

Il principio di offensività tra contrasti interpretativi e progetti di riforma

Articolo, 07/02/2008

Di

[Luciano Moccia](#)

e

[Fabrizio Pensa](#)

Pubblicato il 07/02/2008

Il principio di offensività tra contrasti interpretativi e progetti di riforma

di [Luciano Moccia](#) e [Fabrizio Pensa](#)

Come è noto, tra i principi generali del diritto penale moderno un ruolo rilevante è svolto dal c.d. principio di offensività, sintetizzato nel brocardo latino *nullum crimen sine iniuria* e fondato sul presupposto che non possa esservi reato in assenza di una lesione del bene giuridico che la norma tende a tutelare, con la conseguenza che il fatto materiale deve ledere o porre in pericolo il bene protetto. La concezione che considera il reato come offesa si contrappone a quella che considera il reato quale semplice inosservanza di precetti fissati dalla legge e trova il suo fondamento - secondo alcuni autori - nella Costituzione ove viene individuato, unitamente al principio di legalità formale di cui tratta l'articolo 25, secondo comma, anche quello di offensività che viene affiancato ai requisiti essenziali del reato (condotta, evento e nesso causale) con la conseguenza che la mancanza di un'offesa al bene protetto determina l'inesistenza del reato come l'assenza di uno dei requisiti strutturali appena richiamati.

La costituzionalizzazione del principio di offensività viene ricavata:

- dalla distinzione, operata dagli art. 25 e 27 Cost., tra pene e misure di sicurezza mediante assegnazione di diversi scopi, con la conseguenza che la punizione di un reato per mera disobbedienza al precetto determinerebbe una utilizzazione della sanzione con esclusiva funzione preventiva, propria delle misure di sicurezza, eliminando la netta distinzione operata dalla Costituzione;
- dal contenuto dell'articolo 13 sull'inviolabilità della libertà personale, una limitazione della quale sarebbe inammissibile per effetto di pene applicate senza che vi sia l'esigenza di tutelare uno specifico interesse.

Sulla base di tali argomentazioni si è quindi evidenziato che:

1. Il principio di offensività deve ritenersi strettamente collegato con quello di legalità, nel senso che l'interesse offeso deve costituire un elemento tipico del reato e non deve essere un dato esterno ricavabile soggettivamente dal giudice sulla base di considerazioni sociali o morali;
2. Il principio di offensività svolge, all'interno del principio di legalità, una funzione garantista, facendo sì che l'offesa non coincida con la realizzazione del fatto tipico ma consenta di salvaguardare la realtà dell'oggetto giuridico e della sua offesa;
3. La realtà dell'oggetto e dell'offesa devono essere salvaguardati facendo sì che le fattispecie legali contemplino le offese ad interessi preesistenti, costituzionalmente garantiti o non incompatibili con la Costituzione.

Secondo altri Autori, il principio di offensività è desumibile, altresì, sul piano della normazione ordinaria, dall'art. 49 comma 2 c.p. Da esso discende non soltanto l'obbligo per il legislatore di ricorrere alla sanzione penale solo quando vi sia la necessità di tutelare un bene giuridico ma anche il dovere del giudice di verificare se la fattispecie concreta non solo corrisponda a quella astratta, prevista dalla norma incriminatrice ma integri altresì l'offesa (lesione o messa in pericolo) dell'interesse tutelato. Tale impostazione si colloca nell'orbita della c.d. concezione realistica del reato, alla quale, com'è noto, aderisce gran parte della dottrina e secondo cui il reato, in concreto, è un fatto umano conforme ad un modello descritto dall'ordinamento e lesivo di un interesse penalmente protetto. Secondo questo indirizzo interpretativo, pertanto, senza la lesione o almeno la messa in pericolo dello specifico interesse tutelato dalla norma incriminatrice, il reato non sussiste. Ciò significa che, nel nostro ordinamento, il requisito dell'offesa non è considerato come necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche nel caso concreto, e non unicamente in astratto, carico del significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche. Pertanto l'art. 49 c.p. impone, secondo questo orientamento, una duplice valutazione del fatto: in primo luogo, sulla sua conformità al tipo di reato; in secondo luogo, sulla sua capacità lesiva del bene o interesse protetto dalla norma. È stata infatti criticata, in quest'ottica, l'opzione ermeneutica secondo la quale questa norma non costituisce che il contraltare, in negativo, del disposto dell'art. 56 c.p.. Si è rilevata, in primo luogo, l'anomalia, sul piano sistematico, di una norma esattamente speculare ad un'altra, che sarebbe stata dettata dal legislatore al solo fine di prevedere l'assoggettabilità del responsabile del fatto ad una misura di sicurezza. È del tutto evidente come sarebbe stato più logico, a tal fine, inserire quest'ultima previsione nel *corpus* dell'art. 56 c.p. Non si comprenderebbe inoltre per quale motivo il legislatore abbia usato il termine "azione" all'art. 49 c.p. e il termine "atti" all'art. 56 c.p. Ma anche a voler riferire ciò ad una incongruenza, sul piano della tecnica legislativa, non può sfuggire come da questa tesi deriverebbero conseguenze del tutto irrazionali. Si noti, infatti, come l'art. 49 si riferisca a qualunque reato e dunque anche alle contravvenzioni mentre l'art. 56 è testualmente applicabile esclusivamente ai delitti. Ne deriva che atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere una contravvenzione, non rientrando nell'ambito di applicabilità dell'art. 56 sono penalmente irrilevanti, mentre atti non idonei diretti a commettere una contravvenzione, integrando l'ipotesi di cui all'art. 49 comma 2 c.p., aprirebbero la strada all'irrogazione di una misura di sicurezza. Di qui la valorizzazione del dettato dell'art. 49 c.p., interpretato nell'ottica dell'autonomia dei suoi contenuti precettivi dalla prospettiva del tentativo, siccome volto ad escludere la punibilità di fattispecie del tutto conformi al tipo ma inidonee a ledere il bene o interesse tutelato dalla norma. In quest'ordine di idee si è infatti sottolineato, in dottrina e in giurisprudenza, come un'azione, astrattamente e formalmente tipica, possa nondimeno essere inidonea a ledere l'interesse protetto. Donde l'ulteriore asserito secondo il quale la nozione di evento va ancorata all'offesa dell'interesse protetto. Il che ha indubbe ripercussioni sulla tematica inerente all'elemento soggettivo del reato.

È noto come, in sede di interpretazione del disposto dell'art. 43 c.p., si sia a lungo dibattuto se il termine evento che figura in questa norma sia da

intendersi in senso naturalistico o giuridico. Evento naturalistico è la modificazione del mondo esterno per effetto della condotta, rilevante per il diritto. Evento in senso giuridico è invece la lesione o la messa in pericolo dell'interesse protetto. A sostegno di quest'ultima concezione si fa rilevare come la formulazione dell'art. 43 c.p., nel definire il dolo, sia assolutamente inequivoca nell'attribuire al requisito dell'evento carattere di assoluta indefettibilità in relazione a qualunque tipologia di reato. Il che appare inconciliabile con la presenza, nell'ordinamento, di innumerevoli figure di reato prive di evento in senso naturalistico: i cosiddetti reati di pura condotta (si pensi ad es. ai reati omissivi propri). In relazione ad essi, esulando dalla fattispecie qualunque riferimento ad un risultato dell'azione od omissione da cui la legge faccia dipendere l'esistenza del delitto, non risulterebbe mai integrato il paradigma di cui all'art. 43 c.p., a presidio dell'imputazione soggettiva dell'illecito.

Ma, a prescindere da ciò, ove si acceda alla tesi secondo la quale già sul piano oggettivo debba considerarsi necessaria, ai fini dell'integrazione degli estremi dell'illecito, la lesione del bene o dell'interesse protetto, diviene ineludibile concludere che essa deve necessariamente rientrare nel fuoco della volontà dolosa, dovendo l'elemento soggettivo investire tutti gli elementi costitutivi del reato. Il soggetto dovrà pertanto essere consapevole di offendere con la propria condotta l'interesse protetto dalla norma. Indubbiamente ciò implica in concreto notevoli difficoltà in quei casi in cui tale interesse non sia di agevole individuazione. Con le conseguenti problematiche in tema di errore, dovendosi ammettere l'esclusione della punibilità ex art. 47 comma 1 c.p., laddove il reo versi in errore circa le caratteristiche di lesività della propria condotta, ritenendo di tenere una condotta del tutto inoffensiva la quale abbia invece arrecato nocimento al bene o interesse tutelato.

Le Sezioni unite (Cass., Sez. Un., 12/98) si sono richiamate al principio affermato dalla giurisprudenza costituzionale secondo il quale ove la singola condotta sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio i beni giuridici tutelati, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta poiché le indispensabili connotazioni di offensività di quest'ultima, implicano, di riflesso, la necessità che anche in concreto l'offensività sia ravvisabile, almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente. In difetto di ciò la fattispecie verrebbe a refluire nella figura del reato impossibile. In questa prospettiva si collocano anche varie pronunce della Corte di cassazione, ad es. in materia di reati di falso (Cass. 12210/07) o di sostanze stupefacenti (Cass. 8142/06) o di peculato d'uso (Cass. 9216/05).

L'ampio riconoscimento del canone dell'offensività da parte della giurisprudenza ordinaria è stato autorevolmente avallato, nonché stimolato dalla Corte costituzionale, la quale ha ripetutamente preso posizione, negli ultimi venti anni, a favore di una considerazione a livello interpretativo del principio di offensività collegato all'art. 49 comma 2 c.p. Sulla spinta della dottrina più sensibile che ha individuato in particolare nella disciplina dei fatti "tenui" o "esigui" un problema fondamentale sia per l'interprete che per il legislatore, il giudice delle leggi con la *leading decision* del 1986 ha evidenziato per la prima volta il ruolo dell'esiguità quantitativa come indice di inoffensività del fatto, rimettendo al giudice di merito l'individuazione all'interno dei reati di pericolo astratto della soglia minima di lesività al di sotto della quale le classi comportamentali, per la loro oggettiva tenuità, divengono inidonee ad offendere il bene o i beni tutelati. Tale presa di posizione del giudice delle leggi non è rimasta isolata, anzi ha trovato terreno fertile in norme incriminatrici poste a tutela di beni giuridici suscettibili di evoluzione, quali l'art. 573 c.p. ovvero in reati artificiali, come quelli tributari, della cui locuzione altrimenti troppo ampia ha fornito un'interpretazione restrittiva non contrastante con la ratio legis. Alla stessa logica si è poi ispirata la Corte costituzionale anche in successive sentenze, tra cui la n. 265 del 2005, in materia di possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli, laddove ha stabilito che: *“il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente, della previsione normativa sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo e dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, la norma censurata, nell'insieme degli elementi costitutivi che la compongono, vale a dire materialità della condotta incriminata e conseguente possibilità di condurre in sede di applicazione della norma un incisivo controllo circa la*

sussistenza del requisito dell'offensività in concreto, mira a prevenire, sotto forma di reato di pericolo, la commissione di delitti contro il patrimonio, nel rispetto del principio di materialità e di offensività in astratto”.

In un orizzonte concettuale affine a quello in disamina si colloca l'indirizzo ermeneutico volto a valorizzare la ratio dell'incriminazione. Anche questo orientamento muove dall'esigenza di sottrarre all'area della punibilità i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo. Ed è stato rilevato in dottrina come le ipotesi fattuali di sfasatura tra tipicità ed offesa non siano conseguenza di un'imperfetta formulazione tecnico-legislativa della fattispecie bensì della tensione tra astrattezza normativa e concretezza fattuale. Si ritiene però che non possa essere tanto il concetto di bene giuridico a risolvere i problemi applicativi posti dalle ipotesi di sfasatura quanto lo scopo della norma. Le ipotesi fattuali di discrasia fra tipicità ed offesa non rientrano infatti, secondo questa tesi, negli scopi di tutela della disposizione incriminatrice per cui la non punibilità del soggetto può essere affermata mediante un'interpretazione teleologica della norma. Si è in tale prospettiva affermato, nella giurisprudenza di merito, che l'interpretazione teleologica della fattispecie incriminatrice, incentrata sulla considerazione degli scopi di tutela perseguiti dal legislatore, è prevista dall'art. 12 prel., che espressamente impone di fare riferimento all'intenzione del legislatore. Tale interpretazione induce, nei casi in disamina, ad escludere la tipicità del fatto, in quanto il fatto inoffensivo in realtà non è conforme al modello legale finalisticamente interpretato. Si tratta, come si vede, di un diverso percorso interpretativo che conduce però agli stessi risultati.

Tesi contraria al principio di offensività come elemento strutturale

Nonostante quella finora prospettata sia l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, non mancano tuttavia argomenti a sostegno dell'opposta posizione, secondo la quale il principio di offensività non avrebbe cittadinanza all'interno del nostro ordinamento.

Innanzitutto, l'obiezione più ricorrente alla teoria realistica come sopra prospettata, consiste nel ritenere che l'affermazione della non punibilità dei fatti inoffensivi conformi al tipo richiederebbe il ricorso a criteri extranormativi, estranei, cioè, alla fattispecie legale.

Si è infatti sostenuto che considerare la necessaria offensività alla stregua di elemento costitutivo del reato equivale a infrangere il principio di legalità, perché porta ad attingere l'offesa, non reperibile nella fattispecie legale, da criteri di valutazione extralegislativi, rendendo il giudice arbitro della responsabilità o della irresponsabilità penale dell'agente.

La tensione del suddetto principio rispetto a quello di stretta legalità, però, non deriva tanto dal fatto che il giudice finisce per ridisegnare la fattispecie aggiungendo un elemento costitutivo: questa sorta di delega conferita dal legislatore al giudice, infatti, ha una copertura legale (art. 49, co. 2, c.p.). L'attrito deriva, piuttosto, dalla circostanza che, pur potendo essere adottata solo nel caso di reati di danno e di pericolo concreto (costruiti già in astratto dal legislatore in termini di necessaria offensività), questa soluzione viene spesso impiegata anche rispetto ai reati di pericolo astratto o presunto e ai reati di scopo.

In particolare, il limite discende dal fatto che l'utilizzo della concezione realistica in presenza di un reato in astratto inoffensivo comporterebbe una sorta di indebita alterazione dei criteri di operatività della tipicità così come disegnata dal legislatore; e ciò perché non solo si aggiungerebbe il requisito autonomo dell'offesa al bene giuridico tutelato, ma quest'aggiunta finirebbe per manipolare anche la stessa tecnica di tutela e il grado di offesa prescelti dal legislatore. In sostanza, mentre l'aggiunta dell'offesa all'interno di un reato costituito già astrattamente in siffatti termini muta la struttura legislativa della fattispecie, rendendo espreso ciò che è implicito, ponendosi però in perfetta sintonia con gli scopi di tutela perseguiti dal

legislatore, al contrario l'aggiunta dell'offesa in un reato già in astratto inoffensivo incide sulla struttura legislativa della fattispecie, inserendo *ex novo* un elemento addirittura del tutto estraneo alla norma, con la conseguenza che l'attività del giudice finisce per sostituirsi a quella del legislatore, operando in pratica sul piano delle fonti.

Una seconda obiezione che si suole porre alla teoria maggioritaria è quella per cui la concezione realistica si porrebbe in contrasto anche con il sottoprincipio di determinatezza e tassatività. In primo luogo, infatti, esistono ampi spazi di discrezionalità nella individuazione del bene giuridico tutelato. Proprio perché si parla di bene giuridico e non di scopo di tutela della norma, la sua individuazione rischia di essere totalmente svincolata da un accostamento alla fattispecie incriminatrice, e quindi, in sostanza, di essere del tutto arbitraria.

Si è altresì rilevato che l'art. 49, 2° comma c.p. non contribuirebbe in alcun modo ad individuare la natura degli interessi tutelati e pertanto questi ultimi sarebbero indistinguibili dagli elementi descrittivi della fattispecie. Infine si nega, che la concezione realistica possa fornire un aiuto decisivo al giudice, in quanto non sarebbe mai applicabile ai reati c.d. *senza offesa*: rispetto ad essi, non essendo stati in origine configurati dal legislatore in termini di offesa ad un bene giuridico, non sarebbe consentito in alcun modo utilizzare il reato impossibile quale canone ermeneutico al fine di rileggere simili fattispecie in termini di necessaria offensività.

A sostegno della tesi in esame si pone anche un recente arresto della Suprema Corte la quale, ponendosi in contrasto con un *trend* giurisprudenziale pressoché costante, afferma che “*nel nostro ordinamento penale non vige alcuna norma che consacri il cosiddetto principio di offensività, alla stregua del quale non sussisterebbe il reato se la condotta sia insuscettibile di ledere il bene protetto dalla norma incriminatrice*” (Cfr. Cass. 41462/04; Cass. 44161/01).

Alla stregua di questa impostazione, i casi di esigua offesa al bene giuridico vengono risolti dalla Corte con l'applicazione della sola attenuante della particolare tenuità, ex art. 62, n. 4, c.p.

La stessa Corte costituzionale, in passato, ha affermato che “*l'offensività deve ritenersi di norma implicita nella configurazione del fatto e nella sua qualificazione di illecito da parte del legislatore, salvo talune ipotesi marginali ... nelle quali, a causa della necessaria astrattezza della norma, può verificarsi divergenza fra tipicità ed offesa*” (Corte cost. 333/91).

In una prospettiva *de iure condendo* si è sostenuto, piuttosto, che il principio di offensività deve essere inteso come spinta per il legislatore a costruire fattispecie penali modulate in modo da assicurare che alla loro realizzazione corrisponda sempre la lesione o la messa in pericolo dell'interesse protetto, e come obbligo per l'interprete di ricercare l'offensività della condotta solo laddove richiesto dalla fattispecie astratta.

Tesi intermedia

Assai diffuse in dottrina sono inoltre le posizioni di coloro che da un lato ritengono che il nostro ordinamento recepisca il principio di necessaria offensività (rifacendosi essenzialmente alle norme costituzionali), dall'altro lato negano che l'art. 49, 2° comma c.p. possa ricoprire un qualche significativo ruolo nell'affermazione di tale principio. Tale dottrina fondamentale nega la possibilità di ammettere l'esistenza di uno scarto fra tipicità ed offesa, a causa delle conseguenze nefaste che ne deriverebbero (violazione del principio di legalità, indeterminatezza nell'interpretazione delle fattispecie e incertezza nei criteri di valutazione dello scarto fra tipicità ed offesa): ciononostante, essa ammette che sia invece configurabile un

diverso “scarto”, non già fra tipicità ed offesa, bensì fra “tipicità reale” e “tipicità apparente”. In quest’ottica, l’esempio scolastico del furto d’acino d’uva non sarebbe da considerarsi un fatto tipico non offensivo, bensì dovrebbe essere inteso nel senso di un fatto soltanto apparentemente conforme al tipo legale di furto.

Si argomenta, infatti, che in questo caso, come in altri analoghi, la tipicità è soltanto apparente, perché non può seriamente essere considerato conforme alla fattispecie un fatto così manifestamente privo dell’idoneità a pregiudicare gli interessi tutelati. Tuttavia, anche questo modo di ragionare presenta dei limiti, infatti, una volta che il problema interpretativo si sposta dall’offensività alla tipicità, rifiutando che possa esistere un fatto tipico non offensivo (essendo l’offensività immancabilmente connaturata alla tipicità), ma al tempo stesso ammettendo che possa esistere il fatto non offensivo in quanto soltanto apparentemente tipico, a questo punto rimane da chiarire attraverso quali criteri la tipicità sia reale o soltanto apparente.

In altri termini, una volta eliminato il problema dell’offensività, non si fa altro che spostarlo sulla tipicità, introducendo la categoria del fatto “apparentemente tipico”; ma si è appena detto sopra che non è chiaro quale sia il criterio in base al quale il fatto si può considerare realmente tipico o soltanto apparentemente tale; si obietta pertanto che così ragionando, si preferisce agganciare la non punibilità ad una evanescente nozione di tipicità “apparente”, fornendo una soluzione certamente meno garantita di quella che aggancia la non punibilità ad un istituto di diritto positivo. In altre parole, si introduce una nozione – quella di reato o tipicità apparente – che non trova alcun riscontro normativo, ritenendola preferibile ad una costruzione che fotografa con rigore giuridico ed interpretativo le situazioni di conformità al fatto (azione inidonea), ma non lesive dell’interesse tutelato (impossibilità dell’evento dannoso o pericoloso).

Progetti di riforma

In ultima analisi, è da segnalare che è in atto un progetto di riforma del Codice Penale, elaborato dalla Commissione presieduta da Giuliano Pisapia, il quale (sulla scia dei progetti Pagliaro, Grosso e Nordio), tra l’altro, prevede la codificazione del principio di offensività. L’art. 2 del progetto, infatti, stabilisce che:

1. *nessuno sia punito per un fatto che non offenda beni giuridici di rilevanza costituzionale;*
2. *nessuno sia punito per un fatto che in concreto non offenda i beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice;*
3. *l’agente non sia punibile quando risultino la tenuità dell’offesa e l’occasionalità del comportamento.*

A ben vedere, tale progetto non può che essere letto come la conferma dell’attuale atipicità normativa del principio di offensività, e, al tempo stesso, dell’esigenza di positivizzare le istanze dottrinarie e giurisprudenziali, ormai da tempo affermatesi sulla scena del diritto penale sostanziale.