., 29 ss., 34; ID., *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, in *Deutsches Strafrecht*, 1935, 97 ss.; G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 57, 1938, 225 ss., spec. 230 ss.

²² Cfr. DONINI, "Danno" e "offesa", cit., 1547 s., 1577 ss.

²³ In termini, M. DONINI, "Danno" e "offesa" 1552 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.

Il *fondamento positivo* dei principi sopra indicati viene oggi ricondotto pacificamente (a parte la laicità riconducibile agli art. 3, 19, 21 Cost.) agli art. 3, 13 e 25 cpv., 27, co. 1 e 3, Cost., a una rilettura della *legalità penale* attraverso i principi di eguaglianza, al vincolo e al rango del bene giuridico più importante e tipico colpito dal diritto penale costituito dalla libertà personale, e al complesso delle garanzie che compongono lo statuto dell'intervento penale, a cominciare dalla distinzione tra pene (art. 25 cpv. e 27, co. 1 e 3, Cost.) e misure di sicurezza (art. 25, co. 3, Cost.), e dall'esigenza che il "fatto" punibile esprima un disvalore tale da giustificare un'esigenza non solo di personalizzazione della responsabilità (che un fatto di inosservanza formale neppure implicherebbe), ma anche di rieducazione-risocializzazione. Anche se non nell'identica formulazione, principi analoghi esistono, in forma espressa o implicita, in molti testi costituzionali o sovranazionali: ciò che spiega l'esportabilità del modello, oggi.

Lo *stesso principio di offensività*, che è distinto dagli altri principi ora indicati, trova anch'esso un fondamento implicito, non espresso, in quelle *medesime fonti giuridiche positive*.

Si tratta dunque di una "convenzione ermeneutica" tipica delle clausole generali e dell'interpretazione sistematica, le quali consentono di arricchire la portata normativa di regole-principi di contenuti in essi non espressamente indicati.

Stabilite quelle premesse, si può pertanto cominciare e definire il *contenuto del principio di offensività in senso stretto*, che pre-suppone che la tutela sia di interessi distinti dall'osservanza di regole, e serve appunto a **delimitare ulteriormente i beni** penalmente tutelabili, ad affermare che *non ogni bene è tutelabile*, laddove è certo che ogni bene tutelato penalmente può essere protetto anche da altri rami dell'ordinamento (e di regola lo è).

Il principio di offensività, in questa prima declinazione, opera «*come limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore*», come riconosciuto dalla sentenza della Corte costituzionale 25 luglio 1995, n. 360 (§ 7), che probabilmente per prima ha affermato nella sua autonomia, in motivazione, l'esistenza di un sindacato sull'offensività astratta in generale²⁴, poi chiaramente ricondotto a «*limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa*» (così, per es., C. cost. n. 6-11 luglio 2000, n. 263)²⁵, di fatto reso

²⁴ Il rilievo in C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 91. La sentenza n. 360 del 1995 (est. Granata), peraltro, in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti (art. 75 dpr n. 309/1990) non fa che applicare al caso concreto i principi più diffusamente argomentati nella precedente decisione 10 luglio 1993, n. 333 (est. E. Gallo), sempre in tema di stupefacenti, dove pur apparendo chiarissimo il duplice versante dell'offensività in astratto e in concreto, il primo profilo (riguardante il legislatore) era più chiaramente vagliato in termini di ragionevolezza delle presunzioni di pericolo (tale essendo del resto il profilo concretamente sottoposto alla Corte), sì che con riferimento all'offensività in generale la Corte affermava (§ 9.1): "può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio d'offensività", citando la risalente C. cost. n. 62 del 1986. V. pure la ricognizione delle sentenze della Corte in A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. I⁴, cit., 371 ss.

²⁵ In materia di violata consegna di cui all'art. 120 c.p.m.p. (rel. Mezzanotte).

operativo, nella maggior parte dei casi, attraverso il parametro della *ragionevolezza* di cui all'art. 3 Cost.²⁶.

La risposta tradizionale al quesito circa i beni penalmente tutelabili, alla stregua di tali premesse, è che sono tutelabili solo gli interessi e i valori «*comparabili*», vale a dire bilanciabili, confrontabili, col sacrificio (potenziale, anche se non sempre effettivo) della libertà personale, pur con le debite precisazioni sui tratti sempre meno carcerari di larghi settori del diritto penale odierno.

Questa *apparente conversione dell'offensività nella proporzione* è, peraltro, **risposta priva di grandi contenuti selettivi**²⁷: quasi tutto, e comunque troppo, è il penalmente sanzionato a livello di tipologia di interessi offesi! Quando uno studia il diritto penale *vigente*, perciò, e vede che cosa è davvero penalmente vietato, comprende che non può partire dal diritto vigente per definire l'offensività, che suppone parametri *prescrittivi* (per una diversa validità del diritto).

Ma non basta. Lo stesso richiamo alla *libertà personale* quale parametro unico di riferimento è attualmente di *valore paradigmatico meno stringente*: troppo esteso, infatti, è oggi il diritto penale non del carcere, o la cui esecuzione "restrittiva" della libertà manca del tutto o è sostituita da sanzioni poco invasive della stessa, se non in forma eventuale e succedanea (pene pecuniarie, messe in prova, pene alternative, pene sostitutive, pene sospese etc.).

Per questo, occorre riconoscere che la concretizzazione di criteri vincolanti è in attesa di risposta, di una risposta che non è semplicemente appaltata a una razionalità illuministica, ma di tipo storico, anche se *i percorsi* per arrivare a una soluzione sono attualmente *conosciuti e praticabili*. Non siamo all'inizio della ricerca.

2.2. Altro contenuto tipico del nostro principio è che **non ogni forma o modalità di offesa di beni è di rilevanza penale**. Di qui la concretizzazione delle diverse tecniche di tutela penali: modalità di lesione e relativo elemento soggettivo-modale (il dolo o la

²⁶ V. al riguardo V. MANES, *Il principio*, cit., 136 ss., con gli opportuni richiami.

²⁷ Ovviamente chi non dispone di (o non valorizza a sufficienza) un autonomo principio di offensività (autonomo soprattutto dal bene giuridico) è destinato a esaltare (con esiti utili anche per l'offensività) soprattutto la proporzione. Cfr. per es. S. MIR PUIG, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in *Fest. Hassemer, Müller, Heidelberg*, 2010, 521 ss.; T. WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in *Fest. Hirsch*, de Gruyter, Berlin, New York, 1999, 917 ss. e a livello monografico soprattutto, più di recente, per i profili di sindacato costituzionale, G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, CEPC, Madrid, 2006, 232 ss. e *passim*; e in sintesi ID., *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal*, cit., 105 ss.; C. LAMARCA PÉREZ, *El principio de proporcionalidad y el control consitucional de las leyes penales*, Colex, Madrid, 2011. Sul punto v. i pregevoli rilievi metodologici di M. ATIENZA, *Consitucionalismo y derecho penal*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (Dirs.), *Constitución y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 19 ss., spec. 28 ss., 30 ss., nel quadro di un "costituzionalismo postpositivista" suggerito al penalista. Per una recente analisi del principio di proporzione in ambito europeo (dove esiste una vastissima letteratura), cfr. A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in AA.VV., *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, Giuffrè, Milano, 2011, 67 ss.

colpa come “azione”), nesso di rischio e disvalore di evento co-definiscono l’area penalmente rilevante. Ciò prima ancora di affrontare la selezione soggettiva vera e propria, che è altrettanto caratterizzante, dato che il reato non è solo offesa oggettiva, ma offesa colpevole: *la sola “offesa” non è reato*.

Anche il contenuto ‘modale’ del disvalore oggettivo di azione, come quello del disvalore oggettivo di evento, è comunque fortemente segnato da opzioni politiche, che rendono problematica la giustiziabilità del principio da parte della Corte costituzionale. Ma anche in questo caso, le differenze tra illecito penale, civile e amministrativo hanno conosciuto nel Novecento un’esplorazione ricca di informazioni e parametri di sicuro orientamento (§ 4, *infra*)²⁸.

2.3. Se ci si limita ai profili *oggettivi* dell’offesa, quelli che più la connotano (*infra*, § 6.5), poiché si tratta d’indicazioni anche prescrittive e di scienza della legislazione, o di politica legislativa, i percorsi e i parametri per rendere l’offensività *giustiziabile* sono molto più limitati, però alcune novità si possono registrare a tale riguardo nella più recente giurisprudenza costituzionale.

3. (Segue). Tecniche di tutela penale e parametri oggettivi che identificano l’offesa

3.1. Alcune *tecniche di tutela* sono di natura civilistica o amministrativa. Ciò era ben chiaro negli anni Settanta²⁹, poi le acque e soprattutto le menti si sono confuse a lungo, ma dopo un’indigestione di logica *floue*, di postmoderno e di pensiero debole, è necessario ritornare a un ordine concettuale smarrito.

Sono sicuramente **penalistiche** le tipologie d’incriminazioni di offese di **pericolo concreto**, o astratto-concreto, diremmo oggi, rispetto a beni strumentali, ma necessari, aggredibili in situazioni anticipate.

²⁸ Una storia recente e aggiornata del dibattito sul tema in V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., cap. III (129 ss.).

²⁹ Per una rilettura di alcune emergenze più recenti del tema delle tecniche di tutela penali cfr. A. MERLI, *Introduzione*, cit., 283 ss. Nel discorso che segue omettiamo di definire meglio il **pericolo concreto**, dato che si tratta di differenze non essenziali in termini di legittimità della tecnica di tutela penale. Però anch’esso, come il pericolo astratto (e in ragione dei confini tra di essi) presenta molteplici varietà: dalla pericolosità della condotta *ex ante* al pericolo come evento *ex post* (cfr. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 175-177 in nota, dove si tendeva ad assimilare il pericolo astratto e quello presunto, e qui un’illustrazione ancora utile della *grande incertezza lessicale e concettuale al riguardo*). La **tricotomia presunto, astratto e concreto**, qui di seguito ripresa, che ha avuto diverse fortune, è stata rivitalizzata da C. PEDRAZZI, *Problemi del delitto di agguataggio*, cit., 46-49; M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., 3 ss., ripresa a livello manualistico, per es., da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, cit., 210 ss., e offre pur nella divergenza (anche qui significativa!) delle esemplificazioni e letture, un ancoraggio concettuale utile per una valutazione *in prospettiva di riforma*. Sempre a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, cit., 223 ss. si rinvia anche per un’utile schematizzazione delle “tecniche di attuazione del principio di offensività”. Sul piano concettuale, comunque, tutta la materia richiede una revisione profonda. Nel senso che il lavoro dogmatico sui reati di pericolo sarebbe ancora agli inizi, uno dei più significativi studi della fine degli anni ’90 in Germania: F. ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 197.

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 verificabile. 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 incriminazioni³⁰. E' come pensare di avere, o di dover cercare, uno *zoom* per concretizzare un'immagine troppo generica: lo useremo quanto più l'evento-obiettivo è distante; altrimenti, se è individuale e immediato, la sua massima concretezza non esige tecniche correttive. Così accade, sul piano della rappresentazione, nella colpa e nel dolo – il loro "oggetto" rappresentativo – in situazioni universali e collettive, dove il pericolo generico e "ad ampio spettro" (senza lo zoom) prevarrà sull'evento individuale.

Di qui, se non si vuole delegare all'interprete l'arbitrio della scelta, o impedirgli ogni scelta mediante regole formali, l'esigenza di prevedere opportunamente situazioni più concretizzate, beni giuridici intermedi ai quali ancorare la verifica della pericolosità tipica³¹, prima, e dell'elemento soggettivo tipico poi.

3.2. Il **pericolo astratto** è ammesso come pericolo *astratto-concreto o indiretto*, se verificato giudizialmente su una situazione concreta *almeno rispetto a taluni profili oggettivi o soggettivi*, o di nesso di rischio tra i due:

a) *oggettivi*, in quanto *alcuni* elementi del fatto vanno verificati o misurati in concreto (per es. un certo livello di inquinamento, di capacità lesiva di una sostanza, la

³⁰ Ampiamente, su questo rischio e alcune soluzioni rispetto ad esso, il nostro scritto 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, in corso di stampa, e anche in AA.VV., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Atti del Convegno di Modena, 3-5 novembre 2011, a cura di L. Foffani, A. Doval Pais, D. Castronuovo, Giuffrè, Milano, 2013.

³¹ La posizione prevalente anche da noi, oggi, risulta nel senso della possibile valorizzazione di beni intermedi, strumentali, dotati però di adeguata concretizzazione. Cfr. per es. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, PG7, Cedam, Padova, 2011, 199 ss., 211 s., 223 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, Pre-Art. 39/6 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*³, cit., 541 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, parte gen.⁴, Giappichelli, Torino, 2011, 119 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 140-158; G. de VERO, *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 2012, 135 ss.; A. ALESSANDRI, *Parte generale in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, Bologna, 2003, 27 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 218 ss.; G. COCCO, *Il fatto tipico*, in *Il reato*, a cura di G. Cocco, Cedam, Padova, 2012, spec. 69 ss.; C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Giuffrè, Milano, 2013, 52 ss., 63-65. V. anche, di recente, per un utile quadro ricostruttivo e critico, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 86 ss., e *amplius* 74-127. Tale posizione trova espressione anche presso quelle teoriche che – in parte solo 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*³, cit., 563 ss., 592 ss., 601 s., e già F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 179 ss.).

rilevanza di una falsa dichiarazione alla A.G., l'incidenza concreta, effettiva o potenziale, di una distrazione sul passivo fallimentare, etc.), dovendo presentare una pregnanza in termini di dannosità o pericolosità diversa dalla inosservanza formale di una regola di organizzazione o cautelare "oggettiva";

b) *soggettivi*, in quanto una violazione di pericolo astratto-presunto (per es. una detenzione illegale, o una insolvenza aggravata dall'imprenditore) diventa *oggettivamente* rilevante (più "offensiva", non meramente più "colpevole") se il *fine* la orienta verso risultati più chiaramente pericolosi, oppure se *la colpa* (grave, per es.) la rende più incontrollabile e rilevante. L'elemento soggettivo, qui, presenta un significato modale, e dunque offensivo esso stesso, nella sua componente 'fattuale' e non psicologica³².

3.3. Il **pericolo presunto** dovrebbe essere ammesso solo come inerente a *situazioni pregnanti* (per es. epidemia, avvelenamento di acque: art. 438, 439 c.p.), che in realtà non sono vere ipotesi di pericolo presunto, ma astratto-concreto, *oppure* se relativo a violazioni *sostanzialmente amministrative* (per es. contravvenzioni formali), come tali sanzionate con pene che in prospettiva dovrebbero anche formalmente ricondursi a quel modello: qui è il criterio della **proporzione** che rende possibile una legittimazione politica del rapporto illecito-sanzione a fronte di pene sostanzialmente degradabili (per scelta originaria o grazie a forme di oblazione, di degradazione in concreto) a sanzioni penali dimidiate o di tipo para-amministrativo, e grazie alle 'uscite di sicurezza' dal formalismo costituite da **reato impossibile** e **principio di esiguità**, che però necessitano di parametri normativi di parte speciale o di parte generale tali da renderli più operativi su larga scala (v. il § 12). In tutti gli altri casi di illeciti "maggiori" (per es. omissione o rimozione di cautele antinfortunistiche: art. 437 c.p., esercizio di attività non autorizzate: art. 348 c.p.) dovrebbe ammettersi già *de lege lata* **una riconversione ermeneutica** della fattispecie secondo il principio di offensività da parte dell'interprete, con i limiti che si diranno (*infra*, § 12).

3.4. All'identificazione dell'offesa contribuisce, negli stessi reati di evento (lesivo o di pericolo), il **nesso di rischio** tra condotta (soggettivamente qualificata) ed evento, che è un profilo *ulteriore* al semplice rapporto causale (tradizionalmente costruito tra l'evento e la condotta "obiettiva" o meglio soggettivamente *non* ancora qualificata), e risulta spesso decisivo per l'identificazione di un'offesa *penale*. Solo la conseguenza o la situazione pericolosa cagionata *mediante* una determinata inosservanza o modalità è rilevante, e la modalità non è semplicemente un indice di (maggiore) disvalore, perché identifica l'offesa stessa attraverso una certa realizzazione di un rischio: se non produco l'evento di pericolo (astratto-concreto) mediante certe inosservanze o con certe finalità, non c'è bancarotta fraudolenta (art. 216 e 223 l. fall.),

³² Sul rapporto fra tipicità/offesa/illecito ed elemento soggettivo "modale" (dolo e colpa come «azione») si consenta il rinvio a M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 74 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., 262 ss.; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 671 ss.; con riguardo al (e però limitatamente al) dolo specifico, v. soprattutto L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Giuffrè, Milano, 1993, 497 ss., 501 ss., 558 ss.; e più di recente, in modo analogo, ID., "Dolo specifico" und *Absichtsdelikte*, in *Fest. Frisch, Duncker & Humblot*, Berlin, 2013, 363 ss., 376 ss.

né traffico di influenze (art. 346-bis c.p.), non c'è induzione indebita (art. 319-quater *vs.* 317 c.p.), non c'è adulterazione di sostanze alimentari (art. 440 c.p.), non c'è commercio con usurpazione di titoli di proprietà industriale (art. 517-ter c.p.), non c'è colpa penalmente rilevante etc.³³, e ovviamente non ci sono abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), né falso in comunicazioni sociali (art. 2621 e 2622 c.c.) etc.

Questi aspetti sono così centrali che potremmo parlare a lungo di essi: e sarebbe un discorso molto *penalistico*, di *offensività penale* del fatto.

4. La parte oggi dimostrativa del principio riguardante le sue premesse quale espressione del diritto penale del fatto e il suo nucleo più specifico

4.1. Il *principio di offensività* è una **declinazione contemporanea del diritto penale del fatto**, tradizionalmente contrapposto al *diritto penale d'autore*³⁴. In questa versione si può cominciare a dire che l'offensività abbia trovato un'applicazione da parte della Corte costituzionale italiana, tale da giustificare l'affermazione che esso ha cominciato a profilare i tratti di un principio che almeno in parte ha acquisito la forza di legge di un **principio dimostrativo**³⁵, e in parte può già oggi estenderla verso una portata più vasta.

³³ Sul significato di offensività del *nesso di rischio* (un elemento che riguardando la "tipicità" oggettiva del fatto, tocca ovviamente la sua offensività), v. ancora M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 697 ss., con speciale riguardo al nesso di rischio nei reati dolosi.

³⁴ Non a caso un'ampia e dettagliata discussione sul diritto penale d'autore costituisce parte centrale nell'opera fondazionale di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 26-38, 82.

³⁵ Dobbiamo qui aggiornare (e forse modificare nella sostanza) le conclusioni alle quali eravamo pervenuti in diversi contributi precedenti. Muovendo dalla distinzione tra principi costituzionali di tipo dimostrativo e di tipo argomentativo (o solo politico-criminale) – cfr. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit. 25 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., 234; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss. – avevamo evidenziato per l'offensività qualcosa di simile al principio di *ultima ratio*: la sua difficile giustiziabilità, in quanto la Corte aveva per lo più affermato la violazione dell'offensività "passando" attraverso altri principi, più direttamente giustiziabili in quanto (un po') meno soggetti a valutazioni di tipo politico, in particolare quello di ragionevolezza (da ultimo M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *IUS17@unibo.it*, n. 2/2009, 424 ss., 439. Nello stesso senso v. per tutti, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 210 ss., 230 ss., e qui, invero, anche la registrazione di un primo utilizzo del principio di offensività in chiave dimostrativa, da parte della Corte, con la sentenza n. 354 del 2002 in tema di ubriachezza: sul punto v. *infra* nel testo). Ne risultava un carattere ancora politico-criminale dell'offensività, più che giuridico-dimostrativo. Avevamo però segnalato, sempre e da tempo, la possibilità e l'opportunità di una evoluzione interpretativa del principio da finalizzare verso una sua maggiore, auspicabile giustiziabilità (cfr. in particolare *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 123; ID., *Il volto attuale*, cit., 68, 71 ss.). Orbene, se si osservano pur nel loro ordine sparso, varie pronunce più o meno recenti, si può notare che la Corte ha cominciato a dare concretezza a tale prospettiva, su questioni dove peraltro si valorizzano principi, come quello del diritto penale del fatto, che costituiscono presupposti – come si è visto (*retro*, § 2) – dell'offensività in senso stretto. V. pure, in diverso contesto argomentativo, [V. MANES, I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza](#), cit., 99 ss., 103 ss. La nostra distinzione tra principi di tipo dimostrativo e argomentativo è ora criticata da G. FIANDACA, *Sull'approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti*, relazione svolta a Modena al

Ricordo, in particolare, la sentenza **sull'ubriachezza aggravata**³⁶ e quella **sull'aggravante della presenza nel territorio dello Stato dell'extracomunitario irregolare** (*anche se non motivata specificamente sull'offensività, quest'ultima*)³⁷, che hanno ravvisato una violazione dell'art. 25 cpv. Cost. nella presenza d'incriminazioni

Convegno svoltosi l'8-9 ottobre 2010 sul tema: "L'approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto" (dattiloscritto, p. 18-20), che ravvisa un carattere sempre argomentativo nell'uso dei principi e nell'esigenza di bilanciarli. Non è subito ben chiaro a che cosa conduca, sul piano *pratico*, questa obiezione, che qualifica come eccessivamente "ambizioso" e "poco realistico" (*ivi*, 19) il costituzionalismo che ambisca a implementare il 'passaggio' di un principio da una all'altra categoria delle realtà più o meno giustiziabili. Muovendo da altro punto di vista, per es. L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007, 564 s., 585, critica la stessa distinzione fra principi e regole al fine di non indebolire il valore normativo dei primi; viceversa, seguendo per es. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2010, 218 ss., 232 s., potremmo anche sottoscrivere l'assunto sul valore sempre argomentativo dei principi (ma anche delle regole, secondo Atienza!), dato che il bilanciamento tra principi "produce regole", a prescindere dalla forza originaria dei principi stessi. Tuttavia, il nostro discorso rimane legato ai principi costituzionali e a una *constatazione insuperabile*: finché un principio non viene usato quale fondamento capace di sostenere *da solo* una valutazione di illegittimità con leggi contrastanti con esso, perché ha "bisogno" di altri supporti normativi in funzione argomentativo-giuridica, non è ancora adeguatamente giustiziabile, o lo è meno di altri, che bastano a se stessi. E' più argomentazione che principio-regola. Muovendo da tale dato evidente dell'esperienza ermeneutica, la distinzione tra regole, principi-regola (dimostrativi) e principi d'indirizzo politico (v. Corte cost. n. 409/1989), ci pare capace di meglio descrivere il dato normativo. Che poi tutto, dalle regole alle idee (siano esse contenute nella mente, nella società, in testi di legge o in opere dei filosofi del passato), possa essere usato in chiave argomentativa anche in una sentenza, è un truismo. Siamo peraltro grati a Giovanni Fiandaca, per questo contributo critico, che aiuta a valorizzare – ecco il suo significato *pratico*, a nostro avviso – l'uso normativo-regolativo dei principi in genere, e dunque a implementare le possibilità di un'evoluzione di principi di uso argomentativo in principi vincolanti in termini giuridici: e questo non per un atto d'illuminazione accademica da parte degli studiosi verso la Corte costituzionale (che nessuno può peraltro escludere del tutto), ma per la possibilità di individuare contenuti più certi e anche meno sottratti a una "pura valutazione", attraverso casi, esempi paradigmatici e nuovi parametri operativi sorti dall'argomentazione.

³⁶ C. cost., 10 luglio 2002, n. 354 sull'art. 688 cpv. c.p. (ubriachezza in luogo pubblico aggravata dalla presenza di precedenti suppostamente "indizianti", ma in realtà non connessi al "fatto" dell'art. 688 e dunque espressione di una valutazione sul tipo d'autore). La decisione (§ 3) motiva l'annullamento del reato perché "**in aperta violazione del principio di offensività del reato**, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte ([sentenze n. 263 del 2000](#) e [n. 360 del 1995](#)). Tale limite, desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale".

³⁷ C. cost. 8 luglio 2010, n. 249 sull'art. 61-bis c.p. che aggravava ogni delitto per la sola presenza sul territorio statale di straniero extracomunitario irregolare. Norma contrastante con l'art. 25 cpv. Cost. non per l'inoffensività in senso stretto, ma per violazione del principio del diritto penale del fatto – che vieta la punibilità per ragioni relative alla mera presunta pericolosità dell'autore – che però, come chiarito in precedenza, è un pre-supposto dell'offensività, della declinazione costituzionale dell'offesa di un bene giuridico quale base delle incriminazioni. Sulla normativa in materia di cittadini extracomunitari quale espressione di un diritto penale d'autore si consenta il rinvio a M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da "oggetto materiale" a "tipo d'autore" nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2009, 101 ss.

costruite su un (presunto) disvalore d'autore anziché del fatto, in ciò ravvisando (la prima decisione) una violazione dello stesso principio di offensività.

Però è chiaro che l'offensività non "coincide" col principio del diritto penale del fatto, ma lo contiene e lo supera: se un reato è di pericolo presunto e la presunzione legale di pericolosità non è ragionevole, la violazione dell'offensività (e della ragionevolezza) non significa che la fattispecie sia espressione sicura di un diritto penale d'autore³⁸.

4.2. In una direzione diversa, infatti, che non ha trovato seguito nella giurisprudenza successiva, avrebbe potuto essere valorizzata, quale *espressione di un iniziale percorso di costruzione dell'offensività come principio dimostrativo, e non meramente argomentativo*, distinto dal diritto penale del fatto, ma anche dalle presunzioni di pericolosità irrazionali, un'altra decisione della Consulta, **quella sull'esposizione non autorizzata di bandiera di Stato estero**³⁹, non tanto per il (modestissimo) valore intrinseco della normativa dichiarata illegittima, quanto per il significato potenziale della censura di legittimità: quella della **critica giuridico-costituzionale del tipo di bene giuridico protetto**.

Ci sono beni giuridici, disse allora la Corte, che non possono essere – che non meritano di essere – tutelati penalmente, semmai possano definirsi "beni".

4.3. Apparentemente tradizionale, ma meritevole di sviluppo soprattutto alla luce dell'ingresso di **più saperi empirici nel giudizio di offensività**, nonché sulla motivazione o motivabilità dell'opzione penale che può estendersi sino al (diverso) principio dell'*ultima ratio*, è poi la valutazione circa la *ragionevolezza*, ma diremmo, prima ancora, circa la *prova* scientificamente plausibile dell'offensività o della pericolosità presunta di una condotta⁴⁰.

³⁸ V. già, in tal senso, le osservazioni critiche di F. BRICOLA, voce *Teoria generale*, cit., 82 alla tesi di M. Gallo che nel pericolo presunto vedeva una punizione dell'autore, più che del fatto (M. GALLO, *I reati di pericolo*, cit., 8). Come notava Bricola, non si può valorizzare solo il momento retributivo della pena (come faceva M. Gallo, a suo avviso) per contrastare possibili derive d'autore. In realtà, la retribuzione non ci ripara dal rischio di vedere nel reato una mera disobbedienza e di punire dunque fatti inoffensivi ma...inosservanti. Per questo, concludeva Bricola, solo la prospettiva della finalità specialpreventiva-rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.) consente, collegata all'art. 25 cpv. Cost., di dare al "fatto" stesso, al fatto *commesso*, una dimensione teleologica che deve incidere sulla sua costruzione legale: esso deve essere tale da esprimere un disvalore che fondi un percorso risocializzativo-rieducativo, ma solo un fatto offensivo si presta a giustificare tale compito teleologico della pena, postulando un equilibrio fra rieducazione-retribuzione (nel lessico di Bricola), che impedisca sia la punizione della mera pericolosità dell'autore, sia la mera sintomaticità del fatto, sia la mera disobbedienza (*ivi*, 82).

³⁹ Corte cost., 21-25 maggio 1987, n. 189, in *Giur. cost.*, 1987, 1375 ss., spec. 1383. Il reato di esposizione non autorizzata di bandiera estera era previsto dagli artt. 1 e 3 l. 24 giugno 1929, n. 1085. La motivazione spiegava, tra l'altro, che quell'incriminazione non tutelava nessun bene giuridico ("non è tutelato alcun bene giuridico": § 4) meritevole di protezione (penale), "mancando il fatto tipico ...d'ogni significatività e offensività" (§ 6).

⁴⁰ V. in tal senso, in particolare, D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss., con gli opportuni riferimenti alla *giurisprudenza costituzionale* più vicina a tale prospettiva; nonché, sul tema della motivazione delle leggi penali e dell'impiego di saperi empirici nella valutazione costituzionale del rispetto della sussidiarietà penale, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 89, 272 s.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 187 ss.

4.4. Le **tre prospettive** – *diritto penale del fatto, non d'autore, beni assiologicamente penalistici e sindacato anche empirico sulla ragionevolezza e sulla base scientifica di una presunzione di pericolo* – non sono identiche, ma tutte quante **possono già oggi essere attuate in modo dimostrativo** da parte della Corte costituzionale, anche senza l'apporto di altri principi costituzionali: ciò dipende dall'opportunità dei casi giudicati e da un profilo squisitamente decisorio che è contenuto nell'attività interpretativa. Che questo non sia ancora storicamente avvenuto o non a sufficienza, è una questione contingente. La sia pur letargica e intermittente emergenza di quei tre profili indica quindi un percorso che col tempo si fa più nitido, anche nella lettura di chi scrive, perché debitamente valorizzati essi rappresentano **insieme la base epistemologica di un fondamento nuovo che attende una futura ricostruzione evolutiva del principio di offensività, il cui contenuto è all'evidenza molteplice**: costituito in parte da sottoprincipi e in parte da un nucleo più specifico.

4.5. Possiamo dire, a conclusione di questa evoluzione, che **il principio di offensività** «*esprime l'idea che il reato deve offendere un bene giuridico di rilevanza costituzionale, cioè riferirsi a un fatto lesivo o pericoloso, irriducibile a una mera censura sull'autore, o sulla disobbedienza, sul carattere, sulle intenzioni, o sull'immoralità, e la cui dannosità è sottoposta a un possibile vaglio di ragionevolezza e di fondatezza empirica, dovendo altresì presentarsi come assiologicamente compatibile con il rango dei beni che la tutela penale sacrifica e con il valore paradigmatico di detta tutela*». Ovviamente, è lo statuto costituzionale del diritto penale, in Italia tracciato innanzitutto attraverso gli artt. 25 cpv., 27, co. 1 e 3, Cost., 2, 3 e 13 Cost., a contrassegnare il recinto ermeneutico entro il quale ricostruire quel principio.

Il profilo già bricoliano della “*rilevanza costituzionale*” dei beni – sulla quale si vedano pure le storiche sentenze C. cost. n. 364/1988 sull'art. 5 c.p.⁴¹, 369/1988 su moderni condoni e la non punibilità⁴², e 409/1989 sull'obiezione di coscienza⁴³ –, non

⁴¹ C. cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, est. Dell'Andro, e qui al § 17, la motivazione: “Il principio di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare”.

⁴² C. cost. 23-31 marzo 1988, n. 369, est. Dell'Andro, e qui, al § 3, l'assunto: “Lo “Stato sociale”, aumentando notevolmente la sua “incidenza” in vari campi d'attività, ripone fiducia, forse eccessiva, nella funzione deterrente e d'“orientamento culturale” della sanzione penale e finisce così con l'aggiungere a divieti contenutisticamente riferiti alle più svariate materie appunto previdenziali, tributarie, ecc.) la sanzione penale. Si produce così un aumento delle sanzioni penali (a ciò si deve anche il troppo frequente ricorso, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, a misure “clemenziali”: almeno nelle intenzioni dei Costituenti doveva, invece, essere ridotta la frequenza dell'emanazione di provvedimenti di clemenza; il sistema penale, anziché essere tutela di pochi, fondamentali beni, costituzionalmente rilevanti, diviene, sia pur seguendo i mutamenti della realtà sociale, quasi “soltanto” od “ulteriormente” sanzionatorio di precetti (non sempre di notevole importanza) relativi alle più diverse materie. Con la conseguenza che il legislatore, allorché intende modificare la disciplina di queste ultime (ad es., dopo periodi d'illegalità di

risiede, a questo punto, nella necessaria identificazione del bene nella tavola di valori costituzionali pre-costituiti, in un canone scritto e predeterminato (un *numerus clausus*) rispetto alla storia, ma nella loro rispondenza assiologica e normativa a un complesso di regole-principi di rilevanza costituzionale⁴⁴.

massa) è quasi necessitato, nel “cancellare” il passato, ad incidere sulle sanzioni penali poste a rafforzamento delle sanzioni extrapenali”.

⁴³ C. cost. 6-18 luglio 1989, n. 409, est. Dell’Andro: e qui **la motivazione al § 2**, che dà atto di “tre distinti principi: il primo, indicato di recente da autorevole dottrina, secondo il quale non sono legittime incriminazioni penali a tutela di beni non espressivi di valori costituzionalmente rilevanti (o significativi); il secondo, enunciato come principio di proporzionalità (valido per l'intero diritto pubblico) a termini del quale la scelta dei mezzi o strumenti, da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini “va limitata da considerazioni razionali rispetto ai valori”: nel campo del diritto penale, il principio equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionata mente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni; ed il terzo principio di sussidiarietà del diritto penale (quest'ultimo considerato come *extrema ratio*) secondo il quale è legittimo ricorrere alla sanzione penale soltanto allorché gli altri rami dell'ordinamento non offrano adeguata tutela ai beni che s'intendono garantire. I predetti principi, benché collegati (ad es. la non legittimità dell'incriminazione di fatti lesivi di beni non costituzionalmente rilevanti equivale anche a ridurre l'ambito del penalmente rilevante, come sancito dal principio di sussidiarietà) sono fra loro autonomi, indipendenti (ad es., non basta che l'incriminazione attenga ad un bene costituzionalmente rilevante per totalmente adempiere al principio di sussidiarietà, giacché, ove gli altri rami siano in grado d'offrire adeguata tutela allo stesso bene, non è legittimo che quest'ultimo sia penalmente garantito, non essendo l'incriminazione del fatto lesivo del predetto bene *extrema ratio*). **E quindi al § 4**: “il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante ma e anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, 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 sede. 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”.

⁴⁴ La prospettiva bricoliana mi pare così sostanzialmente conservata, e non “annacquata”, ma anche preservata da critiche altrimenti difficilmente superabili: per una loro sintesi, da ultimo, A. PAGLIARO, *Il reato*, in C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, a cura di, *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, 29-31. Per un’attenta ed equilibrata valorizzazione della prospettiva di un’offensività costituzionalmente orientata, ma in un’accezione rivisitata rispetto alle impostazioni legate a un *numerus clausus* dei beni rilevanti, v. da sempre F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, Cedam, Padova, 2011, 186 ss. (sin dalla prima ed. del 1979), nonché, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I³, cit., 449-608. Più di recente, C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, parte gen., cit., 55 ss. A livello di manualistica internazionale, il riconoscimento più significativo di un approccio costituzionalistico al bene giuridico, pur con diversità di accenti, si può trovare in C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I³, Beck, München, 2006, § 2/86-94; J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, Parte geral, Tomo I², Coimbra Editora, 2012, § 6/21 ss. (p. 117 ss.); S. MIR PUIG, *Derecho penal*, parte gen.⁸, Reppertor, Barcelona, 2006, § 3/50 ss. (p. 119 ss.), § 4/38 ss., (p. 161 ss.) (dove non compare tanto il termine Costituzione o costituzionale, però il contenuto dei

E' una diversa declinazione del giuspositivismo che si afferma in questa conservazione del modello originario⁴⁵ (v. il § seg.).

Non nasce quindi una "concezione del bene giuridico costituzionalmente orientata", da identificarsi con l'offensività: è che la teoria del bene giuridico – come ogni concezione – deve essere costituzionalmente conforme, e quindi rispettare **una serie di regole e principi**. L'offensività, in senso stretto, è uno di tali principi, che si declina peraltro attraverso altri principi, oggi anche sovranazionali, che sempre conoscono un bilanciamento o un coordinamento⁴⁶. In realtà, per quanto complesso, esso *non potrebbe essere scomposto* nei principi del diritto penale del fatto, in quello di ragionevolezza o in quello di proporzione: tutti e tre questi principi, infatti, non restituiscono – se non *insieme* – il significato fondante dell'offensività, che presenta *un valore aggiunto sul piano argomentativo e politico-criminale*. La stessa *ultima ratio*, nella cui cultura minimalista s'inserisce l'offensività, presenta un significato più ampio, anche di politica criminale, conservando una chiara autonomia rispetto all'offensività.

5. Offensività e proporzione. Natura giuspositivistica dell'offensività a base costituzionale ed esportabilità del modello

parametri di legittimazione sono tutti di rilevanza costituzionale); A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal*⁴, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, 538 ss., 546 ss., con altri richiami opportuni; nella letteratura sudamericana, E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, parte gen.², cit., 126 ss., 486 ss.; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, parte gen. *Principios y categorías dogmáticas*, cit., 249 ss., 274 ss., 279 ss., con altri richiami.

⁴⁵ Che lo stesso modello costituzionalistico bricoliano fosse solo apparentemente un prodotto puro del giuspositivismo, abbiamo cercato di dimostrarlo in [DONINI, L'eredità di Bricola, cit., § 2](#). Ciò valga come risposta alle diverse conclusioni, oggi, di E. BACIGALUPO, *Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal*, in *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al prof. G. Jakobs en su 70 aniversario*, cit., 17 ss., 25. L'A. interpreta l'opera di Bricola come se fosse convertibile in un costituzionalismo che sancisce la tutela penale di sole norme: dato che, ad avviso dell'A. spagnolo, il vincolo positivistico costituzionale sarebbe un ancoraggio al puro fatto della costituzionalità dei beni (anche se di modesto significato), questo giuspositivismo coinciderebbe con la tutela di mere norme costituzionali, purché tali. Il lettore italiano sa che in questa lettura è contenuto un fraintendimento rilevante, dato che nella prospettiva di Bricola solo un fatto che realizzava la lesione (o la messa in pericolo concreto) di beni di *significativa* rilevanza costituzionale poteva essere oggetto di previsione penale. Il dato formale della Costituzione, dunque, non era certo sufficiente, e il successivo raccordo con il parametro di *raffronto con la libertà personale* toglieva ogni equivoco al riguardo.

⁴⁶ Come osservato da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità*, cit., 362: "la Corte ha dato prova di comprendere come qualunque valutazione del contenuto offensivo di qualunque reato non può esaurirsi nel riferimento esclusivo al bene giuridico assunto come riferimento. Poiché, in effetti, la costruzione legislativa di fattispecie è sempre il risultato di una considerazione e ponderazione anche di tutto un fascio di ulteriori interessi concorrenti o addirittura confliggenti con quello principale tutelato, è chiaro che la valutazione del contenuto di disvalore del reato tende necessariamente a dilatarsi dal bene giuridico verso gli scopi e gli obiettivi della scelta politica, la loro intrinseca logicità e quella del mezzo prescelto". In senso conforme, D. PULITANÒ, *Scienza della legislazione e controllo di legittimità di norme penali. L'esperienza italiana*, relazione svolta a Modena al Convegno svoltosi l'8-9 ottobre 2010 sul tema: "L'approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto" (dattiloscritto, p. 10).

5.1. Individuati beni penalmente ammissibili, comincia qui la distinzione tra principio di offensività e principio di proporzione. Il tema è tra i più insidiosi in materia di principi. La proporzione gode oggi di una reputazione molto sopravvalutata, perché è criterio praticamente cieco e relativistico, buono davvero per tutte le stagioni. Se fosse consolidata (almeno in astratto) la punibilità con la pena di morte (come in Cina), o anche con una pena comunque severissima e molto elevata, per il contrabbando di auto, per il traffico di stupefacenti ma anche per l'abigeato, oltre che per altri fatti davvero gravissimi, che cosa non sarebbe "proporzionato" a tali scelte di valore?

Il discorso è dunque molto vasto e tocca direttamente sia il tema della proporzione e sia quello del bene giuridico. Quando nel dibattito internazionale, da Amelung in poi, varie letture sociologiche, o in seguito funzionaliste, o comunque scettiche circa la capacità "cognitiva" e poi selettiva del bene giuridico *penale*, hanno ricordato che anche lo stesso "catalogo" dei beni presenti in una Costituzione, in definitiva, ha bisogno di essere concretizzato storicamente e politicamente, sì che il sogno di vincolare la società a un testo precostituito alla sua storia non può essere fissato in un fotogramma, costituendo il film della sua evoluzione; quando si è preso atto che non esiste perciò la Costituzione-codice, dalla quale "dedurre" cioè il codice penale come verità rivelata e unica; quando ormai da parte di tutti si ammette che è possibile conservare al testo costituzionale un valore vincolante la scelta e la ridefinizione dei beni, senza per questo immaginare che la Corte costituzionale sia veramente arbitro sopra il Parlamento nella concretizzazione delle gerarchie tra beni e valori, si è ammesso che : a) **l'approccio costituzionalistico rimane positivistico**, e dunque differenziabile nella storia e anche nella geografia politica: esso rimane positivistico anche se l'ultima parola – come sempre! – non spetta alla legge scritta, ma alla norma che si ricava dalla disposizione, attraverso un processo di ermeneutica istituzionale: il diritto come norma, decisione e istituzione; 2) **il criterio più "generale"** possibile di confronto tra i beni tutelabili rimane quello della **proporzione**: ma perché non si riduca a un *passerpartout*, la proporzione andrà non solo concretizzata sulla coerenza delle **scelte di ogni ordinamento**, ma anche sulla griglia di **altri principi** parigrado costituzionali o sovranazionali.

Queste due acquisizioni consentono di ribadire che si tratta di un *modello esportabile*, la cui *gestione* è tuttavia *differenziata*.

Emergono qui problemi di grande impatto che toccano qualsiasi ordinamento, ma un paio di precisazioni possono essere formulate da subito.

Poiché – a differenza del calcolo di una sanzione civile di risarcimento del danno – non sappiamo che cosa sia davvero proporzionato a un furto o a una rapina, dato che libertà e patrimonio non sono scientificamente misurabili e commisurabili "tra di loro", domina il campo il *totale relativismo* delle opzioni⁴⁷. La proporzione, pertanto, non solo è relativa, ma è anche attratta da una logica strumentale: a seconda che si

⁴⁷ *Amplius*, M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

tratti di proporzione rispetto ai fini o ai valori, essa significa che il sacrificio di un bene è conforme a uno scopo, e dunque è “utile” per consolidarlo, o realizzarlo: *zweckmäßig*, utile⁴⁸.

La **proporzione** – possiamo così precisare – **non basta** a qualificare l’offensività, non può assorbirla in se stessa. Chi avesse pensato di ridurre tecnicamente l’offensività al rispetto del principio di proporzione avrebbe pertanto tradito il significato più intimo dell’offensività.

L’offensività, infatti, ha una dimensione assiologica che manca alla proporzione, la quale è del tutto relativa e utilitaristica⁴⁹.

Non si può sanzionare penalmente il **divieto di parcheggio**, neppure se si prevede una pena pecuniaria simbolica e non convertibile in pena limitativa della libertà. Non è penale. Non può essere “penale” quella violazione, anche se fosse proporzionata la sanzione⁵⁰.

L’esempio dell’esposizione non autorizzata della bandiera estera⁵¹ costituisce attuazione implicita di questo riconoscimento e di questa distinzione.

Esiste pertanto un problema *assiologico* (di principio), prima che *utilitaristico* (di proporzione, di conformità dei mezzi ai fini).

Lo “stigma” penalistico, in ipotesi, potrebbe sempre “servire” a qualcosa, ma non è strumentalmente utilizzabile da parte del legislatore, se non entro alcuni limiti, non è ridicibile a un “machiavello”, a un’astuzia della ragione strumentale. La distinzione tracciata da Coffee tra *prohibing* e *pricing*, quale spartiacque tra il penale e l’extrapenale, presenta qui un significato paradigmatico⁵², ancorché non risolutivo.

Questi limiti, però, attendono ancora un lungo lavoro di costruzione da parte dell’interprete. Riprenderemo il tema della **proporzione penalistica** più avanti (§ 8).

6. Dalla Germania all’Italia, dalle categorie ai principi. Caratteristiche dell’approccio costituzionalistico italiano all’offensività

⁴⁸ *Amplius*, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* già in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss., poi in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno*, cit., spec. 132 ss.

⁴⁹ Cfr. in tal senso l’analisi della proporzione di H. ÁVILA, *Teoría de los principios* (trad. dalla 10ª ed. dell’originale portoghese), Marcial Pons, Madrid, 2011, 144 ss. V. comunque, per una rinnovata riflessione sui distinti aspetti del principio di proporzione (visto dal punto di vista del sistema sanzionatorio) in prospettiva europea, anche alla luce dell’art. 49, co. 3, della Carta europea dei diritti e dell’art. 83 TFUE, [C. SOTIS, I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona, in questa Rivista, 4 ottobre 2011, e in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 1/2012, 111 ss.](#)

⁵⁰ Non è scontata questa affermazione. In una situazione di particolare carenza di parcheggi, di abuso dello spazio pubblico, di difficoltà nella circolazione viaria, sarebbe ipotizzabile l’introduzione di sanzioni di tipo penale, magari delegate all’inosservanza di ordini contingibili e urgenti di un’autorità amministrativa. Ma non si tratterebbe più, a quel punto, di tutelare la regolarità ordinata del traffico, ma lo stesso ordine pubblico della sicurezza della circolazione.

⁵¹ Corte cost., 21-25 maggio 1987, n. 189, in *Giur. cost.*, 1987, 1375 ss., spec. 1383, cit.

⁵² V. il richiamo a nota 2, *retro*.

6.1. In Germania, dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca che ha legittimato il reato di incesto (BVerfGE 120, 224)⁵³, sostenendo fra l'altro che la teoria del bene giuridico, le sue possibili concezioni, non contengono parametri contenutistici che possano essere "recepiti" a livello costituzionale, in quanto è semmai la Costituzione a fissare limiti al legislatore, solo oggi i penalisti tedeschi cominciano a chiedersi veramente se il tema del bene giuridico abbia un ancoraggio di tipo costituzionale⁵⁴, con un passaggio dal diritto penale delle categorie (il bene giuridico) a quello dei principi (l'offensività, in lingua italiana)⁵⁵.

⁵³ Tale sentenza del 26 febbraio 2008, decisa con la *dissenting opinion* di Winfried Hassemer, è pubblicata in italiano in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss., con nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, *ivi*, 2115 ss. Sul tema v. pure i commenti critici di E.R. BELFIORE, *Le Corti costituzionali italiana e tedesca a confronto: i principi di ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit in materia penale*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Esi, Napoli, 2010, p. 46 ss. e di A. NISCO, "Principio di proporzionalità" ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. Fondaroli, Cedam, Padova, 2008, 147 ss., 170 ss. Per le successive vicende della decisione tedesca nel giudizio (di rigetto) avanti la Corte EDU, cfr. ancora [A. NISCO, L'incesto innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali, in questa Rivista, 18 ottobre 2012, e in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 3-4/2012, 1 ss.](#)

⁵⁴ In termini il riconoscimento – senza nessuna citazione dal dibattito italiano, per altro noto in Germania grazie a varie traduzioni – di una discussione ormai attuale in Germania, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla legittimità costituzionale del reato di incesto, sulla questione "ob die Rechtsgutstheorie verfassungsrechtlich anschlussfähig ist, bzw. anschlussfähig gemacht werden kann", W. WOHLERS, *Die Güterschutztheorie Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie*, cit., 606. Sul tema sono apparse alcune rilevanti monografie di orientamento costituzionalista nella letteratura tedesca degli anni '90: I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, cit. (peraltro con posizione di rifiuto rispetto alla teoria del bene giuridico: *ivi*, 357 ss., 381 ss.); G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991; O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Prinzipien*, Mohr, Tübingen, 1996 (con svolgimenti critici al bene giuridico nel senso di una sostituzione del paradigma del bene con quello dei diritti fondamentali quali fondamento e limite del diritto penale). V. altresì K. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991; W. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

⁵⁵ Sull'ancoraggio costituzionale della teoria del bene giuridico, ma anche a favore dell'idea che la sua concezione critica fornirebbe acquisizioni rilevanti per la stessa dimensione costituzionale della tutela penale, v. in particolare C. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*, cit., 581 ss.; ID., *The Legislation Critical Concept of Goods-in-law under Scrutiny*, in *EuCLR*, 1/2013, 3 ss., 19 ss. Veramente è del 1970 l'articolo fondamentale di H.-J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Fest. Honig*, Schwartz, Göttingen, 1970, 151 ss., che contiene una chiara indicazione costituzionalistica per il tema del bene giuridico (e che si trova citato anche da Bricola nella TGR), e quindi la Habilitationsschrift di Rolf-Peter Calliess, poi pubblicata col titolo R.-P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlegendiskussion*, Fischer, Frankfurt a.M. 1973, dove era contenuta una ricostruzione in chiave di teoria sistemica e funzionalista del diritto penale come "diritto costituzionale concretizzato" (*ivi*, 15 ss., 27 ss., e testualmente p. 94). Un intero capitolo era dedicato al tema "Diritto penale come tutela di beni giuridici" (*ivi*, 122-154), dove il bene giuridico diviene "concetto centrale del diritto penale". V. pure il più recente saggio efficacissimo e ipergarantista, sempre di CALLIESS, *Strafzwecke und Strafrecht*, in *NJW*, 1989, 1338 ss. Però, pur con queste rilevanti anticipazioni, dobbiamo attendere l'inizio degli anni '90 per una ripresa del dibattito (v. i già citati lavori di Tiedemann, Appel, Lagodny etc.) e per l'appunto, anche grazie a Roxin, una forte tematizzazione della tematica

In una diversa chiave di lettura, addirittura ci si chiede **se non sia il caso di puntare direttamente su una prospettiva costituzionalistica** per la delimitazione dell'area punibile, **senza insistere con l'utilizzo di concettualismi categoriali come il bene giuridico** che, sganciati da vincoli superiori, non possono produrre delimitazioni praticabili in concreto⁵⁶.

Queste attuali riflessioni dei penalisti tedeschi sono in Italia oggetto di dibattito, e altresì di acquisizione istituzionale, da quasi mezzo secolo, ma il fatto che vi sia una attuale "ri-scoperta" dell'approccio costituzionalistico a livello internazionale ne contrassegna il valore altrettanto generale, e non circoscritto al provincialismo del testo di una, o di "ciascuna", Carta costituzionale nazionale, separatamente considerata⁵⁷.

costituzionalista a livello di parte generale. Si tratta comunque tutt'oggi di posizioni largamente di minoranza.

⁵⁶ Per questa conclusione del tutto scettica sulle capacità delimitative delle varie "concezioni" o "definizioni" del bene giuridico, e a favore di una delimitazione della tutela penale su basi strettamente costituzionalistiche, da sviluppare in futuro, v. il brillante scritto di C.-F. STUCKENBERG, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, in GA, 2011, 653 ss., spec. 656 ss. La via "maestra" di un approccio strettamente ancorato ai diritti fondamentali e alla Costituzione, anziché alla categoria del *Rechtsgut*, era già presente nei lavori di Appel e Lagodny cit. a nota 54. Nello stesso tempo, non mancano scetticismi ben più profondi verso lo stesso orientamento costituzionalistico in generale, anche da parte di nuove generazioni di studiosi di formazione germanica. Si afferma, per es. (L. GRECO, *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in B. BRUNHÖBER, K. HÖFFLER, J. KASPAR, T. REINBACHER, M. VORMBAUM (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2012, 13 ss., spec. 35 s.), che la Costituzione sarebbe cieca rispetto a taluni principi fondamentali del diritto penale, che la fiducia in essa, quale ancoraggio del diritto penale, presenterebbe dunque altrettanti pericoli come illusioni di maggiore scientificità (si ricorda che Bricola avrebbe addirittura pensato di fondare sulla Costituzione l'illegittimità di tutti i reati di pericolo astratto, oltre che – ma questo non è esatto e frutto di fraintendimento – la scelta tra bipartizione e tripartizione nella sistematica del reato: *Op.ult.cit.*, 17, nota 22), e che infine non potrebbe sottrarsi al limite del provincialismo, in quanto nulla si potrebbe guadagnare dalle profonde differenze esistenti nelle Carte fondamentali di Italia, Giappone, Taiwan, Argentina, Brasile etc. Meglio allora, in questa visione, la tradizionale scienza penale tedesca quale prodotto culturale di esportazione mondiale, proprio grazie alla sua [reale?] autonomia da vincoli positivo-nazionali, al suo universalismo (*ibidem*, 35 s.). Per una riflessione aggiornata sull'esportazione attuale dell'approccio costituzionalistico nella giurisprudenza europea, cfr. [M. DONINI, L'eredità di Bricola, cit., 18 ss., 28 ss. \(§ 8 e 10\)](#), di cui si riprendono qui in sintesi alcuni sviluppi nel successivo § 6. Di qualche interesse può anche essere il fatto che in tutt'altro contesto, come quello sudamericano e in particolare colombiano, altre Corti costituzionali abbiano sviluppato un approccio costituzionalistico al diritto penale e anche al bene giuridico che di fatto ricalca da vicino il modello italiano. V. sul punto D. RESTREPO, *Genesis e sviluppo del concetto di bene giuridico in un "diritto penale colonizzato": il caso colombiano*, in *Indice pen.*, 2011, 383 ss., spec. 405 ss., 419 ss., 426 ss. Sui limiti dell'esportazione internazionale di modelli apparentemente giusrazionalistici v. pure J. P. MATUS ACUÑA, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, in ID., *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, 311 ss.

⁵⁷ Non sono mancate, da tempo e progressivamente, ficcanti critiche (intensificate via via) alla timidezza della Corte costituzionale tedesca nel vaglio relativo alla legittimità delle incriminazioni, del principio di proporzione e, in fondo, di quella che per noi è l'offensività: già K. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, cit., 50 ss.; più recentemente B. SCHÜNEMANN, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen grenzender Straftatbestände und ihrer Interpretation*, cit., 142 ss., e da ultimo S. SWOBODA, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, cit., spec. 46 ss.

6.2. Il tratto più caratteristico di una *lettura forte, post-bricoliana*, dell'approccio costituzionalistico *nel suo complesso* è stato quello di ravvisare nel patto costituzionale **il fondamento, anziché il mero limite**, dell'intervento penale: esso conterrebbe il "volto costituzionale" dell'illecito penale, il *know-how* del modello costituzionale di illecito penale e della relativa risposta sanzionatoria, capace di differenziarlo in termini essenziali dall'illecito amministrativo (per es. pericolo concreto o astratto-concreto *vs.* mera inosservanza di cautele e autorizzazioni di pericolo presunto, natura preventivo-disciplinare dell'illecito etc.) e da quello civile (centralità del disvalore d'azione, della colpevolezza e della offesa di un bene nel primo, e del danno nel secondo).

6.3. La **lettura tradizionale**, peraltro, ha visto nei principi costituzionali **solo un limite** alla libertà fondamentale del Parlamento nella costruzione della responsabilità penale, come se la Costituzione fosse una sorta di filo spinato che recinta piccoli spazi d'indisponibilità legislativa, con una ben più forte relativizzazione e storicizzazione di confini tra i vari modelli d'illecito giuridico: nulla è penale "in sé", **tutto è politica**. Il Leviatano è ancora molto forte e decide lo stato di eccezione. Se non fosse tutto politica, si teme, esisterebbe comunque una politica superiore, a base costituzionale, gestita dalla magistratura, da un supercontrollo della Corte costituzionale o persino dalle manipolazioni ermeneutiche della magistratura ordinaria, delegata senza controlli a un'interpretazione conforme da diritto libero, non solo *in bonam partem*.

Teoria prescrittiva quella "forte", però bisognosa di *self-restraint* nella gestione del proprio modello, comunque sottoposto a un vincolo irrinunciabile di legalità; teoria assai più descrittiva e aperta alla gestione politica della materia penale la seconda lettura qui definita "debole"⁵⁸.

6.4. L'intollerabilità che i padri (costituenti) possano fermare la storia e vincolare il futuro oltre un certo limite ha reso necessaria **una storicizzazione dello stesso modello forte**. Se prescindiamo dalle prime stagioni di "esaltazione costituzionale"⁵⁹ stile-anni Settanta, nessuno sosterrrebbe che da un testo scritto nel 1947 sia possibile e doveroso dedurre, oggi, un intero codice penale, una sorta di Costituzione-codice, capace di contenere le scelte fondamentali in materia penale⁶⁰. Piuttosto, è possibile sostenere che l'attuazione della Costituzione sia così storicizzata, da implicare che il codice penale attuale, e costituzionalmente conforme, sia l'espressione del diritto penale costituzionale vigente in un certo momento storico, una sorta di codice-Constituzione. Il codice, com'è stato detto nella tradizione costituzionalistica spagnola, sarebbe una "Costituzione in negativo", un negativo costituzionale⁶¹, secondo un rapporto dialettico stringente, ma non unidirezionale (non

⁵⁸ Illustrazione compiuta del significato di una lettura forte e di una debole nell'approccio costituzionalistico penale in M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., 421-434.

⁵⁹ L'espressione è di F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, cit., p. 545.

⁶⁰ Per la critica a questa idea v. anche quanto osservato in M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giust.*, 2004, 492 s.

⁶¹ Cfr. ancora la definizione recepita nella "Exposición de Motivos" del codice penale spagnolo del 1995: «Si se ha llegado a definir el Ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la

di mera deduzione dal testo fondamentale) tra legge ordinaria “costituzionalizzante” il sistema, e fonte superiore. Affinché questa idea non si riduca però a costituzionalizzare....l’esistente, decostruendo continuamente il testo fondamentale al mutare delle esigenze storiche, e al fine di conservare alla Carta fondamentale, invece, un vincolo pre-legislativo permanente, è possibile **attualizzare alcune acquisizioni generali che contrassegnano il modello forte**, che è oggi comunque assai più relativo e storicistico rispetto alle ideazioni originarie degli anni Settanta.

6.5. **L’ancoraggio positivo dell’offensività** al diritto penale del fatto (art. 25 cpv. Cost), al raffronto con il sacrificio della libertà personale (art. 3, co. 1 e 13, Cost.), all’idea stessa di un *modello costituzionale d’illecito penale* in termini di legalità, riserva di legge, tipicità, divieto di analogia, responsabilità per fatto proprio, colpevolezza, finalità rieducativa etc. (v. il complesso dei caratteri dell’illecito penale secondo la Costituzione), rappresentano attualmente **acquisizioni irrinunciabili** del patrimonio collettivo della cultura penalistica italiana che dovrebbero essere più conosciute all’estero, proprio oggi che l’eredità contemporanea di quell’approccio si sta giocando a livello di fonti e Corti europee⁶². È dunque dallo stesso modello costituzionale d’illecito penale che discendono vincoli a una attuazione dei tratti dell’illecito che più supportano l’offensività.

fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del Ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de Constitución negativa. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse». Sul punto v. J. TERRADILLOS BASOCO, *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*, in J. R. CAPELLA, a cura di, *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, 355 s. F. MORALES PRATS, *L’offensività nel diritto penale spagnolo*, in AA.VV. *Verso un codice penale modello per l’Europa*, a cura di A. Cadoppi, cit., 85 ss. dà atto dell’utilizzo contraddittorio del criterio del bene giuridico da parte della Corte Costituzionale, sia per restringere che per ampliare l’intervento penale. Riguardo alla ricezione in Spagna del principio di offensività v. anche A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al derecho penal*⁴, cit., 538 ss. e, nel quadro di una concezione dell’offensività quale “limite” costituzionale alle scelte di criminalizzazione, L. ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, in *Rev. Jur. de Castilla-La Mancha*, n. 1, 1987, 100 ss.; M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTON, *Derecho penal*, parte gen.³, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, 247 ss.; E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1990, 5 ss.; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal*, in *Poder Judicial*, 1992, 7 ss., 32 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal*, in *Libro Homenaje a Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, 561 ss.; J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, 5 ss.; J.C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995 (1999³), 27 ss., 77 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*², con la colaboración de F. MORALES PRATS, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 64 ss., 264 ss.

⁶² V. al riguardo [M. DONINI, L’eredità di Bricola, cit., 1 ss.](#); ID., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., 421 ss. Un’ampia riflessione a tutto campo sulla realizzazione europea del diritto penale costituzionale in A. BERNARDI, *La costituzionalizzazione del diritto penale europeo*, in corso di stampa.

6.6. Un altro tratto molto *italiano* fa dell'offensività una grandezza di tipo oggettivo. Parrebbe che la stessa Costituzione supporti una **concezione oggettivistica dell'illecito e dell'offesa**, appunto⁶³. Oggi, però, quasi nessuno crede davvero a questa idea, che risente di una nozione storicamente datata dell'illecito, più che della responsabilità penale. 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*⁶⁴. L'offesa come componente oggettiva dell'illecito, 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 dell'illecito che già “precede” la causalità perché conforma la condotta causante (il dolo e la colpa *come* “azione”), oltre a richiedere poi, *altresì*, la colpevolezza per il fatto. Vero, peraltro, che quando si parla di offesa del bene, la componente soggettiva dell'illecito non vi è contenuta: il bene è leso o messo in pericolo a prescindere da dolo o colpa. L'offesa oggettiva di cui si discute, pertanto, è in realtà solo una componente dell'illecito (*Unrecht, injusto, wrong, torto*), non potendo certo esaurirlo in termini penalistici.

6.7. **L'aspetto più controverso** e irrisolto dell'offensività **non riguarda** la sua delimitazione ai **beni di rilevanza costituzionale**: infatti, se tali beni sono *impliciti* rispetto a quelli di espressa rilevanza costituzionale, il loro catalogo è necessariamente “aperto”. Se, invece, sono beni dal volto costituzionale più espressamente delineato, si tratta di vedere se la scelta del legislatore storico non possa in parte ridefinire situazioni più aggiornate rispetto all'idea del costituente: c'è sempre un problema di storicizzazione inevitabile. L'aspetto oggi più controverso, piuttosto, **riguarda le stesse pre-condizioni dell'offensività**, i limiti all'impiego d'incriminazioni più arretrate dello stesso pericolo astratto-presunto – come gli illeciti di rischio o basati sulla mera

⁶³ V. per tutti la classica ricostruzione di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 50 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 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*, Cedam, Padova 1984, 3 ss., spec. 43 ss. Come poi potesse ritenersi “fondata” da elementi solo oggettivi la responsabilità *penale*, rimane un interrogativo inevaso che ancora oggi risuona nei ricordi dei dialoghi con il mio Maestro. Forse si pensava di poter separare *illecito* penale da *responsabilità* penale. Ma un illecito penale oggettivo che illecito è? Dai tempi di un famoso rescritto di Adriano, *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. E il “danno fatto alla nazione”, nonostante Beccaria, non può essere l'unica misura del delitto.

⁶⁴ Cfr. M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, spec. 1654 s., nota 13 e 1658 s., con i necessari richiami anche comparati.

precauzione, sul superamento di limiti-soglia etc.⁶⁵ – ovvero fattispecie di pericolo astratto che non diano spazio alla prova dell’inoffensività in concreto o a forme di esclusione della responsabilità per esiguità, che non consentano condotte riparatorie perché nulla vi è da “riparare” se non una violazione, etc., così imponendo che la cifra vera dell’incriminazione sia costruita sull’inosservanza di un precetto, più che sulla lesione di un interesse: trasformando il paradigma della tutela di beni in forme di tutela ad essa alternative e costruite più sull’irregolarità, o sul disvalore soggettivo di azione, di intenzione, d’autore etc. Il giudizio *politico* su tali limiti è ciò che rende spesso non facilmente giustiziabile il principio (v. *retro*, § 4): dalla punibilità dell’incesto a quella delle sperimentazioni sull’embrione, dall’incriminazione di certe forme di negazionismo alla tutela penale dei “sentimenti”, dalla criminalizzazione del mero possesso di materiale (pedo)pornografico, stupefacente etc., a quella degli accordi criminosi distanti dalla stessa programmazione di un determinato delitto-scopo: precondizioni che lasciano intravedere l’obiettivo di colpire figure d’autore: il terrorista, il pedofilo, il neonazista; oppure condotte immorali. Si tratta di forme regressive della tutela che la anticipano a situazioni che l’idea dell’offensività pensava di avere lasciato alle spalle delle sue pre-condizioni (*retro*, § 2.3, 3.1). Se la tutela rischia di non essere più neppure di beni, ma di “garanzie periferiche” alla tutela di possibili beni, è chiaro che l’offensività è messa in crisi: non è neppure più in gioco la sua realizzazione.

7. Esperienze (più o meno) recenti. Bicamerale (1997), Progetti di riforma del codice (Pagliaro, Grosso, Nordio, Pisapia), codice penale spagnolo (1995), attuazione (con d. lgs. n. 121/2011) della direttiva europea sui reati ambientali, legge-quadro 24 dicembre 2012, n. 234

⁶⁵ Quanto agli illeciti “di rischio”, cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 534 ss., 554 ss.; ID., *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, BUP, Bologna, 2011, spec. 359 ss. Sul diritto penale dei limiti-soglia, F. STELLA, *Giustizia e modernità*³, Giuffrè, Milano, 2003, 528 ss.; F. D’ALESSANDRO, *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, 1133 ss., spec. 1180 ss.; ID., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, 45 ss., 265 ss. Sull’uso giurisprudenziale di logiche ispirate al principio di precauzione, D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, Aracne, Roma, 2012, 94 ss., 132 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2013, 374 ss. Più in generale su questi *trends* contemporanei – legislativi, teorici e pratici – tra pericolo e rischio, M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010, 4 ss., 168 ss., 371 ss., 606 ss., 671-674; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale, Studio sui limiti dell’anticipazione della tutela penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 38 ss. Sul tema v. anche più in generale gli Atti del Convegno di Modena, 3-5 novembre 2011 in AA.VV., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, a cura di L. Foffani, A. Doval Pais, D. Castronuovo, Giuffrè, Milano, 2013, cit.

7.1. 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 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 concreto. Tutto si sarebbe dovuto poi applicare *cum grano salis* e in forza di varie mediazioni tecniche. Però le scelte erano chiare.

I lavori della Bicamerale non si conclusero positivamente in Parlamento (per ragioni che nulla avevano a che vedere con l'art. 129 in particolare), e la revisione non venne mai approvata definitivamente. 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*: 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 costituzionali⁶⁶.

7.2. Un segno di questa posizione prevalente si registra nelle successive redazioni di **progetti di riforma codice penale** – via via: *Progetto Grosso* (2001), art. 2.2: applicazione della legge penale solo in caso di offesa del bene giuridico⁶⁷; *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»⁶⁸. In questi progetti successivi all'esperienza della Bicamerale non si è andati molto oltre 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»⁶⁹.

⁶⁶ 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. L'esposizione che precede (§ 4.5) potrà forse chiarire ancor meglio il senso di questo convincimento, supportando anche le (eventualmente diverse) posizioni di chi ha continuato a ritenere di accettare quella formulazione.

⁶⁷ Consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 661.

⁶⁸ Consultabile in *Cass. Pen.*, 2005, 252.

⁶⁹ Pubblicato in *Documenti giustizia*, n. 3/1992, 335.

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 Bicamerale⁷⁰. In ogni caso saremmo a livello di legge ordinaria, dove il **principio di offensività e il richiamo a beni di rilevanza costituzionale come oggetto di tutela (nel solo Progetto Pisapia)** è scritto **tra le regole-principio generali del codice**: norme sempre derogabili, evidentemente, ma con significato comunque "generale" e prescrittivo, tali da esprimere lo statuto giuridico e quindi il "livello" ordinario della parte speciale del codice, almeno, una volta redatto: ciò che si rivela coerente con l'abolizione delle contravvenzioni prevista da quel Progetto. Sennonché, la stessa parte speciale degli ultimi tre progetti, come noto, non è arrivata neppure alla fase della compiuta redazione o approvazione.

7.3. **Chi almeno in apparenza ha preso sul serio** l'idea di una legislazione penale codicistica ancorata a beni di rilevanza costituzionale, con illeciti costruiti su forme di offesa tendenzialmente di lesione o di pericolo concreto, è stato il **legislatore spagnolo**⁷¹.

L'ordinamento spagnolo è tradizionalmente privo di una significativa legislazione penale complementare. Ciò si spiega per la tradizionale parentela delle leggi speciali con discipline "eccezionali" e giurisdizioni "speciali", abusate nel periodo franchista. Anche la **riserva di "ley orgánica"** posta in materia penale dalla Costituzione spagnola del 1978 (art. 81.2), non ha **nulla a che vedere con** l'esigenza - postulata per es. **dall'art. 129, comma 4**, del già richiamato progetto di revisione della Costituzione italiana predisposto dalla Commissione **Bicamerale** per le riforme costituzionali - di leggi extravaganti concepite come organizzazione coerente, organica ed esaustiva della materia regolata («Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono»⁷²). L'organicità delle leggi penali spagnole, invece, è di tipo procedurale (e non concerne tutta la materia penale) ed è collegata al *quorum* della maggioranza assoluta del Congresso, con votazione finale sul progetto nel suo insieme: sia esso "organico", oppure no, sul piano contenutistico⁷³.

7.4. Come più volte rilevato, se in apparenza la legislazione spagnola può sembrare "minimalista", al confronto con quelle tedesca, francese, portoghese e italiana, così piene di leggi speciali, **non si può dire che la "centralità del codice" sia stata realizzata senza costi**: la possibilità di inserire in poche norme i reati contro

⁷⁰ V. il testo relativo in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, ESI, 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, 1772 ss.

⁷¹ V. anche richiami alla nota 61 *retro*.

⁷² Così l'art. 129.4 del Progetto della Bicamerale, peraltro ripreso a livello di legge ordinaria anche dai Progetti di riforma del codice penale, Grosso (2000), Nordio (2005) e Pisapia (2007), quale regola da introdurre almeno a livello di disciplina legislativa "generale".

⁷³ Per una valutazione simpatetica della disciplina spagnola, cfr. L. FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello "policentrico" a un modello "piramidale"*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano, 2003, 304 s.

l'ordine economico, quelli societari, tributari, contro la proprietà intellettuale e industriale, contro la sicurezza sociale, il territorio, l'ambiente, in materia di mercato, tutela dei consumatori e dei diritti dei lavoratori, ecc., paga un forte dazio all'uso largo di una tecnica legislativa ricca di *elementi normativi indeterminati e norme in bianco, o con molteplici rinvii tecnici a violazioni extrapenali*. Si è così osservato, in altro studio, che «l'alternativa alla moltiplicazione tassativa di precetti penali, in una società complessa che intende effettivamente disciplinare materie specialistiche, non è costituita dall'eliminazione di quei precetti, ma dal loro nascondimento in fonti subordinate o extrapenali, richiamate con la tecnica dell'elemento normativo, della norma in bianco, o del rinvio. L'operazione del codice penale spagnolo, pertanto, non è il risultato di una politica criminale ridotta quanto al numero dei "precetti": essi sono soltanto più celati»⁷⁴.

Non solo. Molti reati che in apparenza parrebbero contemplare eventi di pericolo concreto rispetto a beni collettivi (per es. in materia di integrità dell'ambiente, di sicurezza del lavoro, degli alimenti etc.), sono **di fatto svuotati dalla giurisprudenza e vengono trasformati in delitti di pericolo astratto**⁷⁵.

Insomma. Anche un ordinamento che potrebbe sembrare avere preso assai più sul serio il progetto di poche norme, costruite soprattutto su delitti di lesione o di pericolo rispetto a beni di rilevanza costituzionale, sconta una "decodificazione" originaria o ermeneutica nel segno della dipendenza della tipicità da fonti extrapenali e sublegislative, e dell'offensività da reinterpretazioni in chiave di pericolo astratto. Anche l'estensione dell'area penalmente rilevante non pare più ridotta per il minor numero delle incriminazioni: è simile, e risulta solo più generica la previsione codicistica rispetto a molte e dettagliate incriminazioni extrapenali.

7.5. Se dal modello spagnolo passiamo ai *paradigmi europei di costruzione dei reati ambientali*, anche qui l'esperienza più recente evidenzia un atteggiamento di mancata ricezione *italiana* delle indicazioni provenienti da un "modello bricoliano" di tutela penale⁷⁶, peraltro di fatto recepito a livello di legislazione-modello *europea*.

Con la direttiva 2008/99/CE e con la direttiva 2009/123/CE in materia ambientale⁷⁷ il Parlamento europeo e il Consiglio della Comunità Europea, hanno

⁷⁴ M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., 193-197. V. pure la discussione internazionale sul raffronto tra modello codicistico spagnolo e modelli ricchi di leggi penali speciali, negli Atti del Convegno di Modena del 2001 sul tema, in AA.V.V., *Modelli ed esperienze di riforma della legislazione penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano, 2003.

⁷⁵ Per la dimostrazione sia consentito il rinvio a M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini, D. Castronuovo, Cedam, Padova, 2007, 227-235 e 270-282, con i necessari riferimenti normativi e dottrinali.

⁷⁶ V. del resto, proprio al tempo della sua *Teoria generale del reato*, le proposte dello stesso F. BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, in *Riv. di diritto agrario*, 1973, 573 ss., spec. 604 ss., che ipotizzava *de lege ferenda* offese di pericolo concreto, e delitti di danno, oltre a beni intermedi (ma ritenuti di rilevanza costituzionale) come quello della purezza delle acque etc. (pur ammettendo, nel settore, anche la necessità di fattispecie-ostacolo che sarebbero state di pericolo astratto).

⁷⁷ Direttive che sono state il prodotto della famigerata (e non solo famosa), in punto di principio di legalità e di divisione dei poteri, decisione 13 settembre 2005 della CGCE, in C-176/03, e della successiva,

prefigurato un diritto penale in materia di tutela dell'ambiente costruito su una declinazione legislativa forte dell'offensività: si prospettavano, infatti, *macro-delitti aventi come oggetto giuridico e oggetto materiale, ad un tempo, l'ambiente o la qualità dell'aria, delle acque e del suolo, ovvero anche la salute umana, quali punti di riferimento di condotte concretamente pericolose o lesive di tali beni. Fattispecie di particolare gravità e di pericolo concreto o di danno, punibili solo in caso di condotte intenzionali o commesse per colpa grave, da aggiungersi o affiancarsi a quelle "minori" (di pericolo astratto-presunto, con superamento di limiti-soglia di punibilità, inosservanza di autorizzazioni etc.) tradizionalmente presenti nei sistemi penali europei.*

Si prevedeva, altresì, l'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per tali reati.

7.6. Come noto, **il legislatore nazionale, con d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121**, pur ben sapendo che in pratica non esistevano delitti in materia ambientale nel codice né fuori di esso, si è limitato a introdurre un paio di contravvenzioni in materia di uccisione o distruzione di specie animali o di habitat, estendendo peraltro la responsabilità da reato delle persone giuridiche (d. lgs. 231/2001, art. 25-*undecies*) in ordine ai principali reati ambientali già vigenti, che però sono quasi tutti solo contravvenzioni. Si è data attuazione in senso "minimalista" alla direttiva, ritenendo che in Italia siano da tempo già puniti penalmente fatti meno gravi dei reati ipotizzati dal legislatore europeo, e che nella repressione di tali fatti sia già adeguatamente possibile, in concreto, la reazione punitiva rispetto a manifestazioni più gravi come quelle previste dalla direttiva.

7.7. Ma le manifestazioni più gravi sono perseguibili in Italia, oggi, solo al prezzo di un'operazione di analogia interpretativa *in malam partem*. E' infatti **un paradosso** che, anziché costruire per legge delitti maggiori in questo settore, **lo si lasci fare alla giurisprudenza**, che estende **analogicamente il vigente art. 434 c.p.**, tipizzato per la repressione di disastri a base violenta, quali i reati ambientali *non* sono⁷⁸, così

"gemella" decisione CGCE 23 ottobre 2007, in C-440/05, che decretavano "per sentenza" la competenza penale dell'Unione europea con strumenti del primo pilastro (efficacia giuridica diretta quanto a precetti e sanzioni), fondandola su esigenze di "lotta alla criminalità" ambientale (il «diritto penale di lotta» fonda nuove competenze penali), prima che venisse sancita dal Trattato di Lisbona nel 2009 secondo criteri di maggiore tassatività *legale*. Per una sintesi efficace di queste vicende legislative, prima di Lisbona, cfr. G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 899 ss., 909 ss.; L. SIRACUSA, *La tutela comunitaria in ambito penale al banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, *ibidem*, 2009, 869 ss.; e dopo il Trattato di Lisbona: A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 40 ss.; nonché, in relazione al tema delle tecniche di tutela dell'ambiente, poco prima del d. lgs. 121/2011: A. GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente*, cit., 403 ss. Sull'attuazione, e sulla mancata attuazione delle cennate direttive ad opera del d. lgs. 121/2011, v. l'ampia analisi di [C. RUGA RIVA, Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente, in questa Rivista, 8 agosto 2011](#). altresì, in più ampio contesto argomentativo, G.M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in AA.V.V., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, cit., 133 ss.

⁷⁸ Su tale vicenda, in sintesi, v. ancora A. GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente*, cit., 419 ss.

costruendo con sentenza il **delitto di “disastro ambientale”**⁷⁹. Viceversa, per evitare temuti eccessi definitivi del potere giudiziario in caso di collegamento dell’offesa con macro-beni superindividuali, alcune norme di recepimento delle direttive europee avrebbero ben potuto meglio definire gli eventi lesivi in termini di maggiore determinatezza⁸⁰.

Emergono così in Europa paradigmi che sembrano memori dell’approccio costituzionalistico italiano⁸¹, ma in Italia non vengono recepiti, nonostante che non fosse richiesto di *sostituire* le leggi speciali (le più dettagliate contravvenzioni) con questi macro-delitti, bastando almeno *aggiungere* i delitti alle contravvenzioni, magari riducendo e riorganizzando queste ultime secondo modelli di tutela meno formalistici⁸².

7.8. **Un’altra vicenda paradigmatica** è rappresentata dalla **legge-quadro 24 dicembre 2012, n. 234**, che all’art. 32, intitolato “Principi e criteri direttivi generali per l’attuazione del diritto dell’Unione europea”, prevede testualmente alla lett. d): “al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l’osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell’ammenda fino a 150.000 euro e dell’arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, *solo nei casi in cui le infrazioni ledano o esponano a pericolo interessi costituzionalmente protetti*. In tali casi sono

⁷⁹ E’ noto che la stessa Corte costituzionale ha “salvato” quell’interpretazione analogica del disastro ambientale desunto dal disastro innominato (“un altro disastro”) ex art. 434 c.p., pur raccomandando al legislatore di tipizzare i reati di disastro, anziché lasciare che lo faccia la giurisprudenza (v. Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327, e sulla vicenda N. CECCHINI, *Attribuzione causale e imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 282 ss.). come già osservato in precedente occasione, qui la Corte ha abdicato al suo ruolo garantista: è come avere in diritto penale l’art. 2043 c.c., una clausola generale aperta sui possibili “danni” risarcibili. Per una proposta di definizione *legislativa* del reato di disastro *sanitario* (distinto da quelli a base “violenta” dei reati contro l’incolumità pubblica), v. il *Progetto 2010 di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, cioè Schema di disegno di legge recante: “*Disposizioni in materia di sicurezza alimentare*”, contenente un Progetto di riforma del Titolo VI del libro II del codice penale, pubblicato in *Cass. Pen.*, 2010, p. 4457 ss., e sul punto spec. 4475 s., nonché M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 324 ss. A mio avviso, un disastro sanitario *non è implicito* nella realizzazione dei vigenti delitti nominati contro la salute pubblica, *ad eccezione di quelli di epidemia e di avvelenamento* (per questo non richiamati). In senso diversamente orientato pare A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, Tomo II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2013, 174 ss. che segue una nozione più ampia di disastro sanitario già *de lege lata*.

⁸⁰ Sui profili d’illegittimità, comunitaria per violazione delle direttive, e costituzionale, per violazione dell’obbligo comunitario di cui all’attuale art. 117, co. 1, Cost., cfr. [C. RUGA RIVA, Il decreto legislativo di recepimento, cit., 16](#); A. MANNA, *La “nuova” legislazione penale in tema di tutela dell’ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2011, 759 ss.

⁸¹ Per una successiva, significativa proposta di immissione di maggiore “costituzionalismo penale” nella politica criminale europea cfr. il *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift f. die internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2009, 539 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1262 ss. e quindi la Comunicazione COM (2011) 573, 20 settembre 2011, intitolata “*Verso una politica criminale europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione europea attraverso il diritto penale*”: un volto umano e orientato ai diritti fondamentali, per legittimare meglio la “lotta” mediante il diritto penale.

⁸² V. già, le proposte dello stesso F. BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, cit., 604 ss.

previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongano a pericolo o danneggino l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli articoli 53 e seguenti del decreto legislativo n. 28 agosto 2000, n. 274, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro è prevista per le infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera”.

Anche questa recente vicenda è davvero **paradossale**. Nel momento in cui si disciplina in generale con legge-quadro il “paradigma” comune dell’attuazione nazionale delle nuove leggi penali dell’Unione Europea, vale a dire quelle che oggi saranno introdotte anche attraverso il sistema più immediato della *direttiva* ai sensi e per le materie di cui all’art. 83 TFUE, **si è optato per il modello contravvenzionale di illecito**, ma nello stesso tempo, ci si è addirittura affidati al programma bricoliano degli “**interessi costituzionalmente protetti**” proprio rispetto a una categoria che di solito li ha sempre trascurati. La legge-quadro in oggetto, invero, presenta aspetti di grande interesse in termini d’introduzione di strumenti di *democrazia penale* e di attuazione della *riserva di legge in senso sostanziale*⁸³, mediante meccanismi di significativa controllabilità della motivazione e della decisione penalistica europea da parte del legislatore nazionale, e di riflesso da parte dell’opinione pubblica⁸⁴. Nello stesso tempo, l’opzione “ordinariamente” contravvenzionale adottata si pone oggi in posizione disarmonica con le indicazioni dell’art. 83 TFUE (*infra*, § 9), che presentano, rispetto all’ipotesi ordinaria di legislazione penale mediante direttive nei settori “nominati” (art. 83.1) una gravità incompatibile con la costruzione d’illeciti bagatellari. Piuttosto, è rispetto al comma 2 dell’art. 83 (*infra*, § 9), riguardante le materie già “armonizzate” a livello di legislazione europea extrapenale, che si potrebbe porre qualche spinta a interventi di tipo strettamente preventivo, per la costruzione di reati di prevenzione, che sono quelli che più sollevano conflitti con una realizzazione forte dell’offensività. Ma si tratta, al riguardo, di un programma che è ancora tutto da redigere e le opzioni per un intervento penalistico più diretto da parte dell’UE sembrano oggi più decise – come si è visto – verso modelli di illecito “maggiore” anche in settori come quelli più tradizionalmente attratti dalla prevenzione, come l’ambiente.

Il “lungo cammino” del principio di offensività⁸⁵, e dell’approccio costituzionalistico, quindi, non finisce certo qui. È, ancora una volta, dall’Europa che possono venire oggi nuovi impulsi, a fronte di una stasi o di un riflusso nazionale.

⁸³ V., al riguardo, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 83 ss.

⁸⁴ Ampiamente C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale, in questa Rivista, 12 giugno 2013, e in Dir. pen. cont. – Riv. trim, n. 2/2013, 1 ss., 42 ss.* V. altresì, sul tema, ma molto criticamente per un’asserita diminuzione di democraticità, C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale, tra modelli della democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, 535 ss., spec. 548 ss.

⁸⁵ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, cit., 89 ss.

8. Concretizzazioni post-costituzionali sul nesso illecito/sanzione. Pene (sostanzialmente) non criminali, e sanzioni (solo) sostanzialmente criminali

8.1. Nella scelta tra i beni, ovviamente, le fonti superiori alla legge sono di orientamento doveroso per il legislatore penale. Questo programma è stato promosso dall'**indirizzo politico-giuridico dei beni di significativa rilevanza costituzionale**.

Il paradigma costituzionale dei beni penalmente rilevanti è una stella polare per il legislatore, ma solo se la Costituzione presenta certe caratteristiche e viene interpretata in modo evolutivo e sistematico, come del resto ogni disposizione e ogni norma giuridica.

Eliminati alcuni beni come immeritevoli in sé, e scelta una ricostruzione degli interessi secondo il volto attuale della Carta fondamentale e delle fonti sovranazionali vincolanti, la questione prioritaria, in realtà, rimane quella del *nesso tra illecito e sanzione*.

In lingua spagnola diremmo che è il tema non dell'*ilícito* (hecho antijurídico), ma del *injusto*, l'offesa come torto.

8.2. Occorre chiedersi in primo luogo **se esistano sanzioni che per la loro mancanza di serietà non possono essere penali**, pur inerendo a precetti che sono *Kulturnormen*.

In questi termini, la questione non mi risulta che sia stata affrontata in modo chiaro nel dibattito più recente, dovendosi risalire alle dispute sul diritto penale-amministrativo, sulle trasgressioni di polizia o sulla depenalizzazione per trovare risposte o indicazioni. È lì che si troveranno le radici "illuministiche" per l'abolizione delle contravvenzioni, ad esempio.

Il principio di offensività *non impone* solo crimini, non esige sanzioni gravi, in effetti, perché è possibile applicare la sanzione penale a fatti di modesta (ma non inesistente) lesività. Sarà un problema di *ragionevolezza* vagliare se, rispettate comunque le garanzie del penale, quel fatto possa rimanere tale.

Nella **cultura penalistica italiana** il penale è sempre stato sinonimo di **rischio della libertà**: ciò che non avviene in altri contesti, dove anche un illecito amministrativo può avere conseguenze che limitano la libertà personale⁸⁶. Ma il discorso è un po' teorico: oggi che la pena criminale è così decarcerizzata per moltissimi fatti, mentre esistono sanzioni amministrative di enorme impatto ed entità economica, tali da compromettere la vita delle persone, *l'argumentum libertatis* ha **perso il vigore che lo contrassegnava in passato**.

Se si prevedono certe sanzioni simboliche – v. per es. quelle della legislazione del 2006 che ha riformato i delitti contro la religione e i delitti di attentato – siamo ancora in presenza di un fatto penale? Spacciarlo per tale per ragioni "simbolico-espressive", oppure al fine di accrescere le "garanzie" del sistema penale-criminale può

⁸⁶ La *materia penale* elaborata dalla Corte Edu si è spesso confrontata con situazioni europee dove sanzioni amministrative presentavano una (ritenuta) assimilabilità allo statuto penale: con estensione dello statuto penale *degli illeciti* a quelle forme di responsabilità, in ragione delle tipologie sanzionatorie concrete.

valere, in un giudizio di bilanciamento, per salvare la legittimità dell'opzione, ma essa resta una scelta *patologica*. È questo, come noto, il problema di varie contravvenzioni.

Occorre perciò rispondere alla domanda: quando accade che una mera "multa", o un'ammenda, non possa essere qualificata penale perché irrisoria?

E **una risposta deve essere trovata**, almeno per esempi paradigmatici e non solo "in linea di principio". **Sennò tutto è politica** e la parola stessa che evoca una pretesa "scienza penale", o scienza della legislazione, si svuota nel *nonsense*, come nel teatro dell'assurdo. Per questo motivo ci siamo espressi, in altra occasione, nel senso che pur esistendo una teoria del reato di carattere scientifico, non altrettanto può dirsi della teoria della pena (e della qualificazione penalistica dei fatti), ancora troppo poco affrancata da scelte *meramente* politiche⁸⁷.

8.3. Non meno rilevante, e anzi frequentata da una copiosa *giurisprudenza europea*, appare però la **situazione contraria**: quando una determinata sanzione deve essere qualificata come "penale" anche *contro le scelte dichiarate e diverse del legislatore*. E' questo un discorso che si colloca tra la politica giudiziaria e la scienza della legislazione, il cui significato di garantismo dei principi, paradossalmente, è stato attuato più dalle grandi Corti che non dagli studiosi, avvinti dal loro giuspositivismo agnostico.

Il discorso sulla sanzione intrinsecamente punitiva-penale si confonde oggi, fino a quasi coincidere, col tema della "*materia penale*" affrontato da tempo dalle Corti europee con una giurisprudenza che, abbandonati parametri relativi alla natura o struttura dell'illecito, e richiamandosi al contenuto e allo scopo della sanzione, **non sempre appare persuasiva in concreto**. Posto il quesito su quando una sanzione, sia essa una sanzione amministrativa, una misura di sicurezza, o una pena privata, una sanzione formalmente civilistica, comunque sia stata qualificata da una legislazione, debba ritenersi così afflittiva o "punitiva", da ammettersi il suo carattere "*intrinsecamente penale*", al di là di ogni truffa delle etichette, le soluzioni accolte sono **molto varie**⁸⁸: il potere definitorio della giurisprudenza, al riguardo, appare ambiguo, politicamente segnato (v. la vicenda delle misure di prevenzione, sempre "salvate" da uno statuto penale di garanzie per "ovvia" ragioni di Stato) e molto discrezionale, perché *nessuno* è in grado di tracciare una linea netta e definitiva, una volta che si sia abbandonato il parametro del sacrificio della libertà personale. Avendo finalità

⁸⁷ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., §§ 1.1, 2.4, 2.5.

⁸⁸ Analisi critica in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention of the Human Rights*⁴, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2006, 543 ss., 552; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, 56 ss.; F. CONSULICH, "*Materia penale e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 65 ss.; F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky 413 ss. Ampia disamina della giurisprudenza della Corte Edu in V. MANES, *Art. 7/1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Cedam, Padova, 2011, § II; e in precedenza A. BERNARDI, *Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Cedam, Padova, 2001, 249 ss., 259 ss.

generalpreventive sia la sanzione civile, sia quella amministrativa e sia quella penale, così come comune a sanzione penale e amministrativa è la funzione-finalità specialpreventiva; dovendo tutte rispondere a parametri di proporzione, ma essendo spesso assai gravose (ben più di quelle penali) sia le sanzioni civili e sia quelle amministrative, la possibilità di ravvisare un contenuto afflittivo nella sanzione extrapenale sono enormi: risultano dunque possibili solo indicazioni paradigmatiche, *per exempla, soluzioni casistiche* che mirano all'attuazione del *principio garantistico* che assicura l'intervento giurisdizionale in caso di violazione dei diritti umani per *abuso legislativo* (art. 7 CEDU) nella definizione formale degli illeciti (e irrogazione delle relative conseguenze). Mai come in questi casi ci appare insuperabile, anche se non davvero soddisfacente, l'approccio stile *case-law* da parte della Corte Edu.

8.4. Il problema della proporzione penalistica si definisce a questo punto: se la sanzione è intrinsecamente penale, ad essa *dovrebbe corrispondere un "illecito" congruente* (in termini di offensività e colpevolezza).

Ma **non è vero il contrario:** sul versante dell'illecito, infatti, fatte alcune debite eccezioni (un genocidio non può che restare un crimine, finché esiste il diritto penale), in vari casi è più **difficile postulare in un fatto lesivo una gravità tale da imporre necessariamente una pena di tipo criminale.**

Questo tema si sovrappone, oggi, al problema degli *obblighi di criminalizzazione*, che non possiamo ora approfondire⁸⁹. Essi si inquadrano nel perimetro del principio di

⁸⁹ V. sul punto l'insuperata trattazione della posizione più garantista, soprattutto rispetto agli obblighi c.d. impliciti di incriminazione, di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, cit., 501-516, e a livello monografico, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, Pisa, 2009. In una prospettiva diversa, di recente, nel segno di una forte adesione al paradigma del diritto penale "buono" a tutela dei diritti fondamentali (in precedenza, v. P. PATRONO, *Diritto penale economico e interessi umani fondamentali*, cit., 64 ss., 75 ss.), in particolare quello di creazione giudiziaria (anche *in malam partem*), che avverrebbe nel segno "democratico" della riserva di giurisdizione, quale garanzia che i principi siano sottratti alla disponibilità da parte delle maggioranze parlamentari, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi M. Romano*, Jovene, Napoli, vol., II, 2645 ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA.VV., *La Convenzione europea*, cit., 243 ss., spec. 293 ss.; ma specialmente (sull'interventismo giurisprudenziale) ID., *Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 312 ss., 326 s. Gli argomenti svolti, e soprattutto alcuni esempi, fanno riflettere. Potremmo essere tutti d'accordo, se la posta in gioco fosse l'introduzione legislativa del delitto di tortura, grande assente dai delitti nominati del codice penale italiano, e la sua concreta persecuzione penale anche a seguito di opportune riforme (che non siano solo questione di *nomen iuris*). Però l'aspetto più problematico della *transitional justice*, qui direttamente coinvolta, è un altro: quando ad essere "vincitori" non sono dittatori o regimi politici, ma giudizari, che riscrivono la temporalità del diritto "vigente". Con specifico riferimento all'uso giurisprudenziale di logiche di obblighi impliciti di criminalizzazione nella gestione del passato e delle transizioni politiche (prescrizioni e amnistie disapplicate, uso retroattivo di norme incriminatrici, disapplicazione retroattiva di scriminanti, "accertamenti" sommari di consuetudini internazionali, etc.) v. ora l'ampio e istruttivo quadro critico contenuto in G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim* (e 197 ss. sugli obblighi di incriminazione in particolare). La diversa prospettiva del diritto penale dell'UE (e i suoi obblighi di criminalizzazione) coincide ormai col tema del diritto penale dell'UE dopo Lisbona: cfr. comunque C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 171 ss., 203 ss.; R. SICURELLA, "Eppur si muove!": alla

tutela dei beni o di difesa sociale, ma non in quello di offensività⁹⁰. Basti qui osservare che in assenza di obbligo *giuridico* di criminalizzazione situato in qualche fonte sovraordinata, l'obbligo *giuridico* di tutela dei diritti fondamentali non contiene implicazioni vincolanti sui mezzi di protezione, diversi dai requisiti di efficacia e da esigenze di eguaglianza nel trattamento *rebus sic stantibus*. È un problema di proporzione o, meglio, di relatività nel confronto tra le opzioni esistenti e quelle future. Qualsiasi obbligo formale d'incriminazione parrebbe – se preso sul serio – postulare l'obbligatorietà di tutto il penale “più grave” già esistente. Ma ciò potrebbe valere forse solo in un'ottica di puro retribuzionismo, mentre le incriminazioni, ferma una scala sanzionatoria di gravità proporzionata, si fondano su esigenze politiche di *ultima ratio* preventiva, che non governa la commisurazione, ma l'opzione criminalizzatrice sì. Ognuno vede allora dunque quanto sia debole quel tipo di indicazione “obbligante”. Chi non riconoscerebbe che un inadempimento civile può essere incommensurabilmente più grave e foriero di miserevoli conseguenze rispetto a una violazione di sigilli, o a una cessione di stupefacente, senza per questo diventare reato? La *frammentarietà* politica dell'intervento penale ci viene in soccorso in queste operazioni astratte: nessuna criminalizzazione a tappeto è mai doverosa, ma solo quelle politicamente necessarie (non per “tutelare” i morti, o la loro memoria e vendetta, ma) per *l'ultima ratio*. Solo in questo senso possono esistere “obblighi” (contingenti) di criminalizzazione, diversi da quelli che siano stabiliti da fonti superiori alla legge ordinaria, anch'essi da sottoporre comunque al *principio di sussidiarietà*, al quale anche quello di offensività e quello di tutela dei beni restano *subordinati*.

9. Un contributo dall'Europa all'offensività: a) onere di motivazione su proporzione e sussidiarietà; b) catalogo dei reati di cui all'art. 83 TFUE. Il carattere ancora nazionale, più che europeo, dei modelli d'illecito penale minore

9.1. La distinzione tra “penale” e “amministrativo” è meramente formale (e dunque *quantitativa*, politica e per di più tecnico-giuridica) solo *de lege lata* e limitatamente alle aree periferiche della penalità, non a quelle *nucleari*⁹¹.

ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, in AA.VV., *Per un rilancio del Progetto europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2008, spec. 232 ss.; G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, *ivi*, 285 ss.; G.M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale*, *cit.*, 150 ss., 164 ss.; e ampiamente G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, 235 ss., 300 ss. (cap. VI). V. anche sul punto il § seg.

⁹⁰ Per una sovrapposizione delle due distinte prospettive, a commento della giurisprudenza delle Corti europee, cfr. G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007, 28 ss., 95 ss.

⁹¹ Distinzione di principio, difficile da concretizzare nei casi difficili, ma di sostanziale capacità illustrativa generica. Riferimenti essenziali al dibattito tedesco classico, molto istruttivo, nei termini di cui al testo, in J. BOHNERT, *Einleitung* in K. BOUJONG (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*², Beck, München, 2000, Rdn. 50 ss., 82 ss.

Il principio di offensività, che ha natura non descrittiva, ma prescrittiva, più limitatrice che non legittimista, impone che quella distinzione si fondi a livello legislativo su criteri di opzione penale individuati, su soglie qualitative o anche quantitative, su parametri di costruzione dei fatti, delle modalità di offesa etc. che siano *motivabili*, che spieghino le ragioni sostanziali della sussidiarietà, e con ciò anche il rispetto della dimensione della riserva di legge in senso sostanziale⁹².

Se, pertanto, l'esistenza d'*illeciti penali minori* con lesività para-amministrativa (le contravvenzioni), anziché para-penalistica (delitti minori), è un sacrificio al principio di offensività, ciò dovrà essere vagliato all'esito di un bilanciamento tra valori e principi, quelli della possibilità di tutele alternative efficaci, dell'impossibilità tecnica, politica o amministrativa di una protezione extrapenale in un determinato ordinamento etc., suscettibile in casi-limite di controllo costituzionale. Un contributo rilevante per rendere praticabile e comprensibile tale controllo viene dall'Europa.

9.2. La concretizzazione dell'offensività in forme pregnanti appare oggi *più facile in sede europea che nazionale*: è cioè più agevole selezionare reati così gravi, per tipologia di offesa e forma di colpevolezza, da apparire di rilevanza "sovranazionale" e "transnazionale", ovvero "federale", rispetto a reati di marcatura solo nazionale, legati a una qualche *politique politicienne* o anche solo più contingente.

Che importa se in francesi hanno le *contraventions* e gli italiani le contravvenzioni, mentre i tedeschi e i portoghesi hanno rispettivamente le *Ordnungswidrigkeiten* o le *contra-ordenações*? Che si gestiscano queste differenze in ambito "nazional-provinciale". A livello europeo conterranno la sostanza dell'illecito e la sostanza della sanzione: che dovrà esser tale da supportare la gravidanza di un intervento di tipo "transnazionale".

Importante, al riguardo, è il rispetto dell'onere di motivazione che le leggi penali di origine europea dovranno rispettare. Questo, almeno, è un tracciato di possibile sviluppo razionale delle competenze.

I primi due protocolli al Trattato dell'Unione (TUE), rispettivamente "sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea" e "sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità" (art. 5 TUE) supportano oggi una declinazione significativa dei controlli nazionali sulla motivazione delle normative europee, anche in relazione al principio di sussidiarietà della legislazione europea. La legge-quadro n. 234 del 2012 ha concretizzato in modo rilevante questi strumenti⁹³, approntando regole di declinazione della democrazia penale anche in ambito penale.

D'altro canto, le materie oggetto di legislazione penale mediante direttiva sono circoscritte a un elenco tassativo, e a una clausola di apertura più generale, all'articolo 83 del TFUE (ex articolo 31 del TUE), che dispone:

1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una

⁹² *Amplius*, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 86 ss., 281 ss.

⁹³ Diffusamente, al riguardo, C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, cit., 11 ss.

dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76.

Rinviando ai commenti più consolidati al riguardo⁹⁴, possiamo ricordare che la competenza penale europea "indiretta", o "accessoria", così introdotta dalle direttive, potrà finalmente esplicitarsi a livello della costruzione di veri "precetti penali" nella loro originaria concezione, mentre in passato i precetti nascevano spesso "di diritto pubblico", con affidamento agli Stati della scelta sanzionatoria ritenuta più adeguata. La nascita di veri precetti penali – cioè costruiti *ab origine* per essere muniti di sanzione criminale, e dunque strutturalmente presidiati da garanzie costruttive proprie di un modello d'illecito penale –, pur lasciando agli Stati-membri la scelta sanzionatoria concreta, anche se sicuramente di tipo criminale, non potrà che imporre un'opzione di gravità intrinseca degli illeciti: non solo nelle materie nominate, o ad esse assimilate per analogia (83.1), ma anche in quelle delimitate dalla previa armonizzazione extrapenale. La nascita e la diffusione europea di una cultura politico-criminale orientata ai migliori principi di una tradizione ispirata a *ultima ratio* e proporzione, pur nella prudenza che nella nostra materia è doveroso conservare, permette qualche timido ottimismo al riguardo.

9.3. Molti di noi, compreso chi scrive, hanno guardato con scetticismo a un'Europa che ci induceva a produrre più penale, mentre in realtà essa chiedeva soprattutto protezione per certi beni. Tuttavia la scelta, fino a pochissimo tempo fa, era davvero nazionale: gli Stati potevano, se in grado di farlo, decidere di approntare tutele

⁹⁴ G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in AA.V.V., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, cit., 683 ss., spec. 694 ss., 706 ss.; [A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive, in questa Rivista, 27 ottobre 2011, e in Dir. pen. cont. – Riv. trim., n. 1/2012, 43 ss., spec. 51 ss.*](#); C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in CP, 2010, 326 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. 122 ss. V. pure V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, spec. 106 ss. Con specifico riferimento al problema dell'offensività nelle prospettive future del diritto penale europeo, v. l'ampio inquadramento di G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., 13 ss., 71 ss., 430 ss.

efficaci, ma extrapenali. Solo adesso che è sorta una competenza europea nella costruzione di obblighi di tutela penale per gli Stati, vediamo che sarà più agevole che la politica criminale europea si legittimi attraverso illeciti “maggiori”, vicini a un modello costituzionale, meglio di quanto avverrebbe se si pretendesse la penalizzazione di illeciti minori o più formali.

Mentre la parte prima dell’art. 83, dedicata alla competenza penale ordinaria (83.1) attiene a campi d’intervento e a sfere di criminalità di significativa rilevanza penalistica, probabilmente solo le materie di cui al punto 2 dell’art. 83 sono suscettibili di un intervento penalistico più legato a logiche preventive, trattandosi di settori che sono già stati oggetti di misure di armonizzazione e che richiedono l’*indispensabilità* di una politica efficace dell’Unione. Ma nei casi ordinari, che attengono alle sfere di criminalità nominate o altre analoghe per gravità, siamo nell’ambito sicuro di delitti maggiori, a struttura non amministrativo-contravvenzionale.

Questo *non significa che il modello sia il delitto di evento*: molti reati di matrice europea, infatti, in materia finanziaria, di corruzione, di pedopornografia, di terrorismo etc., sono illeciti di pericolo o di condotta (salvo reinterpretare le condotte come eventi). Non si tratta, peraltro, di fattispecie d’inosservanza di regole preventivo-cautelari, per intenderci, pur ponendosi *talora in conflitto con il principio di offensività* là dove appaiono avvicinarsi alla repressione di forme di diritto penale d’autore, più che del fatto.

9.4. Paradigmatica di un’armonizzazione europea in campi del diritto penale “complementare”, al riguardo, la recente vicenda dell’adeguamento dell’Italia alla direttiva europea in materia di reati ambientali, di cui abbiamo già trattato. La costruzione di un diritto penale “codicistico” in questo e in altri settori, potrebbe essere il risultato di un impegno europeo al riguardo. Il problema è che queste modellistiche, se accolte, possono semplicemente aggiungersi a un diritto penale di mera prevenzione o del rischio, che risulta appannaggio di opzioni nazionali.

Il problema degli illeciti minori, dunque, di quelli al confine con la tutela extrapenale, appare essere avvertito come soprattutto nazionale. Di qui l’estraneità a politiche europee del tema del mantenimento, nei sistemi nazionali, di reati contravvenzionali, o di come configurare gli illeciti penali minori.

Di qui la possibile spiegazione del perché il tema dell’offensività riceva una declinazione e un’elaborazione soprattutto nazionale e dunque non sia ancora percepito come un principio europeo o sovranazionale.

9.5. È alla luce di tale conclusione che dovrebbe essere inquadrato l’atteggiamento critico relativo all’influenza sulla legislazione penale e la prassi interpretativa nazionale del principio di precauzione (cioè sugli illeciti incentrati su un’inosservanza di cautele prive di base epistemologica sicura, ma a fronte di un rischio di grande magnitudo, se reale) nelle sue matrici anche europee⁹⁵. La valenza

⁹⁵ Sull’incidenza di tale principio sulla cultura europea dell’offensività, e nel senso di una sua conciliabilità (nella versione “tenue” più garantista) con il principio di offensività, v. ancora G. SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale*, cit., spec. 436 ss.

europista della precauzione non è attualmente indice di un conflitto certo col principio di offensività *penale*: perché sono state soprattutto le legislazioni nazionali a regolarlo sul piano sanzionatorio, avendo esse piena competenza nella tutela giuridica (non necessariamente penalistica) dei fenomeni che ne rimangono interessati. Si tratta, pertanto, di una valutazione prematura su un conflitto che rimane, peraltro, latente⁹⁶.

10. Dalle contravvenzioni ai modelli “sostanziali” d’illecito penale minore nella legislazione penale complementare. Il ruolo della responsabilità degli enti

10.1. **L’alternativa alle contravvenzioni** non è un problema tecnico, ma politico. Sul piano tecnico, peraltro, mancano ancora modelli d’illecito penale minore che siano stati elaborati come esperienza sicura e tale da sostituire il modello contravvenzionale.

Esistono, infatti, modellistiche molto varie, al posto di paradigmi unitari riunificabili sotto una categoria di genere omogenea. Neppure la contravvenzione, in fondo, è stata così omogenea, ma certo lo è di più rispetto alle possibili figure di delitti minori, di prevenzione, di rischio etc.

Abbiamo provato, comunque, a costruire **modelli d’illecito penale minore** in una ricerca di qualche anno fa, poi approdata anche a un’esperienza di progetto ministeriale in materia di reati alimentari e contro la salute pubblica⁹⁷.

10.2. **L’idea di fondo** è quella di recuperare forme di beni-mezzo, di beni intermedi suscettibili di aggressione concreta anche se più anticipati rispetto a eventi lesivi vicini ai beni della persona, senza rinunciare a inserire nel fatto l’inosservanza di regole e discipline – rispettose della riserva di legge – quale presupposto antiggiuridico di una idoneità lesiva comunque da verificare in concreto. Si aggiunge a ciò una

⁹⁶ Basti rinviare, anche per altri ragguagli, ai contributi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 57 ss. e di E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*. cit., 3 ss. Con specifico riferimento al diritto penale degli alimenti v. 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, 225 ss.; e ID., *Principio di precauzione e sistema sanzionatorio - una riflessione alla luce del diritto dell’Unione Europea*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno di Verona su *Limiti convenzionali e costituzionali del “Diritto Penale Europeo” dopo il trattato di Lisbona. Il dibattito in Germania e in Italia*, tenutosi il 16-17 settembre 2011 a conclusione della ricerca PRIN-MIUR 2008-2010, *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del nuovo progetto di riforma dei Trattati*.

⁹⁷ Sintesi di queste esperienze di costruzione di una riforma possibile in M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit.; più ampiamente e *funditus* ID., *Modelli di illecito penale minore*, cit., 201-332. Il Progetto ministeriale 2010, al quale facciamo riferimento, è lo Schema di disegno di legge recante: “*Disposizioni in materia di sicurezza alimentare*”, contenente un Progetto di riforma del Titolo VI del libro II del codice penale, pubblicato in *Cass. pen.*, 2010, p. 4457 ss., già cit. *retro*, redatto da una Commissione di studio incaricata dal Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, nominata il 27 maggio 2009. Ne riferiamo in dettaglio nel saggio *Reati di pericolo e salute pubblica*, cit. Sul *Progetto 2010* v. pure le riflessioni di A. GARGANI, *Il pericolo comune e la nozione di disastro sanitario nel settore alimentare: profili de lege ferenda*, in AA.VV., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, Atti del Convegno di Modena, 3-5 novembre 2011, in corso di stampa, cit., 631 ss. (bozze). Sul tema v. pure ampiamente anche L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, spec. il § 5, in corso di pubblicazione.

selezione penalistica in termini di colpevolezza, ma prima ancora in termini di pericolosità: *a fronte di mega-delitti di pericolo* (per es. gli attuali delitti contro l'incolumità e la salute pubbliche) che si puniscono *solo quando c'è stato un danno, e di contravvenzioni* di pericolo per lo più presunto che non si puniscono perché vengono *estinte per oblazione o per prescrizione*, si è scelta (e si propone qui) **una terza via**, che profili una lesività di pericolo astratto-concreto più marcata (anche se le cornici sanzionatorie del Progetto ministeriale 2010 erano eccessive, tali da risultare poco compatibili con delitti pur sempre "minori" di pericolo), suscettibile di essere accertata anche in assenza di danni rilevanti alla "salute pubblica" quale bene giuridico finale.

10.3. Per quanto riguarda la **legislazione penale complementare**, più in generale, si è registrato un consenso ampio attorno all'idea che sia impossibile riportare tutto nel codice, e che la riforma codicistica imponga una riscrittura contestuale delle leggi speciali. Riserva di codice e riserva di leggi organiche *extra codicem* sono due punti che hanno caratterizzato le ultime progettazioni di riforma.

Manca ancora un affinamento delle tecniche di tutela che consentano di **conciliare meglio offensività e riserva di legge**.

Il settore dell'ambiente è esemplare. Anche qui assistiamo o a modelli penalistici puri, a macrodelitti di scarsa afferrabilità (per es. il disastro ambientale costruito dalla giurisprudenza in via ermeneutica), o violazioni più formali che delegano all'autorità amministrativa la regolamentazione delle soglie di offesa astratto-presunte, così affidate dal Parlamento al potere regolamentare. Eccesso di definizioni giurisprudenziali nel primo caso, e di potere della pubblica amministrazione nel secondo caso. La costruzione di reati rispettosi della riserva di legge e dell'offensività *nello stesso tempo* è ciò che appare più urgente in questa materia.

10.4. Il discorso, a questo punto, si riaggancia a quello del **modello d'illecito penale minore** già accennato, che soprattutto per le persone fisiche potrebbe semplicemente sostituire di fatto le contravvenzioni formali (magari residuali e applicate soprattutto agli enti con processo più "garantito" di quello amministrativo ordinario). **Non si tratta di un nomen iuris sostitutivo delle contravvenzioni**. Può essere un delitto (minore) con imputazione soggettiva differenziata (e solo in qualche caso con dolo e colpa grave accomunati nella medesima cornice)⁹⁸, perché si tratta di un delitto minore a ogni effetto, che contiene sia il richiamo a inosservanze di leggi e regolamenti, talora anche di provvedimenti, sia requisiti aggiuntivi di lesività e colpevolezza. Se tali illeciti sostituissero gradualmente le contravvenzioni in vari campi di materia, ci troveremmo in forma progressiva ad avere attuato sperimentalmente il nuovo modello prima di inserirlo nella parte generale del (o di un nuovo) codice penale.

Le "tecniche" penalistiche per rendere meno formali i reati in ambito prevenzionistico (il diritto penale del rischio o della prevenzione) sono note: oltre il

⁹⁸ Per questa ipotesi, di elemento soggettivo duplice nella stessa cornice dei reati di prevenzione, purché circoscritto a dolo/colpa grave, cfr. in dettaglio M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 312 ss.; ID., *Reati di pericolo*, cit., § 12.

modello troppo arretrato dei limiti-soglia e in direzione di un pericolo più astratto-concreto, indiretto, potenziale, dalle inosservanze di regole preventivo-cautelari arricchite da forme di colpa grave o situazioni-presupposto pregnanti, alla reiterazione dei comportamenti tipici, sino alle forme di recupero a posteriori dell'offensività mediante regolarizzazioni, prescrizioni con adempimento depenalizzante, o possibilità di escludere lo stigma penale in caso di permanente inoffensività concreta etc.

Esistono **molti modelli diversi** (non due sole "velocità") che appaiono tutti espressione di una declinazione moderna e duttile dell'offensività rispetto a beni superindividuali o collettivi, senza costituirne necessariamente un tradimento, e senza ritornare alla sola tutela dei beni individuali quale alternativa all'abbandono dei beni collettivi, una volta sganciati da illeciti o formali o immensi⁹⁹.

10.5. Però queste forme attendono di essere raccolte dall'arcipelago delle sperimentazioni extracodicistiche in un assetto organico, in una riforma generale, che potrebbe anche avvenire gradualmente, sostituendo progressivamente gli illeciti contravvenzionali classici, così preparando dall'esterno del codice la riforma codicistica dell'abbandono del modello contravvenzionale di illecito.

Una questione rilevante, al riguardo, ci pare essere quella del raccordo con la **responsabilità delle persone giuridiche**, capace di salvare dall'*impasse* il vecchio diritto penale. Fino a che le contravvenzioni, ancora utili quali strumenti preventivi e di controllo sociale in settori nevralgici della sicurezza, non le si voglia abbandonare ai meccanismi non garantiti (politicalmente e giuridicamente) dell'illecito amministrativo – **al costo di** perpetrare però, in diritto penale, la cultura spersonalizzante della prevenzione generale, della responsabilità oggettiva e di una prassi senza teoria generale –, è possibile 'funzionalizzare' la loro permanenza a una imputazione all'ente, estendendo così la loro cognizione secondo le regole procedurali del d. lgs. 231/2001. Ma l'obiettivo resta quello di disporre di illeciti che, se anche penali e strutturalmente più delittuosi, avendo una finalità eminentemente preventiva in un contesto imprenditoriale di organizzazione della sicurezza, non sono destinati ai singoli, se non nella loro qualità di rappresentanti di un ente¹⁰⁰. **Un'imputazione solo in apparenza rivolta alle persone fisiche**, ma in realtà già adesso – in particolare, nei settori del

⁹⁹ Questa *strategia differenziata*, che abbiano sempre cercato di descrivere, ma anche di razionalizzare, rappresenta una soluzione più tecnica e concreta, crediamo, di alcune formulazioni "di moda", al tema illustrato nel (e dopo il) fortunato saggio di J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, trad. it. *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 83 ss., 101 ss., che prospettava un diritto penale a due velocità.

¹⁰⁰ Si consenta di citare ancora una volta V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, Utet, Torino, 1981, vol. I, 144 (ed. 1950, vol. I, § 62, 113) sul significato impersonale dell'imputazione di un reato contravvenzionale (lett. in rapporto alla "sanzione penale di precetti amministrativi"): «nel diritto penale di polizia...non si fa carico alla persona di aver agito in modo anche individualmente riprovevole, bensì di essersi contenuta in modo socialmente dannoso o pericoloso, ancorché individualmente non le si possa rimproverare una intenzionale violazione del diritto. È il difettoso funzionamento di un elemento concorrente a formare il complesso sociale, che si considera, e non già il distacco di codesto elemento dal tutto al quale appartiene».

diritto penale economico – avvertibile come diretta soprattutto all’ente. Tali illeciti, pertanto, potranno opportunamente **essere trasformati (da contravvenzioni) in delitti minori, ma sino ad allora potrebbero realmente ‘funzionare’ quali illeciti “delle persone giuridiche”**, dato che (nella misura in cui) per la persona fisica l’oblazione risolve di regola ogni problema, mentre è la regolarizzazione della situazione aziendale ad apparire la più urgente in tema di sicurezza¹⁰¹.

11. La scarsità delle pronunce “di accoglimento” della Corte costituzionale, e l’uso del bene giuridico in chiave “estensiva”, non sono un argomento contro l’offensività

11.1. Non è nostro obiettivo passare in rassegna l’attuazione dell’offensività sul piano ermeneutico, ciò che da tempo è stato compiuto in vari studi e da numerose sentenze¹⁰². La *dimensione ermeneutica* dell’offensività¹⁰³, attraverso l’interpretazione conforme, là dove possibile e non vietata dalla riserva di legge (v. *infra*), ha conosciuto **enormi sviluppi** negli ultimi lustri – dai falsi ai reati patrimoniali, dai reati in materia di buon costume e di ordine pubblico a quelli in tema di armi, di stupefacenti, o fallimentari, dai delitti di attentato a quelli di detenzione, a quelli contro l’incolumità pubblica, l’ambiente, l’amministrazione della giustizia, la pubblica amministrazione, l’urbanistica, i beni culturali, i reati tributari, l’immigrazione clandestina etc. –, registrando successi che vanno ben al di là del dato poco significativo della scarsità delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale rispetto alla *dimensione legislativa* dell’offensività.

¹⁰¹ E’ così risolto il problema della facile prescrizione delle contravvenzioni, della loro naturale destinazione a imputazioni non “personalistiche”, della loro costante possibilità di regolarizzazione *ex post*, logicamente a carico degli enti e non dei singoli, a vantaggio della *sicurezza* (via via, del prodotto, degli alimenti, del sottosuolo, delle acque, dell’ambiente di lavoro, etc.) quale bene giuridico “finale” di questi illeciti classici.

¹⁰² Cfr. G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, cit., 629 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, cit., 417 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., cap. III; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, vol. I³, cit., 525-608; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit., 205 ss.; M. CERASE, *Art. 49*, in LATTANZI, LUPO, *Codice penale*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2010, 752 ss.; e da ultimo V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., 245 ss., con altri richiami.

¹⁰³ Cfr., a sviluppo di una costante giurisprudenza costituzionale in tal senso, la precisa tematizzazione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁷, cit., 204 ss., 213 ss. (fin dalla prima ed. del 1979); e di F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità*, cit., 350 ss.; e altresì, ma con esiti che si pongono in maggiore frizione con la riserva di legge (v. *infra*, § seg.), G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, vol. I³, cit., 569 ss.; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., 1425 ss. Esso appare, come canone ermeneutico, un “dogma assolutamente consolidato” anche al sempre scettico G. FIANDACA, *Sull’approccio costituzionale al diritto penale: attualità e limiti*, cit. (p. 11 del dattiloscritto). Per un’affermazione molto “avanzata” di tale dimensione, fino (a nostro avviso) al rischio di forti tensioni con la legalità (v. qui il § seg.), S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, cit., 96 ss., 117 ss., interpretando Giuseppe Bettiol nel senso della prevalenza del principio di offensività rispetto al principio *nullum crimen sine lege* (ivi 122 s.), come se affermare la dimensione ermeneutica dell’offensività, riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, significasse questo. V., del resto, G. BETTIOL, *Diritto penale*, parte gen.¹⁰, Cedam, Padova, 1978, 309.

Voci dissenzienti sulla modesta realizzazione legislativa del principio di offensività sono in realtà espressione di atteggiamenti critici verso la stessa idea del bene giuridico, caricata di troppe aspettative. È stato facile irridere alla pochezza delle sentenze costituzionali di annullamento di norme vetuste o di modesto significato, in nome appunto dell'offensività¹⁰⁴. Va ammesso che gli interventi della Corte costituzionale, che abbiano dichiarato l'illegittimità di una qualche norma per violazione dell'offensività, sono anche qui modestissimi, **come del resto è avvenuto per altri principi** (colpevolezza, tassatività).

Già si sono menzionate le scarse sentenze della Corte costituzionale: quelle sulla norma di età fascista del divieto di esporre una bandiera estera senza autorizzazione, quella sull'ubriachezza aggravata, sull'aggravante della clandestinità, qualcosa in materia di reati militari, di stupefacenti, e poco più...E anche in questi casi il principio di offensività – che *non è espresso* nella Costituzione italiana, ma ricondotto all'art. 25 cpv. – quasi mai è stato utilizzato da solo, ma sempre in aggiunta o sul tronco di un principio più consolidato come quelli di ragionevolezza o di legalità, o in relazione alla funzione rieducativa della pena e ai connotati del diritto penale del fatto.

La pochezza delle pronunce ci auguriamo che sia il segno della fase ancora nascente, o di sviluppo, di questo principio, che già – come si è visto – è stato capace di orientare *un enorme contributo ermeneutico* e di *approdi istituzionali e persino legislativi*. Soprattutto la mancanza di una riforma complessiva del codice penale ha evidentemente nociuto a una sua complessiva riconoscibilità di sistema, più che la timidezza della Corte costituzionale¹⁰⁵.

11.2. Lo stesso *uso ermeneutico del bene giuridico in chiave estensiva non* costituisce certo un argomento *contro*, ma semmai *a favore del principio di offensività*. Essendo l'offensività il prodotto di una cultura garantistica e della sussidiarietà penale e avendo un ruolo prescrittivo nel sistema, è evidente che l'esistenza di correnti che impiegano il bene giuridico – categoria diversa dal principio di offensività – in una

¹⁰⁴ C.E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, cit., spec. 145 ss.; in senso non dissimile ID., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bononia University Press, Bologna, 2011, 301 ss.

¹⁰⁵ Abbiamo invece dovuto registrare, sempre a livello legislativo, **un'esplosione, e non già la scomparsa, del modello contravvenzionale d'illecito**, la nascita di reati costruiti sul **principio di precauzione**, che è qualcosa di meno del pericolo presunto, e l'ingresso, da spinte punitive sovranazionali, di vari reati costruiti su **modelli assai arretrati di punibilità in campo anticipato**, per beni molto diversi, che vanno dalla tutela dell'ordine pubblico attraverso la neutralizzazione di autori pericolosi (per terrorismo) alla tutela dei minori attraverso la neutralizzazione di condotte immorali o di soggetti parimenti presunti come pericolosi (v. la detenzione di materiale pedopornografico). La difficoltà di resistere a queste nuove espansioni penalistiche, l'incapacità di delimitarle in binari controllati, è segno della **sconfitta di una generazione di penalisti, ma anche della razionalità della politica, non del principio di offensività**. Il coraggio dei principi esige virtù morali e non solo intellettuali negli uomini che amministrano le istituzioni. Possiamo aggirare finché vogliamo questo ostacolo, ma senza impegno personale non verremo a capo dei problemi continuamente riproposti dalla gestione quotidiana di un diritto penale ora formalistico, ora semplicemente "sicuritario".

funzione politicamente opposta, sono manifestazioni che dovrebbero e che possono essere legittimamente contrastate in nome di quei principi, pur ammettendosi che l'interpretazione estensiva rimane in generale un procedimento ermeneuticamente legittimo, anche se problematico.

12. Riserva di legge, potenzialità ermeneutiche e limiti all'interpretazione conforme (all'offensività)

12.1. Il principio di offensività è così rilevante per il legislatore che la sua declinazione da parte dell'interprete suppone fattispecie suscettibili di riconversione ermeneutica in chiave di offesa. Reati maggiori, delitti, dunque? Certo, qui gli spazi per interpretazioni conformi sono molto rilevanti e doverosi, e riguardano fattispecie classiche e contemporanee *a struttura offensiva flessibile, interpretabile, anche se la fattispecie appare prima facie di pericolo astratto-presunto*. Tantissime sono anche le fattispecie della legislazione penale complementare ancora distanti dall'attenzione della "parte generale" e della stessa interpretazione conforme.

Certo, nel *diritto penale economico* – per esempio – vi sono varie fattispecie, dove l'inosservanza di discipline regolamentanti, di regole "di sicurezza", di organizzazione, pare concentrare in sé il significato dell'illecito¹⁰⁶. Tuttavia, non ci pare corretto fare assurgere questi casi del diritto penale meno applicato a livello internazionale, per quanto frequentati nelle leggi speciali, a detonatore di una deflagrazione del paradigma del bene giuridico, tanto da abbandonare la prospettiva *generale* che in diritto penale si tutelano interessi e non regole, e che le regole sono in

¹⁰⁶ V. per es., fra i molti, S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 293 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 639 ss.; L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Giuffrè, Milano, 1997, 434 ss., e prima ancora, per tutti, C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985, 295 ss., 296. Per una discussione più articolata e ancora attuale su queste oggettività giuridiche del diritto penale economico, distinguendo tra beni-oggetto (spesso strumentali, funzionali etc.) e beni-scopo, si consenta il rinvio al nostro *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, spec. 2-20, con altri numerosi richiami. Di recente, v. sempre C.E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze?*, cit., 316 ss., che pure sul piano delle opzioni politiche sostiene un "ritorno allo Statuto" della tutela di interessi e non di regole o di principi. Non si può non condividere la prospettiva. Abbiamo sempre evidenziato criticamente l'esistenza d'incriminazioni non modellate sul paradigma della tutela dei beni, salvo intendere il concetto in senso molto indiretto ed ermeneuticamente poco utile (per es. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 160 ss., 287 s.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., 267 ss.; ID., *Il volto attuale*, cit., 13 nota; ID., *"Danno" e "offesa"*, cit., 1560, 1576). Tuttavia, questa doverosa presa d'atto di tipo "descrittivo" non esime dal seguire, sul piano "prescrittivo", il punto di vista dell'offensività. Dire pertanto che la tutela di "regole" sarebbe un vero modello alternativo alla tutela dei beni non ci pare conforme al principio di offensività nel suo significato politico-criminale a base costituzionale, ma neppure – come già segnalato – sul piano descrittivo di una larghissima parte del diritto vigente. Come principio giuridico-costituzionale vincolante, ovviamente, l'offensività ha una portata dimostrativa oggi più circoscritta. Però l'indicazione di un percorso evolutivo di tale principio dovrebbe essere nel segno dello sviluppo della sussidiarietà, che ispira la sua matrice politico-ideologica, e dunque di un antiformalismo via via riconosciuto.

funzione di beni¹⁰⁷. Pertanto, se la struttura del fatto non è formalistica – come non dovrebbe essere – ciò in qualche misura può sempre essere valorizzato in chiave restrittiva, delimitativa della punibilità.

Abbiamo visto, del resto, che da poche sentenze della Corte costituzionale e su casi in apparenza minori è oggi possibile desumere strumenti argomentativi e di ricostruzione di teoria generale di notevole potenzialità applicativa.

Viceversa, una volta che quel principio **non** sia stato pienamente rispettato dal Parlamento, o attuato in forme modeste, risulta problematica un'operazione di ortopedia proprio sul piano tecnico, oltre che politico. Esso non è come il principio di colpevolezza che, almeno, consente di individuare alcuni requisiti minimali che l'interprete può pensare di *sottintendere de plano* a leggi costruite dal Parlamento in sua violazione.

Non c'è per l'offensività la formula magica del requisito "almeno la colpa", che già non risolve comunque i numerosi problemi residui della mancata attuazione legale del principio di colpevolezza¹⁰⁸.

12.2. Sorge qui una difficoltà nota da tempo, che consiste nel **conflitto tra offensività e riserva di legge¹⁰⁹**.

¹⁰⁷ Per una forte tematizzazione del principio di offensività in ambito economico (ma non mediante una trasformazione ermeneutica *contra legem*) v. l'ormai classico studio di P. PATRONO, *Diritto penale economico e interessi umani fondamentali*, Cedam, Padova, 1993, 97 ss. In prospettiva di riforma v. ora le linee generali indicate in L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2321 ss. Quando ci riferiamo a prospettive "generali", non si intende seguire il punto di vista della vecchia "allgemeine" *Rechtslehre*, e poi *Verbrechenslehre*, della quale da sempre abbiamo criticato la generalità aristotelico-scolastica (e poi naturalistica) *per genus proximum et differentiam specificam*, a favore di definizioni "a enciclopedia" e non solo "a dizionario". Una logica classificatoria, quella, che ha "costretto" per decenni e forse per almeno un secolo lo studioso di parte generale a costruire concetti generali esangui onnicomprensivi, definizioni generalissime di azione, causalità, dolo, colpa etc. incapaci di restituire la complessità del reale. Peraltro, non abbiamo mai abbandonato prospettive generalizzanti e comuni (in chiave induttiva e anche deduttiva dai principi), onde disporre di parametri unificanti e di categorie dialoganti dentro al sistema, parametri comuni definitivi e illustrativi, purché non si riducano a prigionie concettuali logico-classificatorie. Si consenta il rinvio alla nostra voce *Teoria del reato*, cit., 286 ss. (§ 28): da questa opera, come dal precedente libro del 1996, abbiamo cancellato l'aggettivo "generale", in ossequio a tale punto di vista metodologico. In ogni caso, il **paradigma ermeneutico fondamentale**, anche rispetto alla **tutela della stessa obbedienza a una regola o a un ordine**, là dove l'obbedienza sia un valore meritevole di tutela, come la "*disciplina*" nel diritto penale *militare*, è che quel valore non costituisce un bene da proteggere di per sé, ma solo **in quanto funzionale ad altri beni** e dunque suscettibile di essere verificato in concreto dall'interprete rispetto a interessi ulteriori effettivamente aggrediti o messi in pericolo dal fatto inosservante. In termini, C. cost., 15-21 novembre 2000, n. 519, sulle manifestazioni e grida sediziose, nonché sulle attività sediziose di cui agli art. 183 e 182 c. pen. mil. pace. Assente comunque, da tale riflessione della Corte, la prospettiva della rilevanza *costituzionale* del bene, ben evidenziata in altre storiche pronunce (per es. C. cost. n. 364/1988, 369/1988 e 409/1989, redatte da R. Dell'Andro e già cit.).

¹⁰⁸ Cfr. per l'uso indiscriminato della categoria "colpa", in un significato apparentemente unitario, da sottintendere a tutte le vecchie ipotesi di responsabilità oggettiva, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, vol. I³, cit., 470 ss., 477 ss.; F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Giuffrè, Milano, 2005, 277 ss., 769 ss.

Un conflitto, ora, non tanto legislativo (illeciti formali ma certi *vs.* illeciti giganti, ma indeterminati), quanto applicativo: un giudice che trasformi in sede ermeneutica reati di inosservanza di precetti in reati di evento, mutando la struttura e il senso delle fattispecie, rischia di rompere gli argini della legalità.

Anche se l'operazione è *in bonam partem*, la diffusione di un costume generalizzato nel manipolare le fattispecie pare indesiderabile, non trattandosi qui di colmare lacune incidentali, ma di riscrivere le norme incriminatrici. ***Non si possono, in via meramente ermeneutica, trasformare in "delitti" le contravvenzioni di pericolo presunto.*** Salvo mutare il tipo attraverso la sostituzione del bene (ma con minaccia sanzionatoria sempre bagatellare). Se però arrivassimo a questo risultato, la riserva di legge sarebbe già definitivamente abbandonata. Perché non si tratterebbe di "correggere" una fattispecie con l'aggiunta di un requisito costituzionalmente conforme: si tratterebbe di cambiare del tutto la fattispecie, ciò che implica ulteriori prese d'atto e decisioni di tipo legislativo.

Certo, se si tratta di delitto contravvenzionale, come l'**art. 437 c.p.** (omissione o rimozione di cautele antinfortunistiche), la rilevanza della sanzione (detentiva secca) e il bene giuridico protetto (incolumità pubblica) impongono ***iuxta legem una lettura correttiva***, esigendosi che la violazione abbia *estensione e modalità tali* da incidere in concreto sull'ambiente di lavoro e l'incolumità di più persone¹⁰⁹. E nel momento in cui tale inosservanza viene "incorporata" in un delitto maggiore essa dovrà necessariamente, in ossequio al principio di offensività, essere riletta sottintendendo tratti lesivi corrispondenti al tipo. La **medesima riconversione ermeneutica**, peraltro, ***non sarà possibile*** là dove il tipo contenga solo una violazione cautelare costruita come contravvenzione antinfortunistica, per es. nel quadro dei pur diversi reati richiamati dall'art. 55 d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e succ. mod. ("Sanzioni per il datore di lavoro e il dirigente"), dove la correzione non avverrebbe *iuxta legem*, ma neppure in ossequio alla riserva di legge. Quando si riterrà che il giudice abbia questo potere, purché *in bonam partem* (*in malam partem* sarebbe la legittimazione dall'analogia sfavorevole), si sarà attuato a livello di giurisdizione ordinaria ciò che oggi la Corte costituzionale nega a se stessa, quale operazione manipolativa in violazione dell'art. 25 cpv. Cost.

L'indicazione più plausibile, al riguardo, è quindi nel senso di un'importante, ma non illimitata possibilità di riconversioni ermeneutiche in vari casi e, comunque, di una chiara preferenza per soluzioni legislative rispetto al problema delle fattispecie formali e di pericolo presunto¹¹¹.

¹⁰⁹ Già BRICOLA, *Teoria*, cit., 86, 88, nonché ID., voce *Interesse privato in atti d'ufficio*, cit., 71 n. 171, 75. Ampiamente dedicato a tale profilo il nostro scritto: M. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di riforma costituzionale*, cit.

¹¹⁰ Infatti, l'inosservanza di regole cautelari antinfortunistiche, in quanto tale, non è un reato di pericolo – è una violazione di regole, un trasgressione, è solo "colpa" obiettiva, cioè indizio di colpa subiettiva – e tanto meno è un fatto che leda l'incolumità pubblica. Però diventa illecito oggettivo quando è scritta in una fattispecie che già punisce il fatto materiale dell'inosservanza.

¹¹¹ E' peraltro chiaro che se la fattispecie assurge a delitto e risulta seriamente punita, il margine di reinterpretazione muta, insieme al bene protetto, in genere. Sempre utili le linee-guida elaborate ormai una trentina di anni fa in scritti ormai classici: T. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico nella scelta delle*

12.3. Per tali ragioni il *reato impossibile* ha da sempre rappresentato uno strumento di applicazione concreta a **casi-limite**, che sono “al limite”, al confine della tipicità (il vecchio “Mangel am Tatbestand”), non già lo strumento per una lettura «normalmente correttiva» delle fattispecie nella loro struttura basica: un principio-regola da attuarsi in chiave casistica, e non definitoria del bene protetto o del livello di offensività del tipo, quasi che le presunzioni di pericolo (ma anche di lesione) fossero tutte *relative*¹¹². D’altro canto, nell’interpretazione della c.d. concezione realistica, l’art. 49 cpv. c.p., reso autonomo dalla tematica del tentativo alla quale l’istituto è avvinto da una storia ancora secolare¹¹³, *esprime* sì il principio di offensività, ma *non lo sostituisce* nell’interpretazione ordinaria delle fattispecie. Se la fattispecie consente una lettura sostanzialistica (anche) attraverso il bene giuridico, per escludere fatti inoffensivi non occorre richiamarsi al reato impossibile declinato *ex art. 49 cpv. c.p.*¹¹⁴. L’uso in funzione esimente di questa norma-limite diventerà invece necessario, ma anche possibile, quanto più la forma della legge apparirà insuperabile, come nel caso di mera inosservanza procedurale-cautelare, o di fattispecie che tipizzano offese costruite sull’inosservanza di provvedimenti autorizzativi etc. Qui lo spazio esimente riguarderà casi-limite, non già la contestazione dell’offensività legale tipizzata. Al contrario, se abbiamo una situazione tipica di pregnante valore lesivo, anche in assenza dell’art. 49 cpv. c.p. l’impiego diretto di bene giuridico, principio di offensività (tanto più se

sanzioni, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice pen.*, 1986, 35 ss.; ID., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, 670 ss; v. pure AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Franco Angeli, Milano, 1984; AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano, 1984; AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Jovene, Napoli, 1985.

¹¹² Per una diversa fiducia nell’utilizzo della prova *a contrario* dell’inoffensività, soprattutto *de lege ferenda*, C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., 278 ss., 280-282; e già *de lege lata*, M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, cit., 1434 ss., 1438 ss., che valorizzano il tema dell’ammissibilità della prova contraria rispetto alla presunzione del pericolo “presunto”, ritenuta sempre relativa. V. pure S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, cit. 117 ss. Il tema ha trovato, come noto, ampie e sempre minoritarie elaborazioni anche nella letteratura straniera, a cominciare da un libro di K.O. Rabl del 1933 sul dolo di pericolo. Il percorso forse più argomentato lo si può ritrovare in E. GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991. V. anche al riguardo M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, 399 ss., e T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, 267 ss. Ampia discussione, tra prospettive di riforma e *de lege lata*, di questi e di confinanti temi nei settori più nevralgici costituiti dalle attività autorizzate e dalle prescrizioni cautelari in materia ambientale, nei lavori di M. MANTOVANI, *L’esercizio di un’attività non autorizzata. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2003, 191 ss. (cap. VI), C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, ETS, Pisa, 2008, 119 ss., 155 ss. e L. SIRACUSA, *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, 179 ss., 309 ss., 431 ss.

¹¹³ In questo senso, e per una rappresentazione internazionale comparata di ampio raggio, anche se di valore soprattutto storico sino alla fine degli anni ‘50-inizio degli anni ‘60 del secolo scorso, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970, 628-788.

¹¹⁴ In termini C. F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Studi M. Gallo*, Giappichelli, Torino, 2004, 25.

tipizzato in positivo) e cultura sostanzialista, potrebbe produrre più ampi risultati (v. la differenza delitto/contravvenzione, oggi).

Per ragioni diverse e in realtà più stringenti di tipizzazione criteriologica, la stessa *esiguità* (irrilevanza penale del fatto tenue, pur tipico, lesivo e colpevole), che è una scoperta legislativa ancora in attesa di radicale generalizzazione, ha bisogno di una disciplina legale e la responsabilità della sua mancata estensione generalizzata ricade sul legislatore¹¹⁵, senza diventare un pretesto per la sua introduzione in via ermeneutica¹¹⁶. L'*esiguità*, come e più del reato impossibile, rappresenta una "uscita di sicurezza" dal formalismo e dalle strettoie del giuspositivismo. Sono espressioni di aperture legalmente controllate a logiche di antiggiuridicità materiale, come lo sono **le soglie di rilevanza, le oblazioni, le forme di riparazione dell'offesa e del danno in chiave di non punibilità o di tecniche di degradazione**: strumenti legislativi accorpabili, sul piano dogmatico e politico-criminale, nella categoria della *non punibilità*. La cultura di fondo che dà più dignità a queste aperture ispirate a politiche criminali variegata, è da sempre l'idea della sussidiarietà. Ma il contesto della disciplina richiede sempre un impegno chiaro del legislatore, prima che dell'interprete.

Per analoghe ragioni di rispetto della tipicità legale non pare possibile reinterpretare *tutti* i reati a **dolo specifico** come se fossero ipotesi di delitto tentato (con la stessa idoneità e univocità) rispetto al risultato eccentrico al fatto tipico, rendendolo un evento *interno* alla tipicità così ridefinita dal giudice-interprete¹¹⁷. Il rispetto della riserva di legge, qui, non è un feticcio. Anche i **delitti di attentato**, reinterpretabili con piena idoneità, non avranno la stessa idoneità degli atti *univoci* del tentativo, non essendo possibile inserire anche quel secondo parametro di direzione oggettivamente univoca-esecutiva degli atti a situazioni che devono rimanere preparatorie.

Breve.

Quanto più il principio di offensività sarà meglio riconosciuto a livello *legale*, nelle singole incriminazioni, al di là dei principi generali, tanto più potrà essere attuato a livello *giurisprudenziale*.

Ben vengano le interpretazioni sostanziali, dunque, ma non la sostituzione della magistratura al Parlamento.

12.4. Sotto il sedicente vessillo dell'offensività, piuttosto, sono paradossalmente possibili interpretazioni estensive, se non analogiche: quante sono

¹¹⁵ Il più famoso manuale tedesco di diritto penale della prima metà del Novecento (e non solo), quello di Franz von Liszt, trattava dell'*esiguità* ("Minima non curat praetor" e *Geringfügigkeit*) nell'ultima edizione curata dall'A., quella del 1919: F. v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*²¹⁻²², de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1919, 14 (§ 4). A oltre un secolo di distanza, siamo ancora qui a chiedere al nostro legislatore che prenda atto di quell'istanza *già romanistica* e finalmente la concretizzi nell'attualità, oltre gli spazi del processo minorile e del giudice di pace. Cfr. in generale l'anticipatoria, ma insuperata ricerca di C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertropia del sistema penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985.

¹¹⁶ *Contra*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*³, cit., 569 ss. e sul punto la nostra voce *Teoria del reato*, cit., § 23 (e *amplius* §§ 16 ss.).

¹¹⁷ V. i lavori di L. Picotti cit. a nota 32. *Contra*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*³, cit., 578 ss., 589 ss.

le forme di offesa che vengono estensivamente ricondotte a una fattispecie al di là delle scelte consapevoli del legislatore.

Non si tratta, tuttavia, di un'autentica **declinazione del principio di offensività, ma di quello di tutela dei beni, o delle vittime**, che è cosa distinta. Come il bene giuridico può essere usato in chiave espansiva, così potrebbe venire in mente che si tratti di un'espressione del principio di offensività. Ma sarebbe un abbaglio. Per questo abbiamo sottolineato dall'inizio (*retro*, § 1.2) che offensività e bene giuridico non appartengono al medesimo ceppo ideologico.

Il carattere necessariamente lesivo del reato non significa dovere di estendere la protezione ad offese simili o a nuove vittime: realizzando l'opposto del carattere frammentario del diritto penale¹¹⁸. **Se così fosse l'offensività indurrebbe alla violazione del divieto di analogia**, e viceversa i due principi devono procedere in sintonia¹¹⁹.

13. Il paradigma epistemologico-causale dell'offensività, tra democrazia e scienza penale

13.1. Abbiamo ricordato (§ 1) che non basta che il principio di offensività presupponga il bene giuridico, perché queste due dimensioni, una strutturale e dogmatica, e l'altra prescrittiva e politico-criminale, si armonizzino e convivano. Per "sposare insieme" teoria del bene giuridico e principio di offensività occorre avere preselezionato alcune caratteristiche del bene attraverso altri principi costituzionali o sovraordinati, diversi da una semplice "concezione" (liberale, critica etc.).

Tra le caratteristiche del bene capaci di adattarsi al principio di offensività ce n'è una che abbiamo menzionato, ma non ancora chiarito esattamente: l'offendibilità del bene, unitamente alla sua "afferrabilità", è stata tradizionalmente declinata in termini eziologici, come se offendere un bene significhi causare a esso un danno o il pericolo di un danno. Di qui la lesione o messa in pericolo o l'evento dannoso o pericoloso quali elementi strutturali che l'offensività presuppone. Come più volte ricordato in precedenti ricerche¹²⁰, l'applicazione di *paradigmi causali* in senso stretto al bene giuridico "offeso" è spesso *un'operazione analogica*, in senso puramente concettuale, in quanto si estende ai beni-valori un paradigma costruito per le cose materiali. Già la causalità "psichica", come noto, pur avendo una base materiale a livello neurologico, soffre numerosi problemi di identità epistemologica. Ma se dalle cose passiamo agli interessi di tipo anche ideale o sovraindividuale, collettivo, universale etc., è evidente che l'uso di quella categoria non è epistemologicamente rigoroso. Però, l'offensività, nel suo valore politico-criminale e scientifico, ha bisogno di quella categoria causale,

¹¹⁸ Sul tema v. ora la aggiornata sintesi di T. VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, Bd. 123, 2011, 660 ss.

¹¹⁹ Per queste ragioni l'accusa alla tesi originaria di Bricola di implicare un "obbligo di criminalizzazione" è da sempre destituita di fondamento.

¹²⁰ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 257 ss., 279 ss.; ID., *Modelli di illecito penale minore*, cit., 245, nota 281.

che esprime le possibilità di un controllo scientifico sull'operato legislativo – la costruzione di un fatto come probatamente lesivo – e su quello applicativo – la “tenuta” e dunque la sindacabilità di una decisione che affermi l'avvenuta lesione o messa in pericolo di un bene –. L'esigenza del ricorso al paradigma eziologico non è (necessariamente) il prodotto di una cultura materialistica, oggettivistica etc.: esso può costituire, invece, un requisito di *garantismo* nell'imputazione del reato nella sua dimensione d'illecito sostanziale (una volta si parlava di antigiuridicità materiale, ancora oggi molto presente nelle trattazioni in lingua spagnola). Il paradigma eziologico assicura il controllo critico sull'operato del legislatore (quali beni, se offendibili, quali modalità di offesa, se davvero epistemologicamente affidabili, quali livelli di rilevanza in caso di pericolo per es. etc.) e poi su quello del giudice (il fatto conforme al tipo ha davvero leso o messo in pericolo il bene? In base a quali parametri scientifici, empirici, causali lo si può verificare?)¹²¹. Ovviamente, se l'uso del criterio causale è corretto, esso va riferito all'oggetto materiale, all'evento, alla situazione tipica la cui lesione o messa in pericolo “significa” l'offesa del bene. Solo in alcuni casi lo si potrà collegare direttamente al bene protetto, allorché esso sia interno al fatto tipico, alla sua descrizione legale o tipizzazione interpretativa.

I modelli alternativi al paradigma del bene giuridico, ricostruito in chiave di offensività costituzionalmente orientata, sono invece tutti segnati da un livello più basso di controllo scientifico e democratico, non garantendo altro che una spiegazione necessariamente (più) autoritaria, aristocratica, e meno discorsiva¹²².

¹²¹ Lo sottovalutano gli indirizzi contemporanei che, affascinati da paradigmi anticausali, criticano il bene giuridico quale espressione di quella cultura, per sostituire ad essa dubbie formule di funzioni, programmi normativistici che, in definitiva, non assicurano il controllo critico della legislazione e della prassi applicativa (per es., con sostituzione dei paradigmi causali con quelli di una imputazione ottocentesca in tutta la teoria del reato, H.H. LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, cit., 2 ss., *passim*; per alcuni echi di quelle impostazioni v. pure L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, 27 ss.; con autonoma e distinta argomentazione, G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, cit. 53 ss.). Sono passati più di settant'anni da quando Welzel, polemizzando con Mezger, criticava il dogma causale del disvalore di evento a favore del disvalore di azione quale elemento davvero presente in ogni reato (a differenza dell'offesa del bene giuridico, che mancava nei reati costruiti sulla disobbedienza o sulla violazione di doveri, secondo W.): H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, Bd. 58, 1939, spec. 506-518. Abbiamo sempre aderito all'idea che il disvalore di azione è davvero presente in ogni reato, mentre il disvalore di evento può di fatto mancare, ma non all'idea che manchi il bene nel disvalore di azione, salvo eccezioni che in nome dell'offensività, più che dell'idea del bene giuridico in sé, meritano di essere ricondotte a un paradigma più garantistico (sotto questo profilo la posizione che abbiamo sempre seguito non ha mai inteso contrapporsi, in termini politico-criminali, ma soprattutto distinguersi in termini dogmatici, da quella paradigmatica, per es., di N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983, *passim*). Quel passo di Welzel, che risentiva dell'epoca in cui fu scritto (tanti scrivevano, in quegli anni, del reato come mera violazione di doveri o addirittura come illecito d'autore), fu poi emendato nella successiva produzione dello stesso Welzel, esemplificando la centralità del disvalore di azione non con ipotesi di reati costruiti sulla mera violazione di doveri.

¹²² Si cfr., volendo, i nostri scritti *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 27 ss.; ID., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, *ibidem*, 2010, 1067 ss.

14. Conclusion

14.1. Nell'anno 2013 ricorrono quarant'anni dalla pubblicazione della «Teoria generale del reato» di Bricola, e nel 2014 il ventennale dalla sua scomparsa. Il principio di offensività, che è il più qualificante dell'approccio costituzionalistico italiano, ha sperimentato, negli ultimi tempi, una declinazione europea e internazionale a tratti più forte di quella nazionale. Della sua rilevanza costituzionale, emersa via via anche nei progetti di riforma del codice penale, comincia a discutersi persino in Germania, pur nella scarsa conoscenza del significato istituzionale e non solo scientifico del dibattito italiano. La legge-quadro 24 dicembre 2012 n. 234, all'art. 32 tra i "Principi direttivi" per l'attuazione penalistica di discipline UE (§ 7.8, *retro*), prevede di regola l'impiego di illeciti contravvenzionali, ma *solo nei casi in cui le infrazioni ledano o esponano a pericolo interessi costituzionalmente protetti*. In realtà, proprio se avessimo abolito le contravvenzioni, quel principio avrebbe da tempo conosciuto una realizzazione legislativa più rilevante, ma adesso che lo si vuole inserire lì è evidente che la strada da seguire pare quella della trasformazione progressiva delle contravvenzioni in illeciti penali minori, nel significato più volte illustrato (§ 10 *retro*). Ecco perché la nostra speranza e comunque l'opzione più fruttuosa per lo sviluppo del carattere "necessariamente lesivo" del reato risiede in una riforma di sistema, anche solo indirettamente codicistica, nel senso già espresso¹²³. Il futuro dell'offensività si giocherà in questa partita. E anche la nostra credibilità, in Italia e all'estero, come suoi artefici e costruttori.

¹²³ **Una riforma di sistema può iniziare anche fuori dal codice, allargarsi nella sostanza alle leggi speciali**, riscrivendo per es. i modelli contravvenzionali di illecito, col prevedere in progressione via via illeciti a struttura delittuosa, anche se "minori", al posto delle vecchie contravvenzioni, mutando così, infine, il DNA del codice mentre 'svuota' il serbatoio più imponente del modello contravvenzionale, rappresentato appunto dalle leggi complementari.