



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

(*CURRICULUM* "TUTELA PENALE E GARANZIE DELLA PERSONA NEL DIRITTO INTERNO,
COMPARATO, EUROPEO ED INTERNAZIONALE: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI)

– **XXX CICLO** –

**IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ IN MATERIA PENALE
TRA ISTANZE SECURITARIE E FONTI SOVRANAZIONALI**

Tesi di Dottorato di:

Dott.ssa Silvia INGRASSIA

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Giuseppina PANEBIANCO

Coordinatore del Corso di Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Piera RIZZO

Premessa

La rapida ed incontrollata circolazione di persone, di idee e di informazioni, da un lato, l'evoluzione scientifica e tecnologica, dall'altro, svelano in maniera emblematica "il volto oscuro" del progresso, ove gli straordinari benefici delle scoperte e delle conquiste umane presentano "controindicazioni" incerte e potenzialmente devastanti. Si pensi, in tal senso, alla minaccia terroristica, agevolata dai nuovi mezzi di comunicazione e di trasporto, o, ancora, agli effetti negativi sulla salute dell'uomo e sull'ambiente ipoteticamente riconducibili ad innovazioni sviluppate sul piano tecnico-scientifico.

Fenomeni simili evocano scenari catastrofici e le incessanti richieste di sicurezza sollevate dalla collettività si uniscono alle istanze di tutela promosse in ambito sovranazionale. Ruolo egemone è assunto, in tale contesto, dal diritto penale, considerato, a torto o a ragione, imprescindibile strumento di protezione della collettività.

Il ricorso alla sanzione criminale in un'ottica di contrasto ai "rischi", *lato sensu* intesi, della società attuale sollecita riflessioni di estremo rilievo in ordine ai presupposti che, sulla scorta della nostra Carta fondamentale,

legittimano l'intervento della pena criminale. Le fattispecie incriminatrici imperniate su logiche securitarie sembrano, infatti, discostarsi dal paradigma di illecito penale forgiato dalla Carta costituzionale ed i maggiori profili di criticità si apprezzano in relazione al *principio di offensività*, limite e fondamento del magistero punitivo penale.

Muovendo da tali premesse, il presente studio intende prestare attenzione alle tendenze di politica criminale che, talvolta in un'ottica emergenziale, talaltra in chiave precauzionale, si ispirano a logiche ben distanti dai capisaldi garantisti che permeano il tessuto costituzionale.

Una preliminare trattazione in ordine ai principi che reggono (o dovrebbero reggere) lo *jus terribile*, con particolare riferimento al principio di offensività ed alla portata applicativa assunta dallo stesso secondo i dettami della Corte costituzionale, si rivela, dunque, indispensabile al fine di fornire le giuste “chiavi di lettura” per un esame delle questioni che saranno oggetto di successivo approfondimento.

La consapevolezza dell'influenza esercitata dalle fonti internazionali e sovranazionali sulla legislazione, anche penale, interna rende, poi, necessaria una verifica in ordine alla possibile vigenza del principio fuori dai confini nazionali.

Prestando specifica attenzione agli obblighi di tutela, criminale e non, provenienti da “centri decisionali” esterni, risulta, allora, opportuno

vagliare il ruolo assunto dal diritto internazionale e sovranazionale nelle scelte di arretramento della soglia di rilevanza penale operate dal legislatore nazionale, utilizzando quale banco di prova la normativa diretta al contrasto del terrorismo internazionale e le fattispecie incriminatrici ispirate al *principio di precauzione*.

Sullo sfondo dell'intero lavoro si colloca il difficile connubio tra *istanze securitarie ed illecito penale offensivo*.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ NELLO STATUTO

COSTITUZIONALE DELL'ILLECITO PENALE

SOMMARIO: SEZIONE I. *Il principio di offensività nella formulazione e nell'interpretazione della fattispecie penale*: 1. Sistema sanzionatorio e volto costituzionale dell'illecito penale. - 2. Significato e fondamento normativo del principio di offensività. - 3. *Segue*: il (presunto) fondamento nell'art. 49, comma 2, c.p. e la *concezione realistica del reato*. - 4. Le teorie del bene giuridico. Una sintesi storica. - 5. *Segue*: il bene giuridico alla luce del sistema delineato dalla Costituzione. - 6. *Segue*: la "crisi" del bene giuridico nel sistema normativo vigente. - 7. Principio di offensività e tecniche di strutturazione della fattispecie penale. - 8. *Segue*: formulazione della fattispecie penale e profili di "tensione" con il principio di offensività: tra "vecchie" e "nuove" questioni. - 9. Il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale. - 10. *Segue*: offensività e trattamento sanzionatorio nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale. - SEZIONE II. *I tentativi di codificazione del principio di offensività e la recente disciplina dei fatti di particolare tenuità*: 1. I "falliti" tentativi di codificazione del principio. - 2. L'introduzione dell'art. 131-bis c.p.: la non punibilità per particolare tenuità del fatto. - 3. *Segue*: i presupposti di applicazione dell'istituto: dalla legge delega alla definitiva formulazione dell'art. 131-bis c.p. - 4. *Segue*: le possibili incongruenze della disciplina introdotta dal legislatore delegato.

SEZIONE I. *Il principio di offensività nella formulazione e nell'interpretazione della fattispecie penale*

1. Sistema sanzionatorio e volto costituzionale dell'illecito penale.

Ogni ordinamento giuridico contempla al suo interno illeciti di varia natura, alla commissione dei quali segue l'inflizione di conseguenze sanzionatorie più o meno afflittive¹.

Nel nostro sistema, su un primo fronte, si colloca l'illecito civile, il cui statuto generale è delineato dall'art. 2043 del codice civile, a mente del quale l'aver cagionato un danno ingiusto (cd. danno-evento), ritenuto tale perché lesivo di una situazione giuridica meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, fa sorgere in capo all'autore del fatto illecito l'obbligo di risarcire le conseguenze pregiudizievoli che siano dallo stesso derivate (cd. danno-conseguenza).

Caratteristiche precipue dell'illecito civile sono, da un lato, l'atipicità del fatto dal quale scaturisce la responsabilità (in tal senso, l'art. 2043 c.c. fa riferimento a “qualunque fatto”), dall'altro, la normale irrilevanza della qualificazione dell'elemento soggettivo, doloso o colposo, che sorregge la condotta del soggetto agente, posto che il coefficiente psicologico non rileva normalmente né ai fini della configurabilità dell'illecito, né ai fini della determinazione del *quantum* risarcitorio. A ciò si aggiungono le numerose deroghe alla “personalità dell'illecito civile” contemplate dallo

¹ Le differenze strutturali tra illecito civile, illecito amministrativo e illecito penale vengono ben delineate da F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 60 ss. e da M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, pp. 247 ss.

stesso codice civile, laddove vengono prospettate ipotesi senz'altro riconducibili al paradigma di responsabilità oggettiva.

Tali peculiarità si giustificano alla luce della funzione della responsabilità civile, la quale, in un'ottica esclusivamente "riparatoria", e non anche "punitiva", è diretta all'allocatione delle conseguenze pregiudizievoli subite dalla persona danneggiata a seguito del fatto illecito in capo all'autore dello stesso. Logica riparatoria e risarcitoria, cui consegue la natura esclusivamente patrimoniale della sanzione, che caratterizza, altresì, l'illecito civile derivante dall'inadempimento di un'obbligazione *ex art. 1218 c.c.*

Su un piano differente si colloca l'illecito amministrativo, posto a presidio di interessi di carattere generale (e non a tutela di quegli interessi "privati" dalla cui violazione discende l'illecito civile) e alla cui commissione vengono ricollegate sanzioni di carattere pecuniario rientranti senz'altro nel "diritto punitivo".

La disciplina generale di un illecito di tal fatta trova fondamento nella legge n. 689 del 1981² e tuttavia i principi che delineano lo statuto generale dell'illecito amministrativo, ancorché siano fissati da una norma

² Sul tema, v., in particolare, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2012, pp. 39 ss.

di rango primario, risultano in gran parte mutuati dai principi costituzionali che sorreggono la materia penale³.

Nel novero dei fatti *contra ius* sanzionati dall'ordinamento giuridico rientra, infine, l'illecito penale, al verificarsi del quale l'ordinamento appresta le conseguenze in assoluto più gravi per la sfera giuridica del destinatario. Caratteristica esclusiva delle sanzioni criminali è, infatti, l'idoneità a scalfire la libertà personale dei singoli individui⁴.

La portata "invasiva" della sanzione penale e la limitazione che la stessa comporta (o può comportare) alla libertà personale, la cui tutela è solennemente sancita a livello costituzionale dall'art. 13, rende, dunque, necessaria l'individuazione dei presupposti che devono ricorrere perché un fatto possa assurgere a reato e del fondamento che possa giustificare l'intervento della sanzione criminale in luogo di conseguenze meno afflittive, quali la pena amministrativa.

Invero, diversamente da quanto constatato con riferimento agli illeciti aventi natura differente, lo statuto dell'illecito penale viene

³ Il riferimento è, in particolare, al principio di legalità e al principio di personalità della responsabilità amministrativa, da cui discende il divieto di responsabilità per fatto altrui (con la conseguente intrasmissibilità agli eredi dell'obbligazione pecuniaria che integra la pena), la necessità di rinvenire un coefficiente psichico di partecipazione dell'autore al fatto illecito (in termini di dolo o colpa), nonché la rilevanza del comportamento tenuto dall'agente e della sua personalità ai fini della determinazione della sanzione.

⁴ In particolare, sulla distinzione tra illecito penale e illecito amministrativo e sulle peculiarità della sanzione penale v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 39 ss. Più precisamente, seppure tra le sanzioni penali rientrano (oltre alle pene detentive) le pene pecuniarie, la disciplina prevista dagli artt. 136 c.p. e 102 ss. l. n. 689/1981 prevede, in caso di insolvenza del condannato, un meccanismo di conversione delle pene pecuniarie in sanzioni restrittive della libertà personale tale da rendere una simile limitazione, sia essa attuale o potenziale, caratteristica imprescindibile della pena criminale.

delineato direttamente dalla Carta fondamentale e i principi garantisti che permeano la stessa conducono alla delineazione di quel “volto costituzionale dell’illecito penale”⁵ che dovrebbe guidare il legislatore, cui (in conformità al *principio di legalità*) è riservato il monopolio delle scelte di politica criminale, nella strutturazione delle fattispecie penali.

Il riferimento è, *in primis*, al *principio di materialità* di cui all’art. 25, comma 2, Cost., alla cui stregua l’oggetto della norma penale deve consistere in un *fatto* che, in omaggio al principio di legalità, in tanto può essere punito, in quanto sia stato commesso dopo l’entrata in vigore della legge che prevede la sua incriminazione. Il principio di materialità reca con sé la non configurabilità in termini di reato di condotte che non siano percepibili sul piano empirico, in conformità al brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*⁶.

Alla delineazione del “volto costituzionale dell’illecito penale” contribuisce, poi, il *principio di offensività*, il quale, ancorché non espressamente sancito nella Costituzione, trova fondamento negli artt. 3, 13 e 27 della Carta fondamentale, che, letti in combinato disposto, subordinano la legittimità dell’intervento repressivo penale, normalmente

⁵ Sul volto costituzionale dell’illecito penale cfr., in particolare, F. BRICOLA, op. cit., pp. 8 ss. La necessità di ricostruire un “volto costituzionale” dell’illecito penale nasce negli anni Settanta, al fine di porre dei vincoli al legislatore nelle scelte di politica criminale.

⁶ Sul principio di materialità, v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 115 ss.

incidente sulla libertà personale dell'individuo, all'*offesa* di un *bene giuridico preesistente e meritevole di tutela penale*⁷.

Viene in rilievo, infine, il *principio di personalità della responsabilità penale* di cui all'art. 27, comma 1, Cost., idoneo ad esprimere tre significati differenti. Sul piano della struttura dell'illecito, la disposizione in esame non sancisce soltanto il divieto di responsabilità per fatto altrui, ma altresì la necessaria riconducibilità psicologica del fatto commesso al suo autore, con conseguente divieto di responsabilità oggettiva. Al contempo, sul piano della responsabilità in senso stretto, la disposizione in esame, letta in combinato disposto con il terzo comma dell'art. 27 Cost., sancisce il principio di colpevolezza e l'assoggettabilità a pena dell'autore di un fatto costituente reato subordinata alla rimproverabilità del fatto commesso⁸.

I principi di materialità, di offensività e di personalità della responsabilità penale conducono, dunque, all'affermazione alla cui stregua, secondo il modello delineato dalla Carta fondamentale, il reato deve consistere in «un fatto dell'uomo obiettivamente riconoscibile, che offende in maniera significativa un interesse preesistente alla norma incriminatrice

⁷ Sul principio di offensività, cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 120 ss.

⁸ Sul principio di personalità della responsabilità penale, v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 159 ss.

e che esprime un atteggiamento deteriore da parte dell'autore nei confronti del bene protetto⁹».

Una definizione simile mette in rilievo due delle componenti essenziali del reato, ossia il *disvalore oggettivo d'evento* (espressione del principio di offensività) e il *disvalore soggettivo d'azione* (recepimento del principio di personalità della responsabilità penale). Pur tuttavia, essa non è ancora in grado di differenziare il reato dagli altri illeciti di natura extrapenale e di giustificare le gravi conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento ricollega all'accertamento di un fatto costituente reato.

Si rivela, a tal fine, imprescindibile il riferimento al terzo elemento costitutivo del reato, il *disvalore oggettivo d'azione*, che, espressione del principio (invero, non costituzionale) di frammentarietà, richiede altresì, perché un fatto possa assurgere a illecito penale, la sussistenza di una specifica modalità di aggressione del bene protetto dalla norma

⁹ In questi termini, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 585 ss. Secondo F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 92 «possiamo definire il *reato* come un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole (doloso o colposo), idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale e, infine, intollerante rispetto ad ogni articolazione probatoria che faccia in qualche modo ricadere sull'imputato l'onere della prova (o il rischio della mancata allegazione) di elementi d'ordine positivo che ne caratterizzano la struttura». Sulla necessaria offesa a un valore costituzionalmente significativo nella concezione di Bricola, v. *infra* § 5. Sul «modello costituzionale» del reato v., tra gli altri, N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le«definizioni» del reato e la struttura dell'illecito penale*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, 4^a ed., Torino, 2012, pp. 88 ss.

incriminatrice, che sia tale da rendere necessario l'intervento della sanzione penale¹⁰.

I tratti distintivi del reato così individuati palesano, dunque, il *discrimen* tra illecito penale e amministrativo, laddove la carica afflittiva del reato è giustificata soltanto da un'aggressione di particolare riprovevolezza e gravità di quegli interessi che, *ex se* considerati, potrebbero trovare tutela anche mediante sanzioni extrapenali¹¹.

Nel tracciare la linea di demarcazione tra illecito penale e illecito amministrativo, rilievo precipuo è, dunque, svolto da quei principi, anch'essi desumibili dal tessuto costituzionale, di *proporzione* e di *sussidiarietà* (o *ultima ratio*) dell'intervento penale che ispirano ogni moderno ordinamento liberal-democratico e che dovrebbero contribuire a guidare il legislatore penale nelle scelte di politica criminale¹².

¹⁰ Cfr., sul punto, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 393 ss. La centralità assunta dal *disvalore oggettivo d'azione*, ossia dalle modalità dell'offesa al bene giuridico, quale elemento strutturale del reato è ben rimarcata da M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, 3^a ed., Milano, 2004, pp. 305 ss. L'Autore, dopo aver adottato una definizione al contempo sostanziale e formale di reato alla cui stregua è reato l'offesa o la lesione di un bene giuridico e la violazione di un obbligo, rileva che «anche altri rami dell'ordinamento giuridico (diritto civile, diritto amministrativo) tutelano beni giuridici, la cui lesione non può dirsi pertanto peculiare soltanto dell'illecito penale. Peculiari dell'illecito penale sono piuttosto, allora, le modalità dell'attacco al bene giuridico, le modalità di lesione: conta non solo il risultato, ma anche come lo si produce».

¹¹ Cfr. F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, p. 68. L'Autore rileva che si affidano «al diritto penale quegli illeciti caratterizzati sia dal maggiore valore del bene giuridico offeso che dalla maggiore gravità dell'offesa, e si assegneranno al diritto amministrativo i fatti che offendono beni giuridici meno importanti o offendono in misura più lieve i medesimi beni tutelati dal diritto penale».

¹² In particolare, il principio di proporzione, raffrontando il fatto commesso alla risposta sanzionatoria che ne consegue, vieta l'inflizione di misure immotivatamente gravose; nella stessa direzione, alla stregua del secondo criterio, il ricorso alla pena criminale è legittimo solo laddove misure aventi carica afflittiva inferiore non risultino adeguate alla tutela degli interessi che si intendono presidiare. Sulla possibilità di

È evidente, allora, la stretta correlazione tra principio di offensività e principi di proporzione e di *ultima ratio* dell'intervento penale¹³, ove il comune denominatore, in un'ottica di delimitazione dell'area del penalmente rilevante, è dato dalla gradualità della risposta sanzionatoria rispetto al disvalore del fatto commesso.

2. Significato e fondamento normativo del principio di offensività.

L'individuazione dei principi costituzionali che reggono il sistema penale non è operazione meramente speculativa, priva di utilità pratica, giacché le “linee guida” rinvenibili nel tessuto costituzionale devono guidare il legislatore nella formulazione delle fattispecie incriminatrici: da qui l'estrema importanza di quel “volto costituzionale dell'illecito penale” per la cui delineazione la migliore dottrina si è spesa per anni.

desumere i principi di proporzione e di “stretta necessità” dal testo costituzionale, cfr. N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato*, cit., p. 108. V. anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 163 ss. e 215 ss. In termini simili, cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 49 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, pp. 29 ss. Si richiama, altresì, la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 novembre del 1983 pubblicata sul supplemento ordinario alla *Gazz. Uff.* 23 gennaio 1984, n. 22, che, diretta agli uffici legislativi dei Ministeri, subordina il ricorso alla sanzione criminale in luogo di quella amministrativa al ricorrere dei requisiti della *proporzione* e *sussidiarietà* (o *necessità*).

¹³ Sulla stretta correlazione tra principio di offensività e principio di sussidiarietà (o *ultima ratio*) cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 230 ss. L'Autore parla, in tal senso, di “rapporto di coniugio” tra i due principi «ormai assurti a endiadi sulla base dell'*argumentum libertatis*». Cfr., anche, G. P. DEMURO, “*Ultima ratio*”: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 52.

In tal senso, è stato opportunamente rilevato come «il “modello costituzionale” di reato ha costituito e costituisce il tentativo più serio per rendere davvero giustiziabili principi non solo formali ma anche sostanziali, di garanzia rispetto alle scelte di incriminazione del Parlamento: principi come quelli di sussidiarietà, offensività, colpevolezza; e altresì per imporre una rilettura e una riscrittura delle incriminazioni del codice Rocco alla luce della Costituzione repubblicana»¹⁴.

Ed invero, un ruolo centrale nello statuto costituzionale dell'illecito penale è senz'altro attribuito all'offensività, *filtro qualitativo* dell'illiceità penalistica e «crocevia per la realizzazione compiuta di altre garanzie»¹⁵.

Tali ragioni rendono opportuna un'apposita trattazione che abbia ad oggetto il rilievo assunto dal principio di offensività nel nostro ordinamento, poiché allo stesso si ricollegano il fondamento, i contenuti e i limiti dell'intervento penale¹⁶: esso è, al contempo, criterio di

¹⁴ N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato*, cit., p. 103. Invero, l'attitudine della Carta costituzionale a orientare le scelte di politica criminale è oggi sottoposta a critiche da parte di chi ritiene che la “preoccupazione” di tentare di rifondare il diritto penale su basi costituzionali «rischia forse, oggi, di apparire eccessiva a fronte della maggiore consapevolezza ormai acquisita, circa l'inevitabile influenza di giudizi di valore di fonte extratestuale nel processo ermeneutico e, soprattutto, in sede di interpretazione delle generiche e vaghe norme costituzionali di principio». In questi termini G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 56.

¹⁵ In questi termini, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, pp. 52 ss.

¹⁶ Cfr., in tal senso, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit. pp. 2 ss. Con specifico riferimento alla categoria “bene giuridico” quale fondamento e limite del diritto penale, v. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale*, in *Foro it.*, 2001, pp. 37 ss; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, pp. 66 ss.; M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 267 ss.;

legittimazione e di delimitazione dell'area dell'illecito penale¹⁷, posto a presidio della libertà personale dei singoli a fronte di eventuali arbitri legislativi nelle scelte di politica criminale.

La portata garantista del principio vincola non soltanto il legislatore, ma, altresì, l'interprete¹⁸ e, in tal senso, la natura poliedrica del principio di offensività ha condotto all'enucleazione di “tre volti del principio di offensività”, laddove lo stesso assurge a canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di legittimità costituzionale¹⁹.

È ormai pacifica l'affermazione alla cui stregua il principio in esame, sebbene non sia stato espressamente proclamato dalla nostra Costituzione, trovi fondamento in numerose norme della stessa²⁰.

¹⁷ In questi termini, D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, pp. 665 ss.

¹⁸ Sul punto v., per tutti, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 119, e, con riferimento agli orientamenti assunti sul tema dalla Corte costituzionale v., diffusamente, *infra* § 9.

¹⁹ In questi termini V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 242. Sul punto anche D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato*, cit., pp. 665 ss. L'Autore attribuisce al principio di offensività tre accezioni differenti: «Nella versione più forte, il principio interpella innanzi tutto il legislatore nella posizione di precetti e sanzioni, come principio sovraordinato e vincolante, idoneo a fungere da criterio di controllo di legittimità delle scelte normative (principio dimostrativo). In versioni meno pregnanti può essere una direttiva di politica del diritto (principio argomentativo). A livello intrasistematico può fungere da criterio di interpretazione e di applicazione della norma penale a casi concreti».

²⁰ La letteratura sul tema della rilevanza costituzionale del principio è estremamente vasta, anche se i percorsi argomentativi seguiti dai diversi Autori sono spesso differenti. V., tra gli altri, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., p. 168; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 81 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p.120; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 150 ss.; G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, pp. 117 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 63 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 8 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, vol. IV, Milano, 1977 p. 444; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 124 ss.; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, 4ª ed., Torino, 2012, pp. 365 ss. Esclude la possibilità di considerare di per sé costituzionalizzato il principio di offensività, ritenendo che «la sua costituzionalizzazione, se proprio

Viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 13 della Carta costituzionale il quale, nel sancire l'inviolabilità della libertà personale, implicitamente ammette che la stessa possa subire quelle restrizioni normalmente derivanti dall'applicazione di una pena soltanto qualora il fatto incriminato sia volto alla protezione di un bene giuridicamente rilevante e meritevole di tutela.

Si richiama, altresì, l'art. 25, comma 2, della Costituzione che, statuendo la punibilità dei soli "fatti" commessi posteriormente all'entrata in vigore della legge, oltre a fondare il principio di materialità, esprime l'adesione del Costituente ad una concezione di "diritto penale del fatto" volta a ripudiare la repressione di mere volontà, intenzioni, stili di vita o, ancora, di mere disobbedienze alla legge.

Infine, occorre che il soggetto attinto dalla stessa percepisca la sanzione come "giusta", in quanto riconnessa alla violazione di beni giuridici preesistenti all'incriminazione e ritenuti meritevoli di protezione dalla generalità dei consociati. Solo il rispetto di tale assunto consentirebbe al destinatario della risposta sanzionatoria di non percepire la stessa come arbitraria, assicurando, così, l'attuazione di quel principio del *finalismo*

vogliamo insistervi, è mediata attraverso quella di altri principi», S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 2081. Nella stessa direzione, esclude che il principio di offensività abbia rango costituzionale, ritenendolo piuttosto criterio direttivo di politica criminale, anche G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di offensività*, in *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1689 ss; ID., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, pp. 791 ss.

rieducativo della pena che permea il nostro sistema e che trova solenne proclamazione nel terzo comma dell'art. 27 della Carta costituzionale.

Diretto corollario dell'acclarato rango costituzionale del principio di offensività è, dunque, il ripudio di un diritto penale d'autore, che dia rilievo nell'individuazione del *discrimen* tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è a qualità personali, o che ricollegli alle stesse condizioni soggettive aggravamenti sul piano sanzionatorio²¹.

Allo stesso modo, contrasterebbe con il principio in esame la costruzione di illeciti penali che incriminino la mera disobbedienza alla legge o che tutelino beni giuridici artificialmente creati dal legislatore, la cui protezione non sia percepita come socialmente necessaria.

Ne discende che la tutela penale non è diretta a presidiare i “doveri”, né la “morale” o la “virtù” né, tantomeno, l’ “obbedienza” in quanto tale²²: la sanzione criminale in tanto può definirsi legittima, in quanto si intenda con la stessa tutelare un bene giuridico autonomo la cui offesa valga a sacrificare la libertà personale, normalmente compromessa dalla pena.

²¹ In termini simili, v., tra gli altri, N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato*, cit., p. 101. Sull'assunto per cui la punizione di un fatto che non offende un bene giuridico comporta l'applicazione di una pena per l'autore, per il modo d'essere dello stesso, v. anche A. FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 770 ss., secondo cui i disvalori costitutivi del reato devono inerire al fatto commesso dall'autore del reato e non a questo in sé considerato. Secondo l'Autore, «prescindendo dalla concreta offensività si rischia di scivolare per una china senza sbarre: anche la semplice malvagità in sé dell'autore o la sua pericolosità non è definibile dal punto di vista del diritto penale se non in rapporto ad un bene cui esso dà protezione. Se si è malvagi e/o pericolosi, lo si è perché la propria natura rispettivamente indica un disprezzo per certi beni giuridico-penali e/o prova ad offenderli».

²² In tal senso, tra gli altri, v. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., pp. 267 ss.

Principio di offensività e teoria dei beni giuridici sono, dunque, temi intrinsecamente connessi²³.

L'offesa può, peraltro, estrinsecarsi tanto in termini di lesione quanto di messa in pericolo del bene protetto²⁴, laddove nel primo caso si riscontra un effettivo pregiudizio dell'interesse tutelato e nel secondo caso, con un'anticipazione della tutela, viene realizzata una situazione tale da rendere plausibile il verificarsi della lesione²⁵.

A ben vedere, l'assunto secondo cui danno e pericolo costituiscono connotati essenziali del fatto costituente reato, con conseguente inevitabile richiamo al principio di offensività, emerge altresì, ancor prima che nella Carta costituzionale, dall'impianto del codice Rocco. Basti pensare, in tal senso, agli artt. 40 e 43 del codice penale i quali, riferendosi espressamente all' "evento dannoso o pericoloso" dal quale la legge fa dipendere l'esistenza del reato, riconoscono il ruolo del principio di offensività nella strutturazione delle fattispecie incriminatrici²⁶.

²³ Sul bene giuridico, v. *infra* § 4.

²⁴ V., per tutti, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 82.

²⁵ In tal senso, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 141. Sul rilievo della distinzione tra "lesione" e "esposizione a pericolo" sul piano delle tecniche di strutturazione della fattispecie, v. *infra*, § 7.

²⁶ V., in tal senso, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 445 ss. La questione è connessa alla difficile individuazione del significato da attribuire al termine "evento", cui il codice penale fa più volte riferimento. La nozione di *evento in senso naturalistico* si adatterebbe esclusivamente ai cd. *reati di evento*, non anche ai *reati di condotta*. Per contro, la nozione di *evento in senso giuridico*, da intendersi quale offesa dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice, si adatterebbe a qualsivoglia categoria di reati.

E tuttavia, né l'apparato costituzionale, né, tantomeno, quello codicistico canonizzano esplicitamente il principio di cui si tratta.

3. Segue: il (presunto) fondamento nell'art. 49, comma 2, c.p. e la concezione realistica del reato.

Invero, i tentativi di rinvenire un fondamento normativo al principio di offensività hanno trovato massima espressione in quegli orientamenti dottrinali che, dando vita alla cd. *concezione realistica del reato*, hanno ritenuto di poter rintracciare nel secondo comma dell'art. 49 c.p. il fondamento del principio del *nullum crimen sine iniuria*.

I fautori della teoria di cui si tratta, superando le interpretazioni della menzionata norma che la consideravano “inutile doppione” dell'art. 56 c.p., elaborarono, infatti, il peculiare modello di teoria generale del reato secondo cui la fattispecie astratta del reato sarebbe costituita sia dagli elementi di tipicità, sia dall'ulteriore requisito dell'offesa dell'interesse protetto²⁷. In tal senso, l'offensività concorrerebbe, insieme al fatto tipico, a integrare la fattispecie incriminatrice, condizionando la rilevanza penale del fatto. Così, la «inidoneità dell'azione» che rende «impossibile l'evento dannoso o pericoloso» di cui all'art. 49 c.p. avrebbe luogo ogni qualvolta il

²⁷ V. M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1965, pp. 750 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, *passim*; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. Pen.*, XII, Torino, 1996, 260 ss.

fatto, ancorché tipico, sarebbe privo di portata offensiva. Un ruolo preminente sarebbe, dunque, attribuito al giudice, cui spetterebbe il compito di escludere la perseguibilità di tutti quei fatti che, seppure conformi alla fattispecie astratta, risulterebbero in concreto non offensivi²⁸.

Tale teoria è andata, ben presto, incontro a numerose critiche.

Si è detto, in particolare, che l'assunto secondo cui verrebbe rimesso all'interprete il controllo circa l'offensività del fatto, con conseguente adeguamento della norma alla realtà sociale costituirebbe, al contempo, il fondamento e il limite della concezione realistica del reato, laddove la verifica in sede giudiziale della sussistenza di un coefficiente di lesività (in aggiunta alla verifica di tipicità del fatto) finirebbe per compromettere il principio di legalità e la certezza del diritto.

A ciò si aggiunga la contraddizione logica in cui sembrano cadere i sostenitori della teoria allorquando affermano la necessità di desumere il bene giuridico, la cui offesa deve essere ravvisata dal giudice, all'interno della stessa fattispecie incriminatrice: non essendovi strumenti che consentano di distinguere gli interessi tutelati dagli elementi descrittivi

²⁸ Per una visione completa circa le argomentazioni adottate dai fautori della *concezione realistica del reato*, v., tra gli altri, M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, pp. 155 ss.; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., pp. 362 ss. Cfr., altresì, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit. p. 248. L'Autore afferma che tale concezione incarna «l'antecedente diretto del principio ermeneutico di offensività: una eredità prontamente raccolta da una copiosa giurisprudenza, e vivissima nella prassi, al cui cospetto la segnalata posizione della Corte costituzionale, che lo ha eletto a "canone unanimemente accettato" assume dunque il significato di mera ratifica, benché autorevole e definitiva». Sull'adesione giurisprudenziale alla *concezione realistica del reato*, v. M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit., pp. 223 ss.

della fattispecie, sarebbe difficile ipotizzare un fatto conforme alla fattispecie che sia, però, inoffensivo del bene desumibile dalla stessa²⁹.

È stato, allora, opportunamente rilevato come l'offensività sia connotato essenziale della tipicità e non sia in alcun modo configurabile un fatto tipico ma inoffensivo: la possibilità di ravvisare uno scarto tra tipicità e offensività andrebbe, infatti, contrastata sul piano ermeneutico. Traendo le mosse dall'assunto secondo cui la *ratio* di ogni fattispecie incriminatrice coincide con la tutela di un bene giuridico, qualora un caso concreto dovesse risultare letteralmente riferibile ad una disposizione ma sia privo di portata offensiva nei confronti del bene oggetto di tutela, un'interpretazione teleologica dovrebbe escludere la riconducibilità di quello specifico caso al campo di applicazione della norma³⁰.

4. Le teorie del bene giuridico. Una sintesi storica.

²⁹ Si è detto, così, che affermazioni quali la possibilità di configurare fatti tipici ma inoffensivi «sono destinate a rivelarsi infondate finché non si dimostri che valutazioni dell'offensività da un lato e delimitazione degli elementi descrittivi dall'altro avvengono sulla base di criteri diversi». In questo senso, F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti offensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 35. Più in generale, sulle obiezioni mosse alla *concezione realistica del reato v.*, tra gli altri, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 132 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 478 ss.; G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione giurisprudenziale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, pp. 63 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, pp. 275 ss.; P. NUVOLONE, *Limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, *passim.*; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, cit., pp. 2 ss. Per una sintesi delle critiche rivolte alla teoria in commento, v. M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit., pp. 186 ss.

³⁰ Cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, pp. 131 ss.

Sono due gli aspetti dalla cui analisi non si può, dunque, prescindere in un'indagine che si appunti sul principio di offensività, poiché due sono i “contenuti tipici” del principio.

Da un lato occorre prestare attenzione ai beni giuridici meritevoli di tutela penale, dall'altro alle tecniche di protezione di tali interessi apprestate dal legislatore nella strutturazione delle fattispecie incriminatrici.

In primis, quanto fin'ora detto conduce ad un'affermazione inevitabile: la categoria del bene giuridico è l'architave su cui poggia l'intera costruzione del principio di offensività. Non può, dunque, parlarsi di offensività senza tener conto dei beni giuridici³¹.

La nascita della teoria del bene quale oggetto del reato risale al giurista tedesco Birnbaum³². Si deve, infatti, al saggio del 1834 di J. M. F. Birnbaum, da un lato, il superamento della tesi che configurava il reato in termini di lesione di diritti soggettivi e, dall'altro, l'individuazione del fondamento giustificativo della punibilità nell'aggressione di beni siffatti.

Il consolidamento della concezione del reato come offesa di un bene raggiunge, poi, il suo culmine nella fine dell'Ottocento con Karl Binding³³,

³¹ Per una ricognizione sulle teorie del bene giuridico v., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 4 ss.; nonché, specificamente, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 7 ss.

³² J.M.F. BIRNBAUM, *Über das Erforderniß einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, 149 ss. Sul punto G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 13 ss.

³³ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916.

quando al generico concetto di bene, quale oggetto della tutela penale, viene aggiunto l'aggettivo "giuridico": è infatti il legislatore a conferire ad un bene la qualità di "bene giuridicamente rilevante" e, in quest'ottica, costituisce bene giuridico «tutto quello che, agli occhi del legislatore assume valore come condizione di una vita sana della comunità giuridica, alla cui immutata e pacifica conservazione quest'ultima ha interesse secondo la propria visione e che per questo essa mira a proteggere mediante le sue norme da danni o esposizioni a pericolo indesiderate»³⁴.

Secondo tale prospettiva, è, dunque, rimessa alla discrezionalità del legislatore la possibilità di stabilire quali entità possano assurgere al rango di beni giuridici e necessitano, così, di protezione penale.

Questa impostazione subisce un'evoluzione quando la categoria del bene giuridico, in un'ottica liberal-garantista, diviene, tra gli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, strumento attraverso cui contrastare arbitri legislativi in materia penale e salvaguardare i diritti fondamentali dei consociati.

In questo quadro si iscrive il pensiero di Herbert Jager³⁵ che, al fine di rendere la legislazione penale scevra da influenze religiose o morali, collocava nell'alveo dei beni giuridici tutelabili dal diritto penale soltanto le entità afferrabili che fossero, in quanto tali, possibile oggetto di lesione

³⁴ V. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 19 ss.

³⁵ H. JAGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

materiale. Tale filone interpretativo diretto a escludere dall'area del penalmente rilevante l'immoralità o la riprovevolezza è ripreso da Claus Roxin³⁶.

In un'ottica di estrema sintesi delle teorie liberali, può rilevarsi come le stesse rifiutino la creazione da parte dello stesso legislatore degli interessi da presidiare mediante la fattispecie penale: il bene giuridico nella concezione liberale è un interesse esterno e preesistente, che il legislatore si limita a recepire e tutelare³⁷.

Tali concezioni, inoltre, manifestano una predilezione per quei beni giuridici materiali ed essenziali per la vita dei singoli rientranti nella categoria dei *beni individuali*, mostrando, per contro maggiore diffidenza nei confronti dei *beni superindividuali* o *collettivi*, ritenuti eccessivamente astratti e “sfuggenti”³⁸.

L'esigenza di limitare gli oggetti di tutela a situazioni giuridiche preesistenti e di fondare l'incriminazione sulla stretta necessità, alla base del pensiero liberale, andranno via via perdendo rilievo nell'ambito del cd. “positivismo giuridico”, nel cui contesto la discrezionalità del legislatore assume maggiore autonomia e, in un'ottica “metodologica” (cd. concezione metodologica del bene giuridico), il bene giuridico riveste un ruolo

³⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 23 ss.

³⁷ Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 20; M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, in *Commentario sistematico*, cit., p. 300.

³⁸ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 29.

esclusivamente interpretativo o classificatorio e (da interesse esterno alla norma) diviene *ratio* di tutela, scopo dell'incriminazione e, successivamente, “duplicato” degli elementi di fattispecie³⁹.

Lo “svuotamento” della categoria del bene giuridico prosegue nell'elaborazione dei teorici del diritto penale autoritario degli anni '30 del XX secolo, i quali, adottando una concezione a base “soggettivistica”⁴⁰ (che si discosta dall'oggettivismo proprio del principio di offensività), concepiscono il reato esclusivamente come violazione di un dovere legale⁴¹.

Lo svilimento della categoria del bene giuridico si arresta soltanto nel secondo dopoguerra, con la rinascita del pensiero liberale ed il ritorno all'utilizzo della teoria in chiave garantista, e, tuttavia, le declinazioni del bene giuridico come “concetto di metodo” perdurano ancora in tempi recenti.

Espressione di tale tendenza è il pensiero di Jakobs che, marginalizzando il ruolo della categoria in esame, ritiene che «il diritto

³⁹ In tal senso, R. M. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Manneheim-Berlin-Leipzig, 1919. Sul punto v. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 32 ss.; G. DE FRANCESCO, *Programma di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, pp. 36 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 27. Nel filone giuspositivista si colloca anche A. ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913. L'Autore, da un lato, afferma l'importanza dell'offesa ad un bene giuridico prepositivo, ma, dall'altro, finisce per ammettere che bene giuridico possa essere anche un interesse futuro, dunque la *ratio* dell'incriminazione. Il pensiero di Arturo Rocco è ben sintetizzato da V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 27, nota 39 e M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 240.

⁴⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 181.

⁴¹ Sul punto, v. D. PULITANÒ, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 2015, pp. 665 ss.

penale non può reagire di fronte ad un fatto in quanto lesione di un bene giuridico, ma solo di fronte ad un fatto in quanto violazione della norma»⁴². Nella concezione jakobsiana, l'offesa al bene giuridico è, dunque, soltanto una componente eventuale dell'illecito: è evento che rende obiettivo agli occhi della società l' "atteggiamento erroneo dell'agente verso la norma"⁴³. Ne discende il disinteresse verso problemi di legittimazione dell'intervento criminale e la astratta possibilità di estendere senza limiti l'area del penalmente rilevante.

Seguendo questa linea direttrice, si perviene, così, a quelle tesi che "spiritualizzando" il ruolo del bene giuridico, rinvengono l'oggetto della tutela penale nella pretesa di osservanza della norma stessa⁴⁴.

5. Segue: il bene giuridico alla luce del sistema delineato dalla Costituzione.

Queste premesse di carattere storico permettono di affrontare con maggiore precisione il tema dell'offesa ad un bene giuridico quale fulcro della concezione "costituzionale" di reato nel nostro sistema.

⁴² G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1999. Sul punto, cfr. V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 30 ss.

⁴³ In questi termini, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, pp. 187 ss., ripreso da V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 32, nota 54.

⁴⁴ E. SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *FS-K. English zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M., 1969, pp. 433 ss. Sul punto, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 38.

Acclarato il rango costituzionale del principio di offensività, occorre, infatti, immettere la teoria del bene giuridico nel nostro ordinamento: se il reato è offesa, occorre stabilire quali entità debbano essere oggetto di un pregiudizio siffatto perché un fatto possa assurgere a illecito penale.

Il ruolo della categoria in commento quale strumento di «contenimento del magistero punitivo» e «necessario ponte di collegamento tra mondo giuridico e mondo sociale»⁴⁵ è pressoché unanimemente riconosciuto⁴⁶.

Non altrettanto pacifico è, invece, il ruolo del bene giuridico quale fattore (non più “restrittivo” bensì) “espansivo” del diritto penale, laddove viene talvolta attribuita alla categoria in esame la funzione di porre in capo al legislatore obblighi di incriminazione al fine di tutelare interessi di particolare rilievo⁴⁷.

Ad ogni modo, si è dinanzi a quello che è stato definito un “paradosso”, laddove si riconosce in maniera quasi unanime il ruolo assunto dal bene giuridico quale «pilastro nell’edificio penalistico; ma, nel

⁴⁵ F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 454.

⁴⁶ V., per tutti, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 10-128.

⁴⁷ Per una compiuta disamina circa la possibilità di ritenere che dalla categoria in esame possano, altresì, scaturire obblighi di criminalizzazione, v. D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

medesimo tempo, si diverge non poco al momento di esplicitare cosa esso sia»⁴⁸.

Risulta, in questo contesto, imprescindibile il riferimento agli orientamenti che, a partire dai primi anni Settanta, mossi dalla necessità di restringere gli ambiti di discrezionalità del legislatore penale, hanno condotto alla enucleazione di quella *teoria costituzionalmente orientata*⁴⁹ del bene giuridico che riecheggia ancora nella dottrina contemporanea.

Il riferimento è alla nota concezione di Bricola, secondo cui scopo ultimo del diritto penale è la tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, i quali costituirebbero “fondamento” e “limite” del diritto penale, giacché la sanzione penale potrebbe trovare giustificazione soltanto quando ad essere violati siano valori che, seppure non di pari grado rispetto al valore scalfito (la libertà personale), abbiano comunque rilievo costituzionale⁵⁰.

Secondo tale prospettiva, da un lato, *in negativo*, la Carta costituzionale consentirebbe di tracciare i limiti che il legislatore dovrebbe seguire nelle scelte di criminalizzazione; dall'altro, *in positivo*,

⁴⁸ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 31.

⁴⁹ Sulle formulazioni della *teoria costituzionalmente orientata* degli oggetti di tutela penale v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 122.

⁵⁰ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

consentirebbe l'individuazione degli interessi suscettibili di tutela penale e delle relative tecniche di protezione⁵¹.

Com'è noto, tale concezione non ha riscontrato generali consensi. Tra le principali obiezioni mosse alla teoria in commento vi è il rilievo secondo cui i valori tutelati dalla Costituzione rispecchiano il tempo in cui la stessa venne redatta e non può affermarsi che tutti i beni meritevoli di tutela nel sistema vigente trovino espressa menzione nella Carta costituzionale⁵².

Vero è che, secondo l'insegnamento di Bricola, oggetto di tutela penale potrebbe essere anche un interesse che, ancorché privo di diretto rilievo costituzionale, sia legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria «talchè, cioè, la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo»⁵³; e tuttavia, tale prospettiva, sembra rendere evanescente il tentativo di limitazione della tutela penale ai beni aventi rilevanza costituzionale. Seguendo una impostazione simile, infatti, la stragrande

⁵¹ In questa prospettiva, v. M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., pp. 29 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 42 ss.

⁵² Cfr., a titolo esemplificativo, D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 498; ID., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 131 ss.

⁵³ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 16. L'Autore esemplifica la propria affermazione prendendo in considerazione la *sicurezza del traffico*, affermando che «saranno costituzionalmente legittime soltanto quelle incriminazioni che attengono ad aspetti della sicurezza del traffico che sono il presupposto necessario per la salvaguardia di altri beni (es. : vita o incolumità dei cittadini) dotati di rilievo costituzionale».

maggioranza degli interessi potrebbero assurgere a “beni strumentali” rispetto ai beni costituzionali⁵⁴.

Considerazioni di tal fatta rendono opportuna una rivisitazione della teoria “costituzionale” dei beni giuridici che, pur restando all’interno del “perimetro” delineato dalla Carta fondamentale, tenga conto della possibile emersione nella coscienza sociale di nuovi interessi percepiti come meritevoli di protezione.

Può affermarsi, allora, che, sul versante “positivo”, il principio di offensività legittimi l’incriminazione di qualunque fatto risulti offensivo di un interesse ritenuto apprezzabile dai consociati. Seguendo il solco tracciato dalle teorie liberali e tenendo sempre a mente la stretta connessione tra offensività e finalismo rieducativo della pena, sarebbe, altresì, necessaria (e sufficiente) la preesistenza dell’interesse tutelato

⁵⁴ V., tra gli altri, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 60; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Milano, 2015, p. 7; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 303. Invero, nell’alveo della *teoria costituzionalmente orientata* degli oggetti di tutela penale si collocano, altresì, ulteriori indirizzi, più o meno “restrittivi”, diretti a rintracciare nella Carta fondamentale il limite del potere del legislatore criminale. Così, su un primo fronte si colloca il filone, che probabilmente restringe eccessivamente la discrezionalità legislativa, secondo cui il legislatore dovrebbe incriminare soltanto i fatti offensivi di interessi espressamente protetti dalla Carta costituzionale e che rappresentano le forme minime di convivenza sociale. In tal senso v. E. MUSCO, *Bene giuridico*, cit., pp. 124 ss. Dall’altro lato si colloca l’indirizzo alla cui stregua sarebbe sufficiente la *non incompatibilità* del bene incriminato con una norma della Carta costituzionale. V., ad esempio, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 338 ss. Tale teoria è stata criticata nella misura in cui sembra limitarsi a ribadire il principio generale (che trova, per vero, fondamento nel *criterio gerarchico* di risoluzione delle antinomie normative) secondo cui le norme penali (come tutte le altre) devono essere conformi al dettato costituzionale. In termini simili, v. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 137.

rispetto all'introduzione della fattispecie incriminatrice, sì da non far percepire come ingiusta la sanzione criminale⁵⁵.

Quanto, invece, al "limite negativo" del magistero punitivo penale, ad essere illegittime non sarebbero soltanto le norme incriminatrici in diretto contrasto con una norma costituzionale, ma «anche quelle che pretendano di tutelare interessi *non coerenti* con le fondamentali connotazioni di valore del quadro di civile convivenza sotteso alla carta fondamentale»⁵⁶.

Orientamenti quali quello da ultimo menzionato hanno il pregio di escludere imposizioni al legislatore penale in ordine agli interessi da tutelare, garantendo, così, quella discrezionalità legislativa indispensabile in un sistema democratico⁵⁷.

Senonché, è opportuno comprendere quale grado di maturazione debba aver raggiunto un interesse nella collettività perché possa ritenersi meritevole di tutela penale e, in particolare, se la politica criminale debba svolgere una funzione di conservazione dei beni preesistenti o possa,

⁵⁵ Sul punto, v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 128; A. FIORELLA, voce *Reato*, cit., pp. 770 ss. Sul rifiuto dell'assunto per cui il legislatore possa egli stesso creare beni giuridici e sulla connessione tra un principio simile, quale vincolo di razionalità, e il principio di legalità v. D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato*, cit., pp. 665 ss.

⁵⁶ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 123.

⁵⁷ Sull'inammissibilità della sottrazione delle scelte di penalizzazione alla discussione pubblica del regime democratico v. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 64 ss. L'Autore, in tal senso, richiama la giurisprudenza costituzionale italiana la quale «non ha mancato e non manca di sottolineare – pur escludendo, in linea di astratto principio, che il legislatore sia sostanzialmente arbitro delle scelte di criminalizzazione – che la selezione dei fatti punibili rientra ampiamente nel potere decisionale del sovrano democratico, beninteso salvi i casi di palese contrasto con diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti o di irragionevolezza manifesta».

altresì, in un'ottica progressista, promuovere la tutela di nuovi beni, laddove sottolineare il disvalore dell'offesa ad un bene può contribuire al rafforzamento dello stesso⁵⁸.

Può, invero, affermarsi che l'ordinamento è sempre tenuto a tutelare interessi nei cui confronti la generalità dei consociati ha già espresso una "valutazione positiva", ma al contempo può svolgere una «funzione propulsiva nella misura in cui vale da stimolo, magari vigoroso (conformemente alla natura della sanzione penale), nel favorire le condizioni di pieno godimento di quel bene»⁵⁹.

6. Segue: la "crisi" del bene giuridico nel sistema normativo vigente.

L'effettiva corrispondenza tra il paradigma di bene giuridico meritevole di tutela penale secondo l'assetto costituzionale e l'impianto predisposto dalla legislazione attuale è tema da sempre oggetto di esame da parte della dottrina più attenta.

Invero, il concetto di bene giuridico quale parametro politico-criminale e dogmatico-interpretativo è andato incontro ad un progressivo

⁵⁸ In termini simili, A. FIORELLA, voce *Reato*, cit., pp. 770 ss. Sul diritto penale in chiave "propulsiva", v. F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, pp. 108 ss.; M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, cit. p. 11.

⁵⁹ A. FIORELLA, voce *Reato*, cit., pp. 770 ss..

scetticismo soprattutto negli ultimi anni, al punto da avere indotto la dottrina ad interrogarsi sull'opportunità di un suo accantonamento⁶⁰.

Le tendenze dirette a ridimensionare l'importanza della categoria giuridica in commento traggono origine da quella legislazione degli ultimi decenni volta ad attribuire rilievo penale a beni di amplissimo spettro, a funzioni o realtà istituzionali che, a ben vedere, mal si conciliano con la nozione tradizionale di bene giuridico⁶¹.

Ciò che appare oggi svilito è il ruolo del bene giuridico quale criterio di selezione degli interessi “meritevoli di tutela penale”, laddove all’ “affievolimento” di protezione nei confronti dei tradizionali beni individuali segue un sempre più vigoroso apparato di tutela per beni *superindividuali*⁶² e per beni strumentali, “serventi” rispetto alla tutela di altre utilità “finali”.

A ciò si aggiunga la crescente tendenza a conferire tutela a *beni funzione*, diretti a dirimere potenziali conflitti tra interessi mediante

⁶⁰ V., sul punto, per tutti, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 145.

⁶¹ V., sul punto, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 46. L'Autore rileva come in casi simili ciò che risulta è una tendenza all'utilizzo dell'intervento penale non già per tutelare specifici beni giuridici, bensì per contrastare emergenze particolarmente pericolose. In casi simili ad essere svilito è il principio di offensività: la condotta incriminata non minaccia i beni oggetto di protezione dalla norma penale, ma la *ratio legis* sottesa all'introduzione della norma. Né, tantomeno, si potrebbe tentare un “recupero” del principio di offensività attribuendo al giudice, sulla scia dell'insegnamento della Corte costituzionale, il compito di escludere dall'area della rilevanza penale le condotte prive di “offensività in concreto”. Ed infatti, posto che il danno o il pericolo per il bene protetto non costituiscono requisiti su cui è imperniata la fattispecie legale, ciò equivarrebbe ad attribuire all'interprete il compito di manipolare la fattispecie.

⁶² Cfr., in tal senso, F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 456 ss. V. anche G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, pp. 167 ss.; C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperprotezione del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 3 ss.

apposite procedure di controllo la cui violazione integra reato, e a *beni istituzionali*, aventi quali titolari entità collettive strutturalmente organizzate.

La sottoposizione a sanzione penale di fatti quali lo svolgimento di attività in assenza di un provvedimento amministrativo autorizzatorio o nonostante il diniego o la revoca dello stesso solleva, infatti, il dubbio che venga così apprestata tutela unicamente ad assetti di disciplina e a funzioni di controllo della pubblica amministrazione, indipendentemente dalla sussistenza di beni di natura sostanziale offesi da condotte siffatte⁶³.

Da qui l'affermazione alla cui stregua «l'immagine tradizionale del bene giuridico, di un interesse preesistente alla norma di consistenza quasi "naturalistica", si sgretola a favore di una nozione non solo superindividuale ma anche caratterizzata da forti connotati di artificialità»⁶⁴.

Invero, il superamento della concezione "classica" di bene giuridico da parte della legislazione penale attuale è, probabilmente, un dato difficilmente contestabile. Eppure, il definitivo abbandono della categoria

⁶³ Tale questione è ben affrontata da G. COCCO, *Beni giuridici funzionali*, cit., pp. 170 ss. L'Autore si sofferma, in particolare, sulle caratteristiche della legislazione penale nei settori dell'economia e dell'ambiente. V. altresì F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 3^a ed., 2003, pp. 593 ss.

⁶⁴ Così, F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale*, cit., p. 461. Sul punto v., altresì, A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990, p. 32; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 19.

in esame quale “chiave di volta” nella legittimazione dell’intervento penale rappresenterebbe, forse, un epilogo infausto.

La legislazione penale degli ultimi anni rispecchia l’esigenza di far fronte alle complessità della società moderna, e tuttavia, al fine di evitare frustrazioni del principio di offensività e del suo corollario (o, meglio, fondamento) della tutela dei beni giuridici meritevoli, occorre tener a mente l’impronta “personalista” che ispira il nostro ordinamento e, ove possibile, interpretare attraverso questa chiave di lettura le fattispecie poste a presidio di quegli interessi che appaiono “artificialmente creati”.

Così, a fronte di fattispecie incriminatrici dirette alla tutela di beni giuridici sovraindividuali, quali, a titolo esemplificativo, l’ordine pubblico o la sicurezza pubblica⁶⁵ o l’incolumità pubblica⁶⁶ o, ancora, la salute pubblica⁶⁷, dovrebbe aversi riguardo ai beni giuridici di stampo *individuale* che a mezzo dell’interesse collettivo ricevono una (anticipata) tutela finale⁶⁸. Al contempo, laddove il legislatore incrimini la violazione di determinati controlli o procedure amministrative, occorre verificare se ad essere tutelata non sia esclusivamente una *funzione*, ossia una modalità di

⁶⁵ Sulla difficile definizione dei beni giuridici *ordine pubblico* e *sicurezza pubblica* v., in particolare, G. DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 285 ss.; ID., voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 72 ss.

⁶⁶ V. A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, vol. IX, tomo II, pp. 45 ss.

⁶⁷ Cfr. A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., pp. 53 ss.; l’Autore ritiene, in particolare, che la salute pubblica costituisca una sottofattispecie rispetto all’interesse incolumità pubblica.

⁶⁸ V. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 137.

risoluzione di conflitti prescelta dal legislatore, bensì un interesse finale, spesso di estremo rilievo e di rango superiore rispetto ad altri coesistenti interessi, che attraverso quell'incriminazione riceve una tutela anticipata.

In casi simili, ci si potrebbe forse interrogare in ordine al rispetto da parte della legislazione in esame dei principi di necessità e proporzione, non potendosi, invece, affermare il contrasto con il principio di offensività, stante la sussistenza, in casi simili, di interessi autonomi e preesistenti rispetto all'incriminazione⁶⁹.

Diversa è l'ipotesi in cui non sia riscontrabile in alcun modo un interesse preesistente alla fattispecie incriminatrice che con la stessa si intenda tutelare. È il caso dei cd. *reati di scopo*, i quali incriminano condotte che si presentano difformi rispetto a modelli sociali che il legislatore ritiene debbano essere rispettati dai consociati⁷⁰. Evidente è, allora, l'incompatibilità di fattispecie di tal fatta e il principio di necessaria offensività, ove l'assenza di un interesse preesistente alla norma cui la fattispecie incriminatrice appresti protezione "scardina", senz'altro, uno dei fondamenti del modello costituzionale di reato.

⁶⁹ In termini simili, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 139; C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., pp. 69 ss.

⁷⁰ V. più approfonditamente G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 142- 143.

7. Principio di offensività e tecniche di strutturazione della fattispecie penale.

Come già rilevato, il rispetto del principio di offensività implica, da un lato, che le fattispecie incriminatrici abbiano ad oggetto beni giuridici meritevoli di tutela penale e, dall'altro, che le stesse incrimino comportamenti realmente offensivi dei beni presidiati.

Ed infatti, seppure le norme costituzionali non pregiudichino, in via assoluta, la possibilità di scelta del legislatore in ordine alla tecnica di tutela ritenuta più adeguata, esse pongono, comunque, un limite alla discrezionalità del legislatore sul piano della strutturazione della fattispecie penale⁷¹, attesa la necessità di incriminare fatti che abbiano una reale portata offensiva.

Si è già detto che il contenuto dell'offesa può coincidere tanto nella lesione quanto nell'esposizione a pericolo del bene giuridico: si ritiene, così, che l'esigenza di tutelare beni giuridici primari possa giustificare l'arretramento della soglia di punibilità fino ad attribuire rilievo a situazioni di pericolo, purché l'incriminazione non sia diretta alla punizione di un atteggiamento soggettivo dell'autore o di una condotta priva di carica offensiva⁷². Ed in particolare, tanto più è importante il bene offendibile dal

⁷¹ In questo senso, C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., p. 65.

⁷² In termini simili, v. N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato*, p. 109.

reato, tanto più risulterebbe legittima l'anticipazione di tutela dello stesso e viceversa⁷³.

Viene in rilievo in tale contesto la distinzione tra *reati di danno* e *reati di pericolo* e, all'interno di questa categoria, tra *reati di pericolo concreto, di pericolo astratto o di pericolo presunto*⁷⁴.

Invero, la distinzione tra reati di danno e reati di pericolo non è così netta come potrebbe *prima facie* apparire.

Da un lato, il *discrimen* tra le due categorie diventa problematico allorquando il bene giuridico manchi di concretezza empirica, come accade con riferimento ai cd. *beni superindividuali, funzionali o istituzionali*, rispetto ai quali sono le stesse caratteristiche strutturali a rendere difficoltosa la prova dell'incidenza lesiva⁷⁵.

⁷³ Cfr. F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi*, cit., p. 72; G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 51 ss.

⁷⁴ V., tra gli altri, A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., pp. 368 ss. Tra gli Autori che ritengono di dover distinguere i reati di *pericolo astratto* da quelli di *pericolo presunto*, G. AZZALI, *Osservazioni sui reati di pericolo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1336 ss. L'Autore afferma che i reati di *pericolo astratto* ricorrono allorquando al giudice è sottratto il sindacato in ordine alla pericolosità del fatto, essendo la stessa già prevista dal legislatore sulla base di leggi scientifiche o massime di esperienza; diversamente, rispetto ai reati di *pericolo presunto* il pericolo non è il risultato delle menzionate leggi o massime, rappresentando solo motivo dell'incriminazione. Soltanto i reati da ultimo menzionati contrasterebbero con il principio di offensività. Conformemente, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 386 ss. Sul punto v. anche C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., pp. 65 ss., secondo cui il principio di offensività non vieterebbe al legislatore di strutturare le fattispecie penali in chiave di reati di pericolo astratto o di presunzioni di pericolo: il contrasto con la Costituzione si riscontrerebbe soltanto laddove presunzioni di tal fatta non siano "superabili" mediante prove contrarie.

⁷⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 42.

Dall'altro lato, la qualificazione di una fattispecie in termini di reato di evento o di pericolo può dipendere dall'opzione interpretativa sull'oggetto di tutela prescelta. Così, a seconda del bene giuridico che l'interprete ritiene sia protetto da una determinata norma, uno stesso fatto può essere configurato in termini di danno o di pericolo o, ancora, di pericolo concreto o astratto⁷⁶.

Ad ogni modo, la menzionata bipartizione, seppure avente confini "mobili", assume comunque rilievo all'interno di un'analisi circa la conformità delle tecniche di strutturazione delle fattispecie utilizzate dal legislatore con il principio che richiede per la sussistenza di un reato la necessaria offesa di un interesse meritevole di tutela.

Com'è noto, *nulla questio* in ordine alle fattispecie strutturate in termini di *reati di danno* e di *reati di pericolo concreto*: se l'integrazione del fatto tipico richiede l'accertato pregiudizio, attuale o potenziale, del bene presidiato dalla norma, è palese il pieno rispetto da parte del legislatore del principio di necessaria offensività.

Diverso è il caso dei reati formulati in termini di *pericolo astratto* o *presunto*, rispetto ai quali il legislatore non richiede al giudice alcuna verifica in ordine all'offensività della condotta, limitandosi a tipizzare una

⁷⁶ Cfr., tra gli altri, V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 13; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 361; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo*, cit., p. 6.

situazione che risulta pericolosa secondo l'*id quod perumque accidit* e a richiedere all'interprete la verifica circa la corrispondenza tra il fatto tipico e il caso concreto⁷⁷.

Tecniche legislative di tal fatta rispondono alla necessità di sfuggire alle difficoltà probatorie che possono insorgere in sede processuale laddove la pericolosità di certe condotte rispetto a determinati interessi trovi comunque conforto nell'esperienza o nell'evidenza statistica⁷⁸.

A ben vedere, però, all'interno della categoria dei *reati di pericolo astratto* si rinvencono fattispecie aventi caratteristiche differenti⁷⁹.

Su un primo fronte si collocano fatti che vengono incriminati con la tecnica del *pericolo astratto* o *presunto* per mere ragioni di opportunità, stante la possibilità del legislatore di richiedere ai fini della tipicità l'effettiva esposizione a pericolo dell'interesse tutelato, utilizzando la tecnica del *pericolo concreto*. È il caso, a titolo esemplificativo, del reato di incendio di cui all'art. 423, comma 1, c.p., rispetto al quale il legislatore, pur potendo far ricorso al *pericolo concreto* nella formulazione della

⁷⁷ Sull'irrinunciabilità della categoria del pericolo astratto per la protezione di beni di importanza primaria v. G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale, Studi in memoria di G. Bellavista*, vol., Palermo, 1977, pp. 173 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 689 ss.

⁷⁸ In questo senso M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1415 ss.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Scritti in memoria di Delitala*, vol. II, Milano, 184, pp. 786 ss.; C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale (Atti del convegno)*, Milano, 1979, pp. 32 ss.

⁷⁹ V. sul punto G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 146 ss.

fattispecie, ha preferito far affidamento sulla generale pericolosità dei comportamenti sanzionati per l'incolumità pubblica.

Su un piano differente si collocano quei reati che incriminano comportamenti che *ex se* considerati non risultano offensivi, ma che combinandosi con una molteplicità di fatti omogenei cagionano, secondo una regola di esperienza, un pregiudizio a beni collettivi suscettibili di offesa solo a seguito di comportamenti seriali. Si pensi, in tal senso, alla materia ambientale, ove una condotta isolatamente considerata non sarebbe in grado di offendere l'interesse in rilievo.

Diverso, ancora, è il caso in cui ad essere incriminato con la tecnica del *pericolo astratto* è il fatto di chi con la propria condotta cagiona un pericolo *diffuso* ad una serie indeterminata di esemplari del medesimo bene. Il riferimento è, a titolo esemplificativo, al delitto di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.

Ebbene, se da un lato, a fronte di fattispecie strutturate in chiave di reati di *pericolo astratto*, potrebbe paventarsi una “distorsione” rispetto al principio di necessaria offensività⁸⁰, essendo sottratto al giudice il sindacato in ordine all'effettiva pericolosità del fatto commesso rispetto all'interesse

⁸⁰ Sull'impostazione originaria secondo cui dalla costituzionalizzazione del principio di offensività sarebbe derivata l'incostituzionalità di tutte le incriminazioni strutturate in chiavi di pericolo *non concreto*, poiché in casi simili non si sarebbe punito il fatto, bensì la mera disobbedienza dell'autore, v. M. GALLO, cit., pp. 8 ss.

presidiato, è opportuno operare una distinzione che tenga conto della classificazione sopra operata.

Ed infatti, ciò che solleva profili di tensione con il principio di offensività è soprattutto l'incriminazione fondata sull'utilizzo di astrazioni che tengono conto della frequenza statistica con cui un fatto accade anche allorquando la concreta pericolosità del fatto potrebbe essere vagliata dall'interprete in seno al processo.

Il rischio che si prospetta a fronte del dilagare di una tecnica di strutturazione siffatta è la punizione di fatti che, a dispetto dei dati statistici che ne hanno giustificato l'incriminazione, risultino in concreto privi di portata offensiva. In presenza di fattispecie così formulate, risulta, allora, indispensabile ai fini della punibilità un "correttivo" sul piano ermeneutico, ossia un sindacato in sede giudiziale in ordine all'effettiva offensività del fatto commesso⁸¹.

Operazioni simili superano sul piano pratico la distinzione tra *reati di pericolo astratto* e *reati di pericolo concreto* e potrebbero *prima facie* contraddire le ragioni politico-criminali che hanno indotto il legislatore alla

⁸¹ È in un'ottica di superamento dello scarto che può profilarsi tra conformità alla fattispecie incriminatrice e principio di offensività che si collocano quegli orientamenti dottrinali che hanno dato vita alla cd. *concezione realistica del reato*. V., a tal proposito, *supra* § 3. V., altresì, *infra* § 9 relativamente agli orientamenti accolti dalla Corte costituzionale in merito ai reati di pericolo astratto.

tipizzazione della fattispecie sulla scorta del primo tipo di reato⁸², e tuttavia si rivelano imprescindibili al fine di escludere la tipicità di fatti in concreto inoffensivi.

8. Segue: formulazione della fattispecie penale e profili di “tensione” con il principio di offensività: tra “vecchie” e “nuove” questioni.

Nonostante il rapporto tra tecniche di strutturazione della fattispecie penale e principio di offensività sia da sempre al centro del dibattito penalistico, è soprattutto la legislazione penale degli ultimi decenni ad aver sollevato importanti spunti di riflessione.

Nel novero dei reati tradizionalmente oggetto di attenzione, in considerazione del loro “discostamento” rispetto al paradigma di illecito penale forgiato sulla scorta dei principi costituzionali, rientrano *in primis* i reati di *pericolo indiretto*, che incriminano il *pericolo di una situazione pericolosa*⁸³, e, tra questi, i cd. *reati di sospetto*, i quali (in un’ottica di *diritto penale d’autore*) non fondano la rilevanza penale sul pregiudizio arrecato a beni giuridici, bensì su qualità personali dell’agente, sanzionando comportamenti che lasciano ipotizzare la futura commissione di reati.

⁸² La problematicità di operazioni ermeneutiche simili, avallate peraltro dalla Corte costituzionale (sul punto v. *infra* § 9) è affrontata da M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1438; ID., *I reati ambientali e il principio di offensività*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, pp. 52 ss.

⁸³ In questi termini A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., p. 182.

In un'ottica di "problematicità" si inseriscono "classicamente" anche i *delitti di attentato*, i quali, al fine di contrastare fenomeni che potrebbero assumere una portata devastante per l'assetto politico-costituzionale dello Stato, pervengono all'incriminazione di atti o fatti "diretti" a realizzare eventi lesivi, indipendentemente dalla loro effettiva attitudine alla realizzazione delle conseguenze che si intendono scongiurare e dalla esposizione a pericolo degli interessi tutelati.

Invero, le perplessità in ordine alla conformità di incriminazioni siffatte con il modello di illecito penale tratteggiato dalla Carta fondamentale hanno indotto gli interpreti e gli studiosi ad operare un'interpretazione "costituzionalmente orientata" delle disposizioni in esame, con conseguente assimilazione tra la struttura dei delitti di attentato e quella del delitto tentato⁸⁴, sì da sanzionare condotte che determinano una situazione realmente pericolosa. La necessità di subordinare la punibilità dei fatti ricompresi nella categoria dei *delitti di attentato* alla loro capacità di offendere l'interesse tutelato è stata, peraltro, avallata in sede legislativa

⁸⁴ V. sul punto G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 152 ss.; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., p. 383. Contrario ad un'assimilazione tra delitto tentato e delitti di attentato è G. ZUCALÀ, *Profili del delitto di attentato*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1979, pp. 1531 ss. L'Autore ritiene che l'assenza di qualunque accenno da parte dei delitti di attentato alla attitudine dell'azione alla produzione dell'evento rende inevitabile l'affermazione secondo cui «l'idoneità non può dirsi requisito tipico della condotta». Alla base di asserzioni di questa portata vi è l'assunto secondo cui nel nostro ordinamento non può ritenersi assoluto e inderogabile il principio di necessaria offensività dell'illecito penale. Così, secondo questo filone interpretativo, si tratterebbe di delitti «di mera obbedienza» e dall'esame delle norme «si evince chiaro l'intento del legislatore di configurare un reato a carattere squisitamente soggettivo. Non si spiega pertanto la tendenza ad agganciare le figure di attentato al tentativo e a creare quindi una copertura tecnico-giuridica di una volontà legislativa che è diretta invece a rafforzare lo Stato e le sue istituzioni».

dalla riforma operata dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85, che, intervenendo su alcuni delitti di attentato, ha inserito ai fini della tipicità del fatto il requisito della “idoneità” degli atti, nonché della loro natura violenta.

Tra le tecniche di strutturazione della fattispecie penale i cui profili di tensione con il principio di offensività sono da sempre oggetto di riflessione rientra, poi, una particolare classe di illeciti formulati in termini di *reati a dolo specifico*.

Nessun margine di incompatibilità con la necessaria offensività delle incriminazioni si profila con riferimento a quei reati la cui integrazione richiede, oltre alla realizzazione di elementi di carattere oggettivo che implicano un’offesa dell’interesse protetto, la direzione finalistica della condotta verso un fine specifico. In casi simili la portata offensiva del fatto è determinata dagli elementi oggettivi della fattispecie e il dolo specifico funge soltanto da criterio di delimitazione dell’area del penalmente rilevante.

Diverso è il caso in cui il comportamento incriminato non arrechi alcun pregiudizio all’interesse presidiato dalla fattispecie e l’intero disvalore della fattispecie sia incentrato nelle finalità cui tende la condotta del soggetto agente. È quanto accade con riferimento ai cd. reati di dolo specifico *a condotta neutra* i quali, incriminando un fatto

indipendentemente dalla realizzazione di un'offesa, recano con sé evidenti profili di tensione con il principio di cui si tratta.

La problematicità di tecniche di incriminazione siffatte si acuisce allorquando ad essere incriminato è un fatto che non soltanto è lecito nelle sue manifestazioni oggettive, ma costituisce, addirittura, estrinsecazione di diritti costituzionalmente garantiti (paradigmatico, in tal senso, il delitto di cui all'art. 416 c.p., che punisce un fatto oggettivo, l'associarsi, di per sé assolutamente lecito ed espressione della libertà sancita dall'art. 18 della Costituzione, ma che assurge a illecito penale per il fine soggettivo cui l'associazione tende⁸⁵).

Anche rispetto alla categoria in commento si è tentato di superare sul piano interpretativo la discrasia tra reati così strutturati e il modello di illecito penale costituzionalmente delineato; così, in dottrina e in giurisprudenza, è stata elaborata la soluzione ermeneutica secondo cui l'integrazione di fattispecie similmente strutturate richiede la realizzazione sul piano oggettivo di fatti che costituiscono attuazione della finalità soggettiva su cui si incentra il disvalore della fattispecie⁸⁶.

E tuttavia, la questione del rapporto intercorrente tra reati a dolo specifico a *condotta base neutra* e principio di offensività non può affatto ritenersi sopita, giacché, soprattutto negli ultimi anni, il legislatore penale

⁸⁵ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 154 ss.

⁸⁶ V. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 392 ss.

ha introdotto numerose fattispecie così strutturate al fine di reprimere fenomeni particolarmente complessi, e che suscitano un particolare allarme sociale, quali quello terroristico, riproponendo così le “vecchie” questioni riconnesse a tale categoria di reati.

Le sollecitazioni relative alla necessità di interpretare in chiave “offensiva” le fattispecie incriminatrici vigenti hanno, poi, ricevuto ulteriore linfa negli ultimi decenni con la progressiva introduzione nel nostro sistema normativo di fattispecie criminali dirette a contrastare “i rischi della modernità” e che, ispirate al *principio di precauzione*, comportano uno “stravolgimento” del paradigma di *reato di pericolo astratto* fondato su conoscenze certe.

Questi ultimi aspetti saranno oggetto di apposita trattazione⁸⁷.

9. Il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale.

Un ruolo di rilievo nel consolidamento e nell’evoluzione del principio di offensività è stato, ed è tutt’ora, svolto dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁸.

⁸⁷ Si rinvia, in tal senso, ai capitoli II e III.

⁸⁸ Sul contributo della giurisprudenza costituzionale, v. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1425 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, Napoli, 2006, pp. 91 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 209 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 739 ss.; V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*

Ancorché la Corte si sia, negli anni, mostrata poco incline a declaratorie di incostituzionalità fondate sull'innoffensività della fattispecie, le pronunce in materia, tanto di accoglimento quanto di rigetto, hanno “irrobustito” le fondamenta del principio, confermandone il rilievo in sede di formulazione e di interpretazione della norma incriminatrice.

Così, diverse pronunce del Giudice delle leggi affrontano, sia pure indirettamente, questioni tradizionalmente oggetto di attenzione da parte della dottrina penalistica, quali la necessaria tutela di un bene giuridico da parte della fattispecie criminale e l'indispensabile offesa dello stesso ai fini della configurazione del reato quando la norma è strutturata alla stregua di *reato di pericolo astratto*.

Un riferimento (per vero, soltanto implicito) alla necessaria offensività delle fattispecie penali emergeva già nelle risalenti sentenze in cui la Corte richiedeva la sussistenza di un pericolo concreto per il bene tutelato dalla fattispecie incriminatrice ai fini dell'integrazione di *reati di pericolo astratto* implicanti limitazione di diritti costituzionalmente presidiati (quali la libera manifestazione del pensiero)⁸⁹.

– Riv. trim., 1, 2012, pp. 99 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., pp. 350 ss; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., pp. 371 ss.

⁸⁹ In questo contesto rientrano, ad esempio, Corte cost. (25 novembre) 6 dicembre 1958, n. 74; Corte cost. (23 aprile) 4 maggio 1970, n. 65; Corte cost. (5 aprile) 23 aprile 1974, n. 108, tutte consultabili nel sito telematico www.cortecostituzionale.it. Con la prima delle menzionate pronunce, la Corte, con riferimento al reato di ricostituzione del partito fascista ex art. 5, legge 20 giugno 1952, n. 645 afferma che il legislatore «dichiarando espressamente di voler impedire la riorganizzazione del disciolto partito fascista, ha inteso vietare e punire non già una qualunque manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della

E tuttavia, è soltanto del 1986 la pronuncia, in materia di armi ed esplosivi, in cui la Corte costituzionale afferma per la prima volta *expressis verbis* la vigenza del principio di offensività nel nostro ordinamento, quantomeno quale criterio ermeneutico. Si legge, infatti, che «Può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio d'offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali é ormai canone unanimemente accettato. Spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò [...] che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, é fuori del penalmente rilevante»⁹⁰.

L'affermazione della Corte in ordine alla pacifica vigenza del principio si inserisce all'interno di un dibattito già consolidato in seno alla

Costituzione, bensì quelle manifestazioni usuali del disciolto partito che [...] possono determinare il pericolo che si è voluto evitare». Con la seconda decisione, in materia di apologia di reato, la Corte ritiene che non possa configurarsi un contrasto tra l'art. 414, ultimo comma, c.p. e l'art. 21 della Costituzione, posto che l'apologia punibile a mente della norma menzionata non è «la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti». In entrambi i casi la Corte «recupera» l'offensività delle fattispecie pronunciando una sentenza interpretativa di rigetto. Il richiamo implicito al principio di offensività si riscontra anche nella terza pronuncia richiamata, e tuttavia, in tale caso, diversamente da quanto statuito nelle pronunce già esaminate, la Corte riscontra la sussistenza di un contrasto tra l'art. 415 del codice penale nella parte in cui punisce chiunque pubblicamente istiga all'odio fra le classi sociali e l'art. 21 della Costituzione, atteso che la norma impugnata «non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Sul punto, tra gli altri, C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit. p. 91, nota 1, e p. 94, nota 8; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 662.

⁹⁰ Corte cost. (19 marzo) 26 marzo 1986, n. 62.

dottrina penalistica⁹¹ e “inaugura” un sentiero che vedrà la Corte strenua sostenitrice della duplice valenza del principio di offensività.

Così, se nella pronuncia del 1986 il principio di offensività assurge a parametro vincolante per l'interprete in sede di applicazione giudiziale delle norme incriminatrici, nel 1987⁹² la Corte perviene all'implicita statuizione per cui il principio in esame condiziona già le scelte d'incriminazione del legislatore.

In particolare, il vaglio di conformità alla Carta costituzionale degli artt. 1 e 3 della legge 24 giugno 1929, n. 1085, riguardanti la “Disciplina della esposizione delle bandiere estere”, costituisce occasione per censurare «il fatto che possa costituire illecito penale un comportamento che non solo non viola alcun valore costituzionalmente garantito ma non lascia intravedere neppure quale bene giuridico comprometta».

È questa la prima pronuncia in cui il principio di offensività, ancorché combinato con il parametro della ragionevolezza, costituisce il fondamento di una dichiarazione di incostituzionalità.

⁹¹ Per un commento alla pronuncia, cfr. C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 92 ss. Secondo l'Autore, dalla pronuncia emerge l'adesione della Corte alla teoria secondo cui l'art. 49, comma secondo, c.p. rappresenterebbe il fondamento a livello di legislazione ordinaria della concezione del reato come lesione di beni giuridici. In questo senso, afferma che la Corte costituzionale si è «mantenuta fedele alla sua risalente filosofia di assecondare il consolidarsi di orientamenti “innovativi”, solo quando essi appaiano già in larga misura espressione di “senso comune” della cultura giuridica». Le statuizioni della pronuncia in commento sono, peraltro, confermate da Corte cost. (26 settembre) 9 ottobre 1988, n. 957, in materia di sottrazione di minore *ex art. 573 c.p.*, ove, richiamando espressamente la norma posta a fondamento della cd. concezione realistica del reato, la Corte costituzionale afferma che «il giudice di merito ben potrà valutare, volta per volta, se [...] il fatto commesso fosse o non <offensivo> del bene giuridico tutelato, nell'area del principio di cui all'art. 49, secondo comma, cod. pen.».

⁹² Corte cost. (21 maggio) 25 maggio 1987, n. 189.

Secondo la Corte, se il momento storico in cui furono emanate le norme impugnate poteva, forse, giustificare l'incriminazione dell'esposizione di bandiere estere nel territorio nazionale, l'avvento della Costituzione, della democrazia e il mutamento del significato attribuibile alla bandiera di uno Stato (non più emblema della sovranità nazionale, ma simbolo dell'identità di uno Stato) renderebbe manifestamente irrazionale una fattispecie simile, anche alla luce della configurazione del diritto penale quale *extrema ratio*.

Ne discende la statuizione alla cui stregua «attraverso la penalizzazione del fatto in esame, non è tutelato alcun bene giuridico: il fatto stesso manca di qualsiasi oggetto giuridico specifico e della benché minima ratio incriminandi», essendo privo «d'ogni significatività ed offensività»⁹³.

Ben si comprende, allora, l'importanza di tale pronuncia, poiché la stessa, letta parallelamente alla (menzionata) decisione dell'anno precedente⁹⁴, anticipa quella distinzione tra “offensività in astratto” e “offensività in concreto” che diventerà, in seguito, una costante nelle pronunce della giurisprudenza costituzionale in tema di offensività.

In questo contesto si iscrive, a titolo esemplificativo, una decisione del 1989 con cui la Corte dichiara infondata una questione di legittimità

⁹³ V. sul punto C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 94 ss.

⁹⁴ Il riferimento è a Corte cost. (19 marzo) 26 marzo 1986, n. 62.

costituzionale avente ad oggetto l'art. 184, comma secondo, del codice penale militare di pace, ritenendo che la fattispecie in esame tuteli un «bene giuridico degno di tutela», ma, al contempo, «giacché, nell'espressione letterale del dato testuale vengono ricomprese anche ipotesi che di quell'offensività sono prive [...], in tali casi, da vagliarsi volta per volta dal giudice di merito nel contesto delle concrete circostanze in cui il fatto si svolge, la soluzione è da ricercare sul piano interpretativo»⁹⁵.

Le iniziali perplessità sollevate dalla Corte in ordine al rango costituzionale del principio di offensività⁹⁶ sono state, poi, definitivamente superate da pronunce in cui il Giudice delle leggi ha rinvenuto il fondamento del principio negli articoli 25 e 27 della Carta fondamentale⁹⁷.

Tra queste, assume senz'altro rilievo la pronuncia del 2002 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 688, comma secondo, c.p., che puniva chi, avendo già riportato una condanna per delitto non

⁹⁵ Corte cost. (11 gennaio) 24 gennaio 1989, n. 24. L'invito all'utilizzo del principio di offensività sul piano interpretativo, rivolto dalla Corte costituzionale al giudice ordinario, si riscontra in numerose pronunce. In tal senso, a titolo esemplificativo, l'ordinanza Corte cost. 18 luglio (25 luglio) 1989, n. 437, relativa all'art. 1, comma 6, legge 7 agosto 1982, n. 516, ove si legge che «la mancata previsione in astratto di una soglia di punibilità, non comportando l'automatica e necessaria incriminazione di fattispecie *ictu oculi* inoffensive, non appare di per se irragionevole [...], non essendo il legislatore obbligato a prevedere in ogni norma la soglia del penalmente rilevante, e potendo invece tale limite essere individuato in via interpretativa dal giudice di merito in base al principio di offensività, che costituisce ormai un canone unanimemente accettato». In tale contesto rientrano, tra le altre, in materia di sostanze stupefacenti, anche l'ordinanza Corte cost. (8 luglio) 10 luglio 1991, n. 331 e la sentenza (16 marzo) 27 marzo 1992, n. 133.

⁹⁶ In questo senso, la già menzionata Corte cost. (19 marzo) 26 marzo 1986, n. 62.

⁹⁷ Cfr., ad esempio, Corte cost. (13 luglio) 24 luglio 1995, n. 360, in materia di sostanze stupefacenti, ove si parla, testualmente, di «valori espressi dalla Costituzione in materia di offensività del reato (artt. 25 e 27 Cost.) ».

colposo contro la vita o l'incolumità individuale, veniva colto in stato di manifesta ubriachezza in un luogo pubblico o aperto al pubblico⁹⁸. In particolare, l'avvenuta depenalizzazione dell'ipotesi base di reato, previsto dal primo comma della medesima disposizione, aveva fatto sì che ciò che in passato integrava esclusivamente una circostanza aggravante (ossia l'aver riportato precedenti condanna) assurgesse a elemento costitutivo di un illecito che, in assenza della menzionata condizione personale, sarebbe stato privo di rilevanza penale. Ne discendeva una contravvenzione avente «i tratti di una sorta di reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa posto sotto il presidio di questa Corte [...] desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione».

Una volta asserito espressamente il rango costituzionale del principio di offensività, comincia a delinearsi con chiarezza la funzione che la Corte costituzionale (almeno in linea teorica) attribuisce al principio: da un lato criterio che deve guidare l'interpretazione giudiziale, dall'altro vincolo per il legislatore in sede di incriminazione, il cui mancato rispetto è suscettibile di censura da parte della stessa Corte.

Si perviene, così, alla specifica statuizione della giurisprudenza costituzionale alla cui stregua «il principio di offensività opera su due

⁹⁸ Corte cost. (10 luglio) 17 luglio 2002, n. 354.

piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimono in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale (“offensività in astratto”), e dell’applicazione giurisprudenziale (“offensività in concreto”), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l’interesse tutelato»⁹⁹.

E tuttavia, a ben vedere, nonostante il riconoscimento del fondamento costituzionale del principio di offensività nella Carta fondamentale, la Corte si è mostrata particolarmente “cauta” nel dichiarare il contrasto con il suddetto principio delle norme sottoposte al suo vaglio; nelle pronunce richiamate l’offensività costituisce argomento che “rafforza” percorsi motivazionali fondati anche e soprattutto sul parametro costituzionale della ragionevolezza.

⁹⁹ Così, Corte cost. (23 giugno) 7 luglio 2005, n. 265. In particolare, nella pronuncia in commento, la Corte dichiara infondata l’asserita violazione del principio di offensività da parte della norma di cui all’art. 707 c.p., che punisce il possesso ingiustificato di chiavi alterate e grimaldelli, escludendo che la fattispecie (come rilevato dal giudice remittente) configuri un “reato senza offesa” qualificabile in termini di “reato d’autore” a carico di chi ha riportato determinate condanne. La Corte, ritenendo che la norma sia volta a tutelare un interesse penalmente rilevante dall’esposizione a pericolo, nel pieno rispetto del principio di “offensività in astratto”, afferma che laddove le circostanze e le modalità di tempo e di luogo che accompagnano la condotta escludano l’attualità e la concretezza del pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio, sia compito del giudice escludere la punibilità, valutando la sussistenza dell’ “offensività in concreto”. La stessa questione è stata risolta in modo analogo da Corte cost. (11 giugno) 20 giugno 2008, n. 225. Sulla distinzione tra i due profili del principio di offensività, in senso conforme, v. anche Corte cost. (13 luglio) 24 luglio 1995, n. 360; Corte cost. (6 luglio) 11 luglio 2000, n. 263; Corte cost. (15 novembre) 21 novembre 2000, n. 519.

Così, la verifica circa la conformità di diverse norme strutturate in termini di *reato di pericolo astratto* al principio che subordina l'incriminazione alla lesione o all'esposizione a pericolo di un bene giuridico ha costituito l'occasione per affermare che «le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale» e che «è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili con l'*id quod plerumque accidit*»¹⁰⁰.

La sottoposizione al vaglio della Corte di fattispecie strutturate con la tecnica del pericolo presunto, soprattutto in materie “politicamente sensibili” quali quella inerente alle sostanze stupefacenti, ha, dunque, consentito alla Corte di rimarcare la discrezionalità del legislatore nella configurazione delle fattispecie criminose, salva la manifesta irragionevolezza delle scelte criminali, e di delineare il rapporto sussistente tra reati che anticipano la soglia di tutela penale e il principio di offensività: la conformità al principio non richiede l'espressa previsione della concreta esposizione a pericolo del bene tutelato tra gli elementi costitutivi della fattispecie, essendo sufficiente che la pericolosità della condotta rispetto al

¹⁰⁰ Corte cost. (10 luglio) 11 luglio 1991, n. 333, in materia di sostanze stupefacenti.

bene trovi conforto in leggi scientifiche o regole di esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*.

E tuttavia, ferma restando la conformità al principio costituzionale del *nullum crimen sine iniuria* di fattispecie astratte così strutturate, nella realtà del fatto storico è possibile che l'integrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie non arrechi alcun pregiudizio al bene giuridico presidiato dall'incriminazione.

Pertanto, il rispetto del principio di offensività "in astratto" da parte di una fattispecie penale, fondata su "ciò che normalmente accade", non esclude che debba aversi riguardo alla «singola condotta in concreto accertata; ove questa sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perchè la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo, nella singola condotta dell'agente [...]. La mancanza dell'offensività in concreto della condotta dell'agente non radica però alcuna questione di costituzionalità, ma implica soltanto un giudizio di merito devoluto al giudice ordinario»¹⁰¹.

¹⁰¹ Corte cost. (13 luglio) 24 luglio 1995, n. 360. Nella pronuncia in esame era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 73 del d.P.R. n.309 del 1990 nella parte in cui prevede la illiceità penale della condotta di coltivazione di piante indicate dall'art. 26 del d.P.R. n. 309 del 1990, da cui si

Invero, la frequenza con cui la Corte ha evitato declaratorie di incostituzionalità di norme incriminatrici sospettate di inoffensività, rimettendo al giudice la verifica circa il disvalore concreto del fatto, non ha trovato ampi consensi in dottrina, laddove sono stati sollevati dubbi in ordine alla effettiva sussistenza dell'*offensività in astratto* della fattispecie sottoposte al vaglio del Giudice delle leggi¹⁰².

È vero, infatti, che la portata garantista del principio appare “svuotata” laddove la Corte, dinanzi a materie politicamente “sensibili” quale quella degli stupefacenti, sembra declinare il proprio sindacato sul disvalore *astratto* di alcune fattispecie, rimettendo agli operatori del diritto

estraggono sostanze stupefacenti o psicotrope univocamente destinate all'uso personale per violazione del principio di offensività *ex* artt. 13, 25 e 27 Cost. nell'ipotesi in cui la coltivazione dia luogo a quantità (o qualità) di infiorescenze dalle quali non sia ricavabile il principio attivo in misura sufficiente a produrre l'effetto (stupefacente) potenzialmente lesivo nel caso di successiva assunzione. La Corte costituzionale, dichiarata infondata la questione, richiama l'art. 49, comma 2, c.p. quale norma che il giudice ordinario è chiamato ad applicare in caso di inoffensività in concreto della condotta «come nel caso prospettato dal giudice rimettente - della coltivazione in atto, e senza previsione di ulteriori sviluppi, di un'unica pianta da cui possa estrarsi il principio attivo della sostanza stupefacente in misura talmente esigua da essere insufficiente, ove assunto, a determinare un apprezzabile stato stupefacente».

¹⁰² Cfr., in particolare, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., pp. 355 ss. L'Autore ritiene che la Corte, rimandando al giudice di merito la verifica circa la *concreta* offensività del fatto, si sia spesso sottratta al controllo della effettiva offensività *astratta* della norma impugnata, finendo «per spostare sul piano giudiziario gran parte dell'effettività di un principio che ha invece una innegabile vocazione a operare prioritariamente sul piano legislativo». V. anche A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, cit., pp. 382 ss. L'Autore ritiene che l'art. 707 c.p., che sanziona il possesso ingiustificato di chiavi false o di grimaldelli da parte di chi abbia riportato determinate condanne, rientri tra *i reati di sospetto*, in contrasto con il principio di offensività, e che le sentenze Corte cost. (23 giugno) 7 luglio 2005, n. 265 e Corte cost. (11 giugno) 20 giugno 2008, n. 225, nel dichiarare la conformità a Costituzione della norma, non abbiano motivato la censura di inoffensività della fattispecie sollevata dai giudici remittenti. Sul punto anche V. MANES, *La pervicace resistenza dei reati di sospetto*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 2539 ss.

l'effettivo operare di un principio che dovrebbe condizionare “a monte” la formulazione delle norme criminali¹⁰³.

A ciò si aggiunga che l'affermazione di principio alla cui stregua spetterebbe alla Corte il sindacato sui limiti alla discrezionalità legislativa (e, dunque, sull'*offensività in astratto* delle fattispecie) potrebbe sembrare tradita ogni qualvolta la stessa riconosce al legislatore ampia libertà, qualificando come *strumentali* rispetto a beni giuridici *finali* di indubbio rilievo interessi che sembrerebbero, invece, connotati da un alto tasso di artificialità¹⁰⁴.

Eppure, non può negarsi l'importanza del contributo apportato dalla giurisprudenza costituzionale nel consolidamento del principio nella cultura giuridica nazionale.

10. Segue: offensività e trattamento sanzionatorio nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale.

¹⁰³ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 358 afferma, in tal senso, che «le sentenze ove il principio di necessaria lesività del fatto è stato evocato meno propriamente riguardano norme, come in specie quelle in materia di stupefacenti, ove il controllo di costituzionalità sul reale contenuto offensivo della fattispecie sarebbe stato politicamente quanto mai imbarazzante».

¹⁰⁴ Il riferimento è, ad esempio, a Corte cost. (5 luglio) 8 luglio 2010, n. 250, con la quale la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 10-*bis*, d. lgs. n. 286 del 1998 (che punisce l'ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato), superando la critica secondo cui si tratterebbe di reato di “mera disobbedienza”, privo di un bene giuridico meritevole di tutela. Nella pronuncia in esame la Corte afferma che il bene protetto da una fattispecie simile coinciderebbe con “l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori”, che costituirebbe «bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione avanzata del complesso di beni pubblici “finali” di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata». Sul punto, cfr. V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 3 ss.; ID., *Il principio di offensività*, cit., p. 217, in particolare, nota 23.

Le “linee-guida” elaborate in materia di offensività dalla giurisprudenza costituzionale hanno trovato conferma nelle pronunce dell’ultimo decennio. Quest’ultime si caratterizzano, al contempo, per l’attenzione prestata dalla Corte ad un aspetto che fino a quel momento non era stato oggetto di particolare riflessione: il rapporto intercorrente tra principio di offensività e trattamento sanzionatorio previsto dall’ordinamento penale. Ed invero, in tale contesto gioca un ruolo determinante la combinazione tra principio di offensività e principio di uguaglianza (inteso questo come comprensivo della ragionevolezza e della proporzione), dalla quale il primo principio trae nuova linfa e ne risulta rafforzato¹⁰⁵.

Così, la sottoposizione al vaglio della Consulta dell’aggravante dell’aver l’imputato commesso il fatto trovandosi illegalmente sul territorio nazionale, *ex art. 61, numero 11-bis*, ha costituito occasione per affermare il contrasto tra il principio di offensività e ogni ipotesi che, riservando «trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti», sia qualificabile in termini di *diritto penale d’autore*¹⁰⁶.

Ed infatti, sotto la disciplina previgente, la qualità di immigrato “irregolare” determinava l’automatica applicazione di un trattamento

¹⁰⁵ Sul punto v. anche D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017, pp. 3 ss.

¹⁰⁶ Corte cost. (5 luglio) 8 luglio 2010 n. 249. L’illegittimità costituzionale del *diritto penale d’autore* era già stata affermata da Corte cost. (10 luglio) 17 luglio 2002, n. 354.

penalistico differenziato, giacché il soggetto veniva assoggettato sempre e comunque ad un più severo trattamento, indipendentemente dalla connessione sussistente tra il reato commesso e la sua condizione personale. Da qui l'affermazione della Corte secondo cui «Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. [...] La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore».

L'affermazione alla cui stregua il principio di offensività non opera soltanto sul piano dell'incriminazione, dovendo guidare ogni norma che incide sul trattamento sanzionatorio applicabile all'agente, emerge anche da pronunce successive, le quali, implicitamente, mostrano, altresì, il nesso intercorrente tra il principio di offensività e la finalità rieducativa della pena, che implica una costante "proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra¹⁰⁷.

¹⁰⁷ In questo senso già sentenza Corte cost. 22 Luglio 1994 n. 341.

In tale contesto si inserisce la pronuncia con cui la Corte¹⁰⁸ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p. Una previsione di tal fatta, annullando *tout court* la possibilità di applicare l'attenuante al recidivo, attribuiva preminenza allo *status* del soggetto rispetto al disvalore materiale del fatto commesso e comportava una elevatissima divaricazione tra le cornici edittali contemplate per il recidivo e per il reo privo del menzionato *status*.

In tale circostanza, la Corte ha rammentato che «il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare “neutralizzata” da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità».

¹⁰⁸ Corte cost. (5 novembre) 15 novembre 2012, n. 251. Le stesse argomentazioni sono state riprese da Corte cost. (14 aprile) 18 aprile 2014, n. 105, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, secondo comma, c.p., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.; Corte cost. (14 aprile 2014) 18 aprile 2014, n. 106, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, terzo comma, c.p., sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

Contrasta, allora, con principio di offensività la disciplina sottoposta al vaglio della Corte, posto che i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, di cui tiene conto la disciplina sulla recidiva reiterata, assumono, «nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo».

Considerazioni simili rendono opportuna una riflessione sugli esiti cui è pervenuta la maturazione del principio di offensività in seno alla Corte costituzionale, giacché quest'ultimo implica non soltanto che ciascuna incriminazione debba essere fondata sull'offesa di un bene giuridico meritevole di tutela (e ad essere ritenuti tali sono anche interessi *strumentali* rispetto ad altri *interessi finali*), ma anche che tutta la disciplina applicabile al reo debba essere improntata al principio, sicché la risposta sanzionatoria deve essere sempre parametrata al disvalore del fatto commesso e all'entità dell'offesa arrecata al bene giuridico presidiato dalla norma in rilievo.

Emerge, allora, con evidenza il legame intercorrente tra principi di offensività e di proporzione, ove l'entità dell'offesa arrecata al bene giuridico deve riverberarsi, in maniera proporzionata, sul trattamento sanzionatorio apprestato dall'ordinamento.

Tali considerazioni possono rivelarsi utili nell'esame di istituti che lambiscono i confini del principio di necessaria lesività¹⁰⁹.

SEZIONE II. *I tentativi di codificazione del principio di offensività e la recente disciplina dei fatti di particolare tenuità*

1. I “falliti” tentativi di codificazione del principio.

La volontà di rinnovare la legislazione penale vigente, sì da renderla conforme al sistema liberal-democratico fondato dalla Carta costituzionale, è alla base dei tentativi di codificazione del principio di offensività che, senza sortire alcun esito, si sono avvicendati negli ultimi decenni¹¹⁰.

Il primo, in ordine cronologico, è il cosiddetto Progetto Pagliaro, predisposto nel 1991 come schema di disegno di legge con cui il Parlamento avrebbe dovuto delegare al Governo l'emanazione di un nuovo codice penale. Il progetto assumeva il principio di offensività come principio regolatore e informatore del nuovo codice penale: direttrice di

¹⁰⁹ V. *infra* Sez. II, §§ 2, 3, 4.

¹¹⁰ Sul tema v., per tutti, M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit., pp. 279 ss.; M. N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1772 ss.

politica legislativa e criterio per l'interpretazione giudiziale delle fattispecie¹¹¹.

La rilevanza del principio di offensività emergeva tanto nella parte generale del “progettato” nuovo codice, quanto nella parte speciale.

Così, nel primo contesto si inseriva la norma sul delitto tentato che, dirimendo la decennale diatriba in ordine alla natura oggettiva o soggettiva della direzione degli atti e sostenendo chiaramente la prima concezione, restringeva la punibilità ai soli atti che avessero arrecato un pericolo concreto e apprezzabile (e fossero, dunque, realmente offensivi).

Al contempo, avallando l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale diretta al “recupero” dell'offensività della categoria di delitti di attentato, estendeva ai reati in esame i requisiti del delitto tentato. I “suggerimenti” degli studiosi del diritto ottenevano accoglimento anche con riferimento ai reati di falso, laddove veniva esclusa espressamente la rilevanza penale delle condotte che non avessero inciso sul profilo probatorio dell'atto.

Al fine di rafforzare l'impronta personalista del diritto penale, alcuni beni giuridici tradizionalmente ritenuti privi di un effettivo substrato di

¹¹¹ Sul “Progetto Pagliaro” v., in particolare, F. C. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 73 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*, Milano, 1996, pp. 91 ss.

concretezza (quali la pietà dei defunti, la stessa fede pubblica o l'ordine pubblico) venivano, poi, resi più percepibili e concreti.

Eppure, nonostante il ruolo di “baricentro” del nuovo codice attribuito al principio di offensività dalla Relazione introduttiva al progetto, se ne ammetteva la derogabilità in un'ottica di prevenzione generale laddove ciò fosse risultato necessario per prevenire l'offesa a beni primari. Così, nell'ottica dei promotori della riforma, le esigenze generalpreventive avrebbero legittimato il ricorso a reati senza offesa e l'espresso riconoscimento di deroghe al principio avrebbe evitato le “forzature” cui gli operatori del diritto ricorrono spesso per interpretare in chiave offensiva fattispecie che letteralmente si discostano dal principio¹¹².

Naufragato il primo progetto di codificazione del principio, la questione tornò ad essere oggetto di attenzione in un progetto di riforma del 1995, il cosiddetto Progetto Riz.

In realtà, la riforma non faceva alcun riferimento espresso al principio di offensività, e, tuttavia, si proponeva di codificare espressamente l'affermazione secondo cui ad essere oggetto del reato è il

¹¹² Si veda, in particolare, F. MANTOVANI, cit., pp. 100 ss., secondo cui la previsione di deroghe al principio sarebbe «la soluzione più *realistica e lineare*, perché evita le ambiguità della dottrina che, proclamata la inderogabilità del principio di offensività, è poi costretta, sotto la spinta delle ostinate esigenze della generalprevenzione, a pericolose “mimetizzazioni”, volte a “normalizzare” come reati di offesa reati che sono, irriducibilmente, *senza offesa*».

bene giuridico tutelato dalla norma, richiamando così implicitamente l'assunto per cui il reato è offesa di un bene. Un richiamo all'offensività si rinveniva anche nella norma secondo cui la punibilità dei reati di pericolo concreto avrebbe richiesto la previsione dello stesso pericolo quale elemento della fattispecie.

E ciononostante, il principio, così implicitamente richiamato, appariva “svuotato” da alcune previsioni del medesimo progetto, quali il terzo comma dell'art. 37, che elevava a bene giuridico la generica “sicurezza sociale” e affermava la legittimità di incriminazioni dirette alla tutela della stessa quando il bene risultasse elemento di fattispecie, indipendentemente dall'accertamento di un'effettiva offesa.

La riforma in esame, dunque, se da un lato implicitamente richiamava l'offensività quale principio di sistema, dall'altro rischiava di sollevare profili tensione con lo stesso, laddove legittimava una tutela penale anticipata (attraverso la tecnica del *pericolo astratto*) di un bene avente, anche a detta dei proponenti del Progetto, spiccati caratteri di astrattezza e indeterminatezza¹¹³.

Una “tappa” del cammino verso la codificazione del principio di offensività è poi rappresentata dal progetto di riforma costituzionale

¹¹³ Per una più approfondita analisi e critica del progetto, cfr. M. N. MASULLO, *Aspettando l'offensività*, cit. pp. 1772 ss.

elaborato e provvisoriamente approvato nel 1997 dalla Commissione bicamerale.

Il progetto di legge costituzionale prevedeva una norma (l'art. 129) che, da un lato (al primo comma) si rivolgeva al legislatore e, accogliendo la "bricoliana" *teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico*, prevedeva l'esclusiva tutela da parte delle norme penali di beni di rilevanza costituzionale, dall'altro (al secondo comma) si rivolgeva ai giudici, subordinando la punibilità alla "concreta offensività" del fatto.

Ebbene, l'ambizioso progetto di scolpire il principio di offensività nella Carta fondamentale non venne accolto con generale favore: tra le principali critiche che vennero mosse vi era quella secondo cui una simile statuizione finiva per imporre "dall'alto" i dettami di una dottrina, nonostante il dibattito sul tema fosse tutt'altro che sopito, e la considerazione per cui la formula così predisposta avrebbe attribuito un'eccessiva discrezionalità al potere giurisdizionale¹¹⁴.

Tra i progetti di codificazione del principio va annoverato anche la proposta elaborata dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale costituita nel 1998 e presieduta dal professor Grosso. Nel progetto

¹¹⁴ Tra i giudizi contrari all'introduzione del principio cfr., per tutti, G. FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, pp. 165 ss.; M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale», prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e sussidiarietà*, in *Critica dir.*, 1998, pp. 95 ss.; F. PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione Bicamerale – Diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, pp. 37 ss.

presentato nel 2001, la Commissione affrontava i due problemi, distinti ma connessi, dell'offensività, che in questo contesto assumeva esclusivamente la funzione di canone interpretativo, e della criminalità bagatellare¹¹⁵.

Il richiamo all'offensività alla stregua di criterio che deve guidare l'applicazione delle norme penali viene ripreso altresì dal cosiddetto Progetto Nordio del 2004 il quale, però, divergendo dal suo "predecessore", non apprestava una soluzione legislativa alle ipotesi di esiguità.

Un chiaro riferimento alla concezione di Bricola e all'esperienza della Bicamerale si rinviene nell'ultimo progetto di riforma del codice penale, il cosiddetto Progetto Pisapia del 2007. Tra i principi generali del codice, veniva, infatti, esclusa l'incriminazione di fatti non offensivi di "beni giuridici di rilevanza costituzionale", nonché la punizione di fatti che "in concreto" non offendano beni siffatti.

2. L'introduzione dell'art. 131-bis c.p.: la non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Invero, ai falliti tentativi di "positivizzazione" del principio di offensività si è, di recente, contrapposta la predisposizione di una disciplina

¹¹⁵ Anche questo progetto andò incontro a critiche, quali quelle in ordine alla stessa opportunità di codificare il principio di offensività: cfr. G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 1 ss.

per le cd. microviolazioni¹¹⁶ che *lato sensu* “sfiora” i temi connessi alla necessaria lesività dell’illecito penale e il cui esame, anche alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività, può rivelarsi utile al fine di vagliare le attuali tendenze politico-criminali¹¹⁷.

Con il dichiarato scopo di espungere dall’area della punibilità quei fatti storici che ne appaiono “immeritevoli”, in omaggio ai principi di *ultima ratio* e di proporzionalità dell’intervento penale, nonché al fine di alleggerire il carico giudiziario, evitando il dispendio di energie processuali per fatti “bagatellari”¹¹⁸, il decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, approvato in attuazione della delega contenuta nell’art. 1, comma 1, lett. m), della legge 28 aprile 2014, n. 67, ha introdotto nel codice penale l’istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131-*bis*, individuando i presupposti in presenza dei quali un fatto tipico ma connotato da esigua carica offensiva risulta non punibile in quanto “irrilevante”¹¹⁹.

L’esclusione della sanzione penale in ragione dell’esiguo disvalore del fatto commesso non è fenomeno nuovo nel nostro ordinamento. Già il

¹¹⁶ Sul tema della criminalità bagatellare, v., diffusamente, C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., *passim*.

¹¹⁷ Lungi dal voler procedere ad una puntuale analisi della disciplina di cui all’art. 131-*bis* c.p., in questa sede ci si limiterà ad esaminare gli aspetti dell’istituto che consentono di effettuare alcune riflessioni sull’odierna politica criminale.

¹¹⁸ V. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1693 ss.

¹¹⁹ In questo senso, cfr. la *Relazione della Commissione ministeriale di studio per l’elaborazione delle proposte per dare attuazione alla legge delega n. 67/2014*, consultabile nel sito www.governo.it.

sistema penale minorile (art. 27, d.P.R. n. 448/1988) e quello del giudice di pace (art. 34, d.lgs. n. 274/2000) conoscono istituti affini, ma non identici, a quello oggi disciplinato dall'art. 131-*bis* c.p.

In particolare, l'art. 27, d.P.R. n. 448/1988, espressione del principio della minima offensività del processo per il minore, ossia volto ad evitare al minore tutti i pregiudizi connessi all'esperienza processuale, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento una causa di non punibilità fondata su un dato fino a quel momento non considerato dal nostro sistema: la scarsa offensività del fatto di reato. La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto è subordinata alla contestuale presenza di tre presupposti: la tenuità del fatto, l'occasionalità del comportamento e il pregiudizio per le esigenze educative del minore¹²⁰.

La stessa esigenza di correlare l'applicazione della sanzione penale a fatti connotati da una certa offensività, evitando "appesantimenti" della macchina processuale per fatti bagatellari, ha giustificato l'esclusione della procedibilità per i casi di particolare tenuità del fatto nei procedimenti dinanzi al giudice di pace *ex art. 34, d.lgs. n. 274/2000*¹²¹.

¹²⁰ Sul tema v. M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, Milano, 2009, pp. 315 ss.; C. CESARI, *Art. 27 - Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*, in *Il processo minorile*, a cura di G. GIOSTRA, 3^a ed., Milano, 2009, pp. 294 ss.; S. LARIZZA, *Le "nuove" risposte istituzionali alla criminalità minorile*, in *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. PALERMO FABRIS – A. PRESUTTI, 2^a ed., Milano, 2011, pp. 250 ss.; S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori*, Padova, 2005, pp. 205 ss.; G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile*, Torino, 2012, pp. 227 ss.

¹²¹ V. G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, 2009, pp. 415 ss.

Anche la disposizione da ultimo richiamata subordina l'operatività dell'istituto alla simultanea presenza di tre requisiti: particolare tenuità del fatto, occasionalità dello stesso e pregiudizio alle esigenze di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato.

Ebbene, la recentissima introduzione di una "clausola di irrilevanza" del fatto nel processo ordinario ad opera dell'art. 131-*bis* c.p. rappresenta il punto di approdo di un percorso travagliato, intrapreso a partire dagli anni '90.

Numerosi i progetti di riforma, poi naufragati, succedutisi negli anni¹²².

Alla base degli stessi vi era l'assunto secondo cui la mancata applicazione di una pena in presenza di un fatto di lieve entità rappresenta «un obiettivo aderente alla piena realizzazione dei principi di offensività e di proporzionalità, oltre che della funzione rieducativa della pena: principi, tutti, che risultano fortemente sacrificati da condanne penali per offese bagatellari realizzate da autori in concreto non bisognosi di rieducazione/risocializzazione»¹²³.

¹²² Per un completo *excursus* dei progetti di riforma che hanno preceduto l'introduzione della causa di non punibilità in commento, cfr. E. TURCO, *I prodromi della riforma*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. TRIGGIANI, Torino, 2014, pp. 221 ss.

¹²³ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 275.

La causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.*, introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2015, sembrerebbe, allora, iscriversi nel solco tracciato dai principi garantisti che ispirano il nostro sistema. Si è detto, in tal senso, che l'introduzione nel codice Rocco di un istituto avente portata generale fondato sull'irrelevanza dell'offesa cagionata al bene protetto dal precetto penale sembra determinare il definitivo riconoscimento anche a livello di legislazione primaria della necessaria offensività di ogni fatto di reato, giacché l'esclusione della punibilità per un fatto connotato da minima offensività ammette implicitamente la assoluta non punibilità di quei fatti totalmente inoffensivi per l'interesse protetto dalla norma¹²⁴.

In linea teorica, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, ponendosi quale *trait d'union* tra l'inoffensività del fatto e la piena rilevanza penale dello stesso, dovrebbe, allora, rappresentare il frutto della

¹²⁴ In questo senso P. GAETA, A. MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità "per particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. Pen.*, 2015, fasc.7-8, pp. 2595 ss.; P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, n. 2, pp. 4 e 21: quest'ultimo, in particolare, rileva come, falliti i molteplici progetti di riforma susseguiti negli anni volti all'introduzione del principio di offensività a livello costituzionale, l'ironia della sorte abbia voluto che fosse una norma in materia di deflazione sostanziale, processuale e penitenziaria a inserire per la prima volta un riferimento generale al principio in questione. In particolare, «un principio fondante del diritto penale, di pacifica rilevanza costituzionale, inserito per la prima volta in una disposizione che traccia, invero, il confine inferiore della tipicità». L'A., raffrontando il disposto letterale dell'art. 131-bis con l'art. 27, d.P.R. n. 448 del 1988, afferma, inoltre, che «Risulta evidente come il legislatore, questa volta senza indugio, abbia voluto richiamare espressamente il principio di offensività nella parte generale del codice penale: il grande assente tra tutti i principi sino a tale disposizione». A conclusioni analoghe era pervenuto, sulla base della disciplina apprestata per l'irrelevanza del fatto dal sistema minorile e dal processo dinanzi al giudice di pace, M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit. pp. 335 ss. L'Autore, rileva come la mancata offensività di un bene giuridico e l'irrelevanza penale del fatto siano posti lungo un *continuum* logico, atteso che il riconoscimento dell'irrelevanza dell'offesa esigua riconosce *a fortiori* l'irrelevanza dell'assenza di offesa e che «la disciplina della irrilevanza del fatto, pertanto, è destinata a svolgere un ruolo anche nella ricostruzione normativa del principio di necessaria offensività».

stretta correlazione intercorrente tra principio di offensività e principi di proporzionalità e di *ultima ratio* dell'intervento penale, avvinti tra loro dal comune denominatore della gradualità della risposta sanzionatoria rispetto al disvalore del fatto commesso.

E tuttavia, all'esito di un'analisi della disciplina così predisposta dal Governo, sembra opportuno interrogarsi in ordine alla effettiva coerenza della stessa con quei principi che hanno ispirato l'intera riforma e con gli obiettivi avuti di mira dal Parlamento in sede di delega legislativa.

3. *Segue: i presupposti di applicazione dell'istituto: dalla legge delega alla definitiva formulazione dell'art. 131-bis c.p.*

L'art. 1, comma 1, lettera *m*), della legge n. 67 del 2014 conferiva al Governo la delega a «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale».

Nell'individuazione dei presupposti di applicazione dell'istituto contemplati dalla legge delega, possono distinguersi limiti esterni, che nel

delinearne il campo di operatività si riferiscono alla specie (pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva) e al *quantum* di sanzione comminata dalla fattispecie incriminatrice in rilievo, e requisiti interni, coincidenti con la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento¹²⁵.

Si rilevava, in tal senso, come la «valutazione tutta oggettivistica della speciale tenuità»¹²⁶ e l'omissione di riferimenti a coefficienti psicologici del soggetto agente quali indici di “irrelevanza del fatto” costituissero senz'altro il frutto di una scelta legislativa, volta ad assicurare l'applicazione del nuovo istituto anche nelle ipotesi di significativa partecipazione personale dell'autore all'illecito, laddove, sul piano oggettivo, risultasse particolarmente tenue l'offesa¹²⁷. Questa opzione trovava, altresì, fondamento nella «esigenza di “sganciare” per quanto possibile il giudizio d'irrelevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, sempre ardui e decisamente tanto più problematici quanto più destinati ad essere effettuati nelle fasi prodromiche del procedimento»¹²⁸.

¹²⁵ Di “limiti esterni” e “requisiti interni” parla F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali*, cit., p. 147.

¹²⁶ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., pp. 1693 ss.

¹²⁷ In termini simili, v., per tutti, F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali*, cit., p. 148.

¹²⁸ In questo senso, *Relazione della Commissione ministeriale di studio per l'elaborazione delle proposte per dare attuazione alla legge delega n. 67/2014*”, cit., par. 3. Una scelta simile si discostava dai paradigmi di irrilevanza del fatto adottati dall'art. 27 del d.P.R. n. 448/1988 e dall'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000, i quali attribuiscono esplicito rilievo alla dimensione soggettiva ai fini della diagnosi di esiguità dell'illecito.

Eppure, la stessa Commissione, ritenendo che la *particolare tenuità dell'offesa* dovesse essere accertata sulla base dei due indici della *modalità della condotta* e dell'*esiguità del danno o del pericolo*, aveva contemplato la possibilità per l'interprete, in sede di accertamento della particolare tenuità dell'offesa, di attribuire in qualche misura rilievo all'elemento soggettivo del reato¹²⁹.

Il quadro delineato dallo schema di decreto legislativo elaborato dalla Commissione ministeriale è stato, però, parzialmente modificato nella stesura definitiva dell'art. 131-*bis* c.p. quando, su sollecitazione della Commissione Giustizia della Camera¹³⁰, sono state introdotte nel testo della disposizione in esame una serie di specificazioni tanto di carattere sostanziale, quanto di natura processuale.

Quanto alle indicazioni del primo tipo, è stata, innanzitutto, inserita al primo comma dell'art. 131-*bis* c.p. la precisazione alla cui stregua gli indici di particolare tenuità dell'offesa costituiti dalle modalità della condotta e dall'esiguità del danno o del pericolo vanno valutati ai sensi del

¹²⁹ Così, nella *Relazione della Commissione ministeriale di studio per l'elaborazione delle proposte per dare attuazione alla legge delega n. 67/2014*, cit., par. 3 si precisava che «l'indice-criterio delle "modalità della condotta" si presta benissimo e del tutto naturalmente a permettere una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della (tipicità della) condotta; sia dell'intensità del dolo, sul presupposto che assai spesso quest'ultima si riverbera e si traduce nell'adozione da parte dell'autore di determinate modalità esecutive della condotta»

¹³⁰ Cfr. *Parere Commissione Giustizia della Camera con condizioni ed osservazioni*, 3 febbraio 2015, XVII legislatura, bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, reperibile in www.camera.it, pp. 13 ss.

primo comma dell'art. 133 c.p. Posto che il richiamo è stato effettuato nei confronti dell'intero comma, se ne deduce che tra gli indici per la valutazione della tenuità dell'offesa rientrano altresì i parametri di cui al n. 3 del primo comma dell'art. 133 c.p., coincidenti con l'intensità del dolo e il grado della colpa.

Su sollecitazione della Commissione Giustizia della Camera¹³¹, è stato, altresì, inserito al secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p. un elenco di circostanze che escludono *tout court* la possibilità di ritenere l'offesa di particolare tenuità: l'aver agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o l'aver adoperato sevizie, l'aver profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa, ovvero la morte o le lesioni gravissime di una persona derivate, anche come conseguenza non voluta, dalla condotta dell'autore.

Dietro indicazione della stessa Commissione¹³², sono state, inoltre, introdotte al comma terzo dell'art. 131-*bis* c.p. alcune definizioni di comportamento abituale: il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, ovvero abbia commesso più reati della stessa indole (anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità), nonché

¹³¹ V. *Parere Commissione Giustizia Camera*, cit., p. 15.

¹³² V. *Parere Commissione Giustizia Camera*, cit., p. 15.

nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

In merito alla natura giuridica dell'istituto, la formulazione letterale dell'art. 131-*bis* c.p. non sembra lasciare aperti margini di dubbio.

Si tratterebbe, nello specifico, di una causa di non punibilità in senso stretto, che esclude l'applicabilità della pena, pur mantenendo l'esistenza del reato. Tale carattere risulta, peraltro, confermato dalla circostanza per cui il provvedimento contenente la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto viene iscritto nel casellario giudiziario: ricorrerebbe, allora, un'ipotesi di non punibilità che comporta comunque un'affermazione di responsabilità¹³³.

4. *Segue*: le possibili incongruenze della disciplina introdotta dal legislatore delegato.

A ben vedere, la ricostruzione dei tratti salienti della disciplina mette in risalto taluni profili di criticità dell'istituto delineato dall'art. 131-*bis* c.p., manifestando al contempo l'esigenza di procedere ad una puntuale verifica della sua rispondenza agli obiettivi di politica criminale che hanno ispirato la riforma.

¹³³ Cfr., per tutti, C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 5, pp. 516 ss.

Una prima considerazione riguarda l'appuntarsi dell'ambito di operatività dell'istituto sulla previsione astratta di una determinata tipologia sanzionatoria e/o sulla soglia edittale del massimo di pena detentiva previsto per la fattispecie implicata dal caso concreto, a prescindere dalla effettiva carica offensiva del fatto commesso.

Ed infatti, una riforma volta ad espungere dal sistema repressivo fatti "irrilevanti", perché comportanti nel caso di specie un'offesa del tutto esigua al bene giuridico protetto dalla norma, mal si concilia con la scelta di escludere *tout court* la possibilità di ritenere tenue l'offesa quando il reato è sanzionato astrattamente con pene superiori al *quantum* legislativamente fissato.

L'entità dell'offesa a un bene giuridico dipende, infatti, dalle effettive modalità di verifica del fatto, non già dall'astratta gravità della fattispecie incriminatrice e dalla severità dell'impianto repressivo predisposto. Del resto, anche fatti rientrati in ipotesi di reato punite molto severamente possono manifestarsi concretamente con significati di disvalore notevolmente differenziati e possono presentarsi in forma tenue¹³⁴.

¹³⁴ V. F. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 11; P. POMANTI, *op. cit.*, p. 13.

La scelta di circoscrivere il campo di operatività dell'istituto, ancorché apprezzabile sul piano della determinatezza della disposizione¹³⁵, appare irragionevole nella misura in cui l'ambito di applicazione della causa di non punibilità è stato ancorato al massimo edittale¹³⁶: sarebbe stato più opportuno limitare la discrezionalità giudiziale nell'applicazione dell'istituto facendo riferimento alla soglia edittale minima prevista per il reato in rilievo. Ed infatti, com'è noto, nella comminatoria edittale il minimo è fissato a tutela dell'ordinamento, esprimendo il *quantum* di pena previsto dal sistema per le fattispecie bagatellari, mentre il massimo è fissato a tutela del reo, rappresentando la soglia oltre la quale non può spingersi la reazione dell'ordinamento (indipendentemente dalla gravità del fatto commesso)¹³⁷.

Ulteriore aspetto di criticità della disciplina in commento si rinviene nella scelta del legislatore delegato di introdurre presunzioni assolute di non particolare tenuità che escludono *sic et simpliciter* dall'ambito di applicazione dell'istituto intere categorie di reati. Ciò che “letteralmente” la

¹³⁵ La mancata indicazione di limiti di operatività dell'omologo istituto presente nel sistema minorile ex art. 27 d.P.R. n. 448/1988 costituisce uno degli aspetti più controversi del proscioglimento per irrilevanza penale del fatto. Sul punto, v. S. LARIZZA, *Le “nuove” risposte istituzionali*, cit., pp. 259 ss.; G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile*, cit., pp. 231 ss.

¹³⁶ Cfr. F. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 11; P. POMANTI, *op. cit.*, p. 13; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 20.

¹³⁷ V. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 20. Per esemplificare le sperequazioni derivanti dalla scelta operata dal Legislatore delegato, l'Autore rileva che il sequestro di persona (sanzionato con una pena che va da sei mesi a otto anni di reclusione) risulta nella sua espressione offensiva minima meno grave rispetto al reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (punito da uno a quattro anni di reclusione); eppure, soltanto quest'ultima ipotesi di reato rientrerebbe nel campo di applicazione dell'art. 131-bis c.p.

delega prevedeva era che la presenza dei citati presupposti, che dovevano qualificare il fatto come “tenue” nella sua dimensione oggettiva, “risultasse”, cioè discendesse da un accertamento rimesso all’ autorità giudiziaria¹³⁸; ciononostante, il legislatore delegato ha preferito ritenere determinate ipotesi connotate *ipso iure* da elevata carica offensiva, introducendo cinque presunzioni assolute fondate su «prognosi “rafforzate” di offensività»¹³⁹.

Invero, la scelta di limitare la discrezionalità del magistero punitivo attraverso presunzioni assolute sarebbe stata accolta con maggiore favore laddove le stesse fossero state tutte riconducibili a quegli indici che concorrono a delineare la particolare tenuità dell’offesa (modalità della condotta tenuta dal reo ed entità del danno cagionato), il cui accertamento è rimesso all’interprete.

Si potrebbe, dunque, comprendere l’esclusione dall’ambito di applicazione dell’istituto per il reo che abbia agito con crudeltà anche in danno di animali o abbia adoperato sevizie o, ancora, abbia approfittato delle condizioni di minorata difesa della vittima anche in riferimento all’età della stessa, posto che circostanze simili confluiscono tutte all’interno

¹³⁸ Cfr. A. CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, pp. 68 ss.

¹³⁹ In questi termini A. CISTERNA, *op. cit.*, p. 69. L’Autore specifica, inoltre, che «mettere alla porta, per giunta ad opera del Governo e sulla scorta di una contrazione della delega del 2014, intere ipotesi di reato solo perché aggravate (...) equivale a creare un diritto penale speciale che potrebbe non superare il sindacato della Consulta».

dell'indice "modalità della condotta"¹⁴⁰. Peraltro, una condotta che possa realmente considerarsi crudele, e che pertanto implichi per definizione delle sofferenze morali superflue rispetto all'attuazione dell'obiettivo criminoso, o che si sia effettivamente caratterizzata per l'aver profittato dell'altrui minorata difesa, difficilmente sarà connotata da un'esigua carica offensiva.

Allo stesso modo, ancorché ci si possa interrogare sull'effettiva necessità di introdurre una causa ostativa simile, è esente da critiche l'esclusione *tout court* della tenuità dell'offesa ove dalla condotta sia derivata la morte o le lesioni gravissime della persona, circostanze queste riconducibili al secondo indice, ossia all'entità del danno.

Ciò che, di contro, suscita maggiore perplessità è l'automatica esclusione della tenuità dell'offesa in presenza di un dato, come l'aver agito per motivi abietti o futili, che, oltre a non essere riconducibile ad alcuno dei criteri richiamati dal primo comma dell'art. 131-*bis* c.p., mantiene del tutto inalterata l'entità dell'offesa¹⁴¹.

Si può, allora, dubitare della ragionevolezza di una previsione che escluda radicalmente la possibilità di configurare un'offesa in termini di

¹⁴⁰ V. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 6, p. 666.

¹⁴¹ In tal senso, v. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 21, secondo cui «Nulla di strano che ai fini dell'applicazione di una causa di non punibilità si introducano anche elementi valutativi riferibili al piano soggettivo [...] Se la soluzione adottata è in sé plausibile, meno plausibile è la pretesa di ricondurre a una esclusione normativa della particolare tenuità dell'offesa elementi che sono invece tipici del giudizio di colpevolezza. Confondere le acque e mescolare le carte non è mai buona legislazione».

tenuità ogni qualvolta l'autore del fatto tipico abbia agito mosso da un impulso interiore ripugnante o sproporzionato rispetto all'azione criminosa commessa, posto che la "spinta" che determina all'azione non si riverbera necessariamente sulla condotta concretamente tenuta dall'agente, aggravando, sul piano obiettivo, l'entità del fatto commesso.

A ciò si aggiunga, in spregio all'auspicata istanza di deflazione, il necessario impiego di risorse processuali al fine di accertare esaustivamente la sussistenza di una circostanza simile.

Sembra, così, contraddetta quell'«esigenza di "sganciare il giudizio d'irrelevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivo"¹⁴²» che secondo la Commissione ministeriale giustificava l'esclusivo riferimento da parte della legge delega ad indici di stampo oggettivo.

Tale considerazione suggerisce, peraltro, una riflessione che tenga conto degli orientamenti della Corte costituzionale in ordine all'utilizzo di presunzioni assolute da parte del legislatore penale.

È opportuno rammentare, a tal fine, che secondo la giurisprudenza della Consulta le presunzioni assolute «violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» e che un'irragionevolezza siffatta «si può cogliere tutte le volte in cui sia

¹⁴² Relazione della Commissione ministeriale di studio per l'elaborazione delle proposte per dare attuazione alla legge delega n. 67/2014", cit., par. 3.

“agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁴³.

È lecito chiedersi, allora, se il dato esperienziale conduca realmente all'affermazione secondo cui colui che agisce per motivi abietti o futili “secondo ciò che normalmente accade” cagiona un'offesa non lieve al bene presidiato dalla norma penale.

A ben vedere, il requisito dell'istituto in esame che solleva riflessioni di maggiore rilievo è quello della non abitualità del comportamento.

L'introduzione da parte del legislatore delegato in sede di approvazione definitiva del testo dell'art. 131-*bis* c.p. delle definizioni di comportamento abituale potrebbe giustificarsi alla luce del principio di determinatezza¹⁴⁴. Eppure, l'esclusione automatica dall'applicazione dell'istituto in presenza delle situazioni contemplate dal terzo comma della disposizione e il conseguente necessario assoggettamento a pena dell'autore del fatto di reato, indipendentemente dall'entità dell'offesa cagionata, rende necessarie alcune considerazioni di carattere sistematico.

¹⁴³ V. *ex multis* Corte cost. 8 luglio (23 luglio) 2015, n. 185; Corte cost. (16 luglio) 23 luglio 2013, n. 232; Corte cost. (3 luglio) 18 luglio 2013, n. 213; Corte cost. (9 maggio) 12 maggio 2011, n. 164; Corte cost. (7 luglio) 21 luglio 2010, n. 265; Corte cost. (14 aprile) 16 aprile 2010, n. 139, tutte consultabili nel sito telematico www.cortecostituzionale.it.

¹⁴⁴ Si ricordi, in tal senso, che il generico riferimento al “fatto tenue” e alla “condotta occasionale” operato nel sistema minorile dall'art. 27, d.P.R. n. 448/1988 ha più volte sollevato dubbi di legittimità costituzionale della disciplina per violazione degli artt. 25, comma 2, e 3 Cost. Si è detto, infatti, che l'estrema vaghezza dei requisiti individuati dalla norma rende gli stessi suscettibili di interpretazioni discrezionali e discriminatorie. Sul tema, v. G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile*, cit., pp. 234 ss; E. TURCO, *op. cit.*, pp. 189 ss.

Con particolare riferimento alle cause ostative all'applicazione della causa di non punibilità fondate sull'appartenenza del reo a determinate categorie di soggetti, quali quelle dei *delinquenti abituali, professionali o per tendenza*, sono evidenti le istanze di sicurezza sottese ad una scelta simile: trattasi di soggetti estromessi *tout court* dall'ambito di applicazione dell'istituto in ragione della loro pericolosità sociale, a nulla rilevando la concreta entità del fatto di reato dagli stessi commesso¹⁴⁵.

La *ratio* di tale esclusione potrebbe, inoltre, rinvenirsi nella necessità di subordinare la rinuncia alla pretesa punitiva da parte dell'ordinamento all'assenza di indici che mostrino il bisogno di punire il reo¹⁴⁶ e potrebbe risultare in linea con il sistema nel suo complesso, nella misura in cui non si discosta da scelte effettuate con riferimento ad altri istituti quali la prescrizione *ex art. 161 c.p.*¹⁴⁷.

Eppure, è legittimo chiedersi se, ancora oggi, un'impostazione siffatta sia coerente con un diritto penale del fatto e non della persona, ove la determinazione della pena deve essere correlata alla gravità del fatto commesso e non alle caratteristiche di chi ne è autore¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Cfr. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità*, cit., p. 667. L'Autore ritiene che «questa previsione sia decisamente disfunzionale, in quanto la particolare tenuità non può che attenere al disvalore (oltretutto oggettivo) del singolo fatto e non può essere connessa alla pericolosità sociale del soggetto».

¹⁴⁶ Cfr., in questo senso, T. PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit. p. 21.

¹⁴⁷ Come rilevato da A. CISTERNA, *op. cit.*, p. 70, che, tuttavia, critica una scelta legislativa simile.

¹⁴⁸ In tal senso, C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.archiviopenale.it, p. 2 precisa: «Dopo anni in cui gli istituti più retrivi del codice Rocco e dell'epoca fascista - come appunto le figure di delinquente abituale ecc. - erano stati messi "in soffitta", non

Con riferimento alla generale possibilità di attribuire automatico rilievo a particolari *status* nella determinazione del trattamento sanzionatorio, è opportuno, allora, tenere presenti i richiamati orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi formatasi in relazione alla recidiva¹⁴⁹.

Si è già detto¹⁵⁰ che la Corte costituzionale, valorizzando la connessione tra principio di offensività e i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, ha, in estrema sintesi, affermato che l'astratta possibilità di prevedere trattamenti sanzionatori più severi in considerazione di aspetti legati alla personalità dell'autore del reato è comunque subordinata al rispetto dei principi sopra menzionati. In particolare, la colpevolezza e la pericolosità, pur essendo pertinenti al reato, non possono assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da risultare comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo: «il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe

vorremmo che l'affermarsi di un diritto mite, che lascia esenti da pena comportamenti che pur conformi alla fattispecie criminosa non presentano un significativo indice di offensività, fosse l'occasione per il ripescaggio di un triste armamentario sanzionatorio da riservare a pochi negletti».

¹⁴⁹ V. Corte cost. (5 novembre) 15 novembre 2012, n. 251.

¹⁵⁰ V. *supra*, Sez. I, § 10.

risultare “neutralizzata” da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità».

Ebbene, considerazioni simili possono essere viepiù ripetute ove la pericolosità del soggetto sia posta a fondamento non già di un aggravamento del trattamento sanzionatorio, bensì della stessa punibilità del soggetto.

Ancorché tenendo conto delle peculiarità della disciplina di cui all’art. 131-*bis* c.p. e del carattere *lato sensu* premiale dell’istituto, ci si potrebbe interrogare in ordine al rispetto di principi siffatti da parte del legislatore delegato laddove ha escluso radicalmente la possibilità di beneficiare della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto per determinate categorie di soggetti, anche qualora il fatto concretamente commesso offenda solo esiguamente il bene protetto dalla norma incriminatrice.

Non sembra azzardato ritenere che anche in ipotesi simili «la rilevanza dell’offensività della fattispecie base» sembrerebbe «“neutralizzata” da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità»¹⁵¹.

¹⁵¹ In questi termini si è espressa Corte cost. (5 novembre) 15 novembre 2012, n. 251, in www.cortecostituzionale.it nel dichiarare incostituzionale l’articolo 69, comma 4, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva di cui all’art. 99, comma 4, c.p.

Così, all'esito di una sommaria analisi delle novità di natura sostanziale discendenti dall'esercizio delle deleghe conferite dalla legge n. 67/2014, si può senz'altro manifestare apprezzamento nei confronti di riforme dirette all'attuazione dei principi che governano il nostro sistema.

E tuttavia, i rilevati sospetti di inadeguatezza della disciplina predisposta dal d.lgs. n. 28 del 2015 rispetto all'effettivo perseguimento di quegli stessi principi di proporzionalità e *ultima ratio* dell'intervento penale che avevano animato la delega legislativa, nonché il possibile contrasto delle disposizioni ivi previste con i principi di ragionevolezza e con il principio di offensività, interpretato in combinazione con il finalismo rieducativo della pena, stimolano alcune riflessioni sull'odierna politica criminale.

Troppo spesso il legislatore penale sembra anteporre istanze di rassicurazione dell'opinione pubblica alla piena, e proclamata, attuazione dei principi cardine del nostro ordinamento.

Espressione manifesta di tale tendenza è la previsione nella disciplina di cui all'art. 131-*bis* c.p. di cause ostative all'applicazione dell'istituto che poco hanno a che vedere con la gravità del fatto oggettivamente realizzato e che, limitando la capacità innovativa di una riforma attesa da anni e astrattamente idonea ad assumere portata generale, rischiano di sfociare in un mal celato *diritto penale d'autore*.

CAPITOLO II

**II PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E GLI *INPUT* INTERNAZIONALI
E SOVRANAZIONALI.**

**LA CONTROVERSA DISCIPLINA IN MATERIA DI
TERRORISMO**

SOMMARIO: SEZIONE I. *Cenni di diritto comparato*: 1. Cenni sulla cultura dell'offensività nei Paesi continentali. - 2. Sistemi anglo-americani e "principio del danno". - 3. Considerazioni sull'opportunità dell'abbandono della "nostra" categoria di legittimazione dell'intervento penale. - SEZIONE II. *Principio di offensività e diritto sovranazionale*: 1. Questioni inerenti al principio di offensività: diritto sovranazionale e *obblighi di incriminazione*. 2. Sulla possibile sussistenza del principio di offensività in ambito europeo. - 3. Anticipazione della tutela penale e diritto sovranazionale nella recente legislazione antiterrorismo. - 4. *Segue*: l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale. - 5. *Segue*: addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale. - 6. *Segue*: organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo. - 7. *Segue*: detenzione abusiva di precursori di esplosivi e omissioni in materia di precursori abusivi. - 8. *Segue*: considerazioni conclusive.

SEZIONE I. *Cenni di diritto comparato*

1. Cenni sulla cultura dell'offensività nei Paesi continentali.

«Il principio di offensività è l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale»¹⁵².

Un'affermazione così efficace consente di inaugurare una trattazione che, consapevole del contesto culturale e costituzionale in cui è sorto il principio, tenga conto dell'esistenza di regole e principi che in ordinamenti diversi dal nostro e in ambito sovranazionale lambiscono le aree di interesse dell'offensività.

A ben vedere, ancorché non sia diffusa la cultura dell' "offensività" *stricto sensu* intesa, quale principio di rango costituzionale giustiziabile da parte della Consulta, l'assunto alla cui stregua le norme penali debbano tutelare beni giuridici non è esclusiva del nostro Paese.

Si pensi, in tal senso, al dibattito sorto in Germania relativamente al bene giuridico quale oggetto della legislazione criminale¹⁵³, che negli ultimi anni sta ricevendo un rinnovato interesse¹⁵⁴.

In particolare, la pronuncia della Corte costituzionale tedesca che, affermando la legittimità del reato di incesto, ha escluso il recepimento sul

¹⁵² M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, pp. 4 s.

¹⁵³ Si veda in tal senso cap. I, § 4.

¹⁵⁴ V. sul punto, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica*, cit., p. 20.

piano costituzionale della teoria del bene giuridico¹⁵⁵ ha sollevato nella dottrina autoctona sollecitazioni in ordine all'opportunità di rinvenire un fondamento costituzionale alla teoria in esame e alla necessità di individuare nella Carta fondamentale i limiti dell'intervento penale¹⁵⁶. Temi, questi, da decenni al centro del dibattito italiano sulla legittimazione dell'intervento penale.

Di grande interesse è anche, e soprattutto, il recepimento del lessico nostrano da parte dell'ordinamento spagnolo, ove, in omaggio alla cultura giuridica italiana, si parla letteralmente di *principio de ofensividad*.

Nel diritto spagnolo il riferimento all'*ofensividad* è legato alla tutela dei beni giuridici e all'intervento penale minimo, ancorato alla Carta fondamentale, e, analogamente a quanto accaduto nel nostro ordinamento, ha avuto ruolo determinante nell'interpretazione giurisprudenziale dei reati di pericolo astratto.

Penetrata la logica dell'*ofensividad* nel riformato codice penale spagnolo, riflessi del principio si rinvencono nella modificata disciplina del tentativo di delitto (la cui punibilità è oggi subordinata all'idoneità)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Si tratta della sentenza del 26 febbraio 2008. Per un commento alla pronuncia, cfr. G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 2091 ss.

¹⁵⁶ In tal senso, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica*, cit., p. 20.

¹⁵⁷ V. sul punto l'analisi di F. MORALES PRATS, *L'offensività nel diritto penale spagnolo*, in *Offensività e colpevolezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, pp. 85 ss.

È stato, così, affermato che l'offensività rappresenta per gli spagnoli «lo slogan di adeguamento del diritto penale nel senso costituzionale»¹⁵⁸. Una statuizione così emblematica rende palese l'assimilazione tra cultura dell'*ofensividad* e principio di offensività nel diritto interno.

2. Sistemi anglo-americani e “principio del danno”.

Invero, il linguaggio dell'offensività *lato sensu* inteso è noto anche agli ordinamenti giuridici di *common law*.

Inevitabile in questo contesto è il richiamo a quel criterio di legittimazione dell'intervento penale adottato dai Paesi anglo-americani, il cosiddetto *Harm Principle* (principio del danno), la cui paternità viene attribuita al filosofo John Stuart Mill e alla sua celebre opera del 1859¹⁵⁹.

La concezione liberale-utilitarista alla base del pensiero di Mill ha condotto all'affermazione alla cui stregua compito del diritto penale è esclusivamente la prevenzione e la repressione dei fatti dannosi per soggetti terzi, giacché le limitazioni della libertà d'azione dell'individuo non

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 92.

¹⁵⁹ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it., Milano, 2014, pp. 12 ss. L'Autore scrive che «Scopo di questo saggio è formulare un principio molto semplice, che determini in assoluto i rapporti di coartazione e controllo tra società e individuo, sia che li si eserciti tramite la forza fisica, sotto forma di pene legali, sia mediante coazione morale dell'opinione pubblica. Il principio è che l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare un danno agli altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente». Per un'efficace sintesi della prospettiva di legittimazione anglo-americana, v., soprattutto, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 123 ss., e D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato*, cit., pp. 665 ss.

potrebbero mai trovare giustificazione nel solo perseguimento del bene (morale o fisico) dello stesso. Ne discende l'assunto per cui in tanto può essere sacrificata la libertà dei cittadini, in quanto gli stessi abbiano cagionato a qualcuno un danno.

Da qui la circoscrizione dell'area del penalmente rilevante alle condotte considerate socialmente dannose e la conseguente contrapposizione a quelle concezioni, riconducibili al "moralismo giuridico", secondo cui scopo del diritto penale sarebbe la tutela dei valori morali della società¹⁶⁰.

I dettami del *principio del danno* sono stati, per vero, ripresi e sviluppati dal pensiero giusfilosofico degli anni successivi. Il riferimento è, in particolare, allo statunitense Joel Feinberg, cui si deve quell'opera sui "limiti morali del diritto penale"¹⁶¹ che costituisce ancora oggi importante punto di riferimento nella riflessione sui criteri di legittimazione del diritto penale¹⁶².

L'Autore, nei quattro volumi della sua opera, prende in considerazione quattro principi *liberty limiting*, ossia il "principio del

¹⁶⁰ Tra i fautori di teorie simili H. A. L. HART, *Diritto morale e libertà*, trad. it., con introduzione a cura di G. Gavazzi, Acireale, 1968.

¹⁶¹ J. FEINBERG, *The moral limits of criminal Law*, Oxford, 1984-1988.

¹⁶² Per un'analisi del dibattito italiano sul tema, cfr. AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008; AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010. Per un'analisi del pensiero di Feinberg, v. anche G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 597 ss.

danno ad altri” (*Harm to Others Principle*), il “principio dell’offesa ad altri” (*Offence to Others Principle*), il “paternalismo legale” e “il moralismo legale”.

Ebbene, il più forte criterio di legittimazione dell’intervento coercitivo è il primo dei menzionati principi. In particolare, nella concezione adottata dall’Autore, è danno penalmente rilevante l’arretramento (o peggioramento) di un interesse che sia stato cagionato ingiustamente, perché in violazione di un diritto della persona offesa connesso al benessere personale o collettivo. Quanto alla natura dell’ingiustizia, tra l’opzione che qualifica tale il danno arrecato a un diritto legalmente riconosciuto e quella fondata su criteri valutativi attinenti alla morale, Feinberg sceglie una terza via, alla cui stregua l’ingiustizia del danno si configura allorquando il danneggiato abbia una pretesa fondata su “ragioni decisive” a non subire il pregiudizio. Si tratterebbe, dunque, di una valutazione basata non soltanto sul diritto positivo, ma anche su criteri di razionalità e ragionevolezza (con tutte le conseguenze negative, relative soprattutto al piano della determinatezza, che ne conseguono)¹⁶³.

Il secondo principio che, unitamente al cosiddetto *Harm to Others principle*, legittima il ricorso al diritto penale nella prospettiva adottata da Feinberg è *The Offense to Others principle*, frutto di un compromesso

¹⁶³ V., in tal senso, la ricostruzione di G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., pp. 125 ss. e, in particolare, p. 128.

ancor più marcato tra ordinamento giuridico e valutazioni morali¹⁶⁴. Ed infatti, sotto l'egida del criterio in esame rientrano molestie, fastidi e sensazioni sgradevoli attinenti alla sensibilità, in senso lato, dell'individuo rispetto a sfere quali quella religiosa o morale. Affinché sia legittimo l'intervento del magistero punitivo penale, deve trattarsi di molestie "universalmente indesiderate", ossia percepite come tali dalla maggioranza degli interessati.

E tuttavia, posto che ad assumere rilievo sono le reazioni psicologiche negative patite dall'individuo, Feinberg subordina la loro penalizzazione alla sussistenza di circostanze ulteriori, che assumono la denominazione di "massime di mediazione", e che coincidono, a titolo esemplificativo, con l'intensità delle conseguenze negative subite, con la possibilità di sottrarsi all'offesa o, ancora, con la pubblicità della condotta.

La problematicità di un criterio di legittimazione quale quello della "molestia", in quanto strettamente connesso alla sfera emotiva dei singoli, si acuisce laddove si tratti di giustificare l'intervento criminale rispetto a condotte che non arrecano alcun pregiudizio, neppure in termini di fastidio emotivo, nei confronti dei consociati e che, ciononostante, si pongono in contrasto con la morale comune. Emblematica, in tal senso, la penalizzazione dell'incesto.

¹⁶⁴ In termini simili, G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 129.

Orbene, nell'ottica di Feinberg, penalizzazioni di tal fatta, espressione del "moralismo legale", ponendosi in contrasto con il pluralismo etico caratterizzante una società liberale, andrebbero delegittimate, soprattutto se ad essere oggetto dell'incriminazione siano tutte le condotte indiscriminatamente intese.

Sulla stessa scia si iscrive la delegittimazione del cosiddetto paternalismo legale, da cui discende il rifiuto di un diritto penale che incrimini condotte che, ancorché dannose di interessi di rilievo, siano state tenute con il consenso della persona offesa, nonché di uno *ius terribile* che si atteggi a promotore di interessi e valori non percepiti dai consociati.

Nell'ottica adottata dal giusfilosofo statunitense sarebbero, allora, due i criteri di legittimazione dell'intervento penale: il principio del danno (*harm principle*) e il principio della molestia (*offense principle*).

La cultura di *common law*, scevra da riferimenti a categorie prettamente continentali quale quella di "bene giuridico", pare, dunque, utilizzare il concetto di *offense* per "superare" i limiti dell'*harm*, giacché attraverso quest'ultimo potrebbero trovare giustificazione soltanto le incriminazioni dannose per interessi di terzi (individualmente o collettivamente intesi) e non altri casi che, seppure ritenuti meritevoli di

tutela penale, non integrino la menzionata lesione¹⁶⁵. Eppure, ci si potrebbe interrogare in ordine alla effettiva necessità di fare riferimento a due principi differenti in luogo di un unico criterio inteso in senso ampio, che sia tale da ricomprendere sotto il sintagma “principio del danno” tanto le condotte strettamente dannose quanto quelle qualificabili come moleste¹⁶⁶.

3. Considerazioni sull’opportunità dell’abbandono della “nostra” categoria di legittimazione dell’intervento penale.

Si è già detto del ritenuto “fallimento” del bene giuridico quale criterio di legittimazione dell’intervento penale, posto che una sua interpretazione in senso “restrittivo” non consentirebbe di giustificare gran parte delle fattispecie di reato vigenti e una sua concezione “estensiva” finirebbe per legittimare qualsivoglia incriminazione¹⁶⁷. Tali considerazioni hanno condotto alla ricerca di nuovi parametri per la circoscrizione dell’area del penalmente rilevante ed uno “sguardo” ai criteri di *common law* si è rivelato imprescindibile.

Così, dinanzi alla ritenuta incapacità tanto della teoria del bene giuridico quanto della teoria del danno di fornire criteri utili nel delimitare

¹⁶⁵ V. sul punto M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella cd. 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, pp. 1566 ss.

¹⁶⁶ In questo senso, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 140.

¹⁶⁷ V. M. DONINI, “Danno” e “offesa”, cit., pp. 1570. Sulla crisi del bene giuridico, v. anche cap. I, §§ 5, 6.

l'area del penalmente rilevante, è stato autorevolmente sostenuto che a risultare preferibile è la prospettiva anglo-americana, poiché questa consentirebbe una più agevole emersione delle questioni di tipo politico-valutativo sottese ad ogni scelta d'incriminazione. Per contro, «la categoria del bene giuridico, nella sua (maggiore) artificiosità concettuale e nella sua presunta (maggiore) neutralità tecnica, si presta a rispecchiare una certa ipocrisia tradizionalmente tipica in particolare dello studioso accademico tedesco, il quale pretenderebbe sempre di ammantare di asettica scientificità anche categorie che sono invece intrinsecamente pregne di valore»¹⁶⁸. Si è detto, inoltre, che il linguaggio proprio del principio del danno risulterebbe più comprensibile rispetto a quello «più astratto ed esoterico» fondato sull'offesa di beni giuridici¹⁶⁹.

A ben vedere, però, dell'opportunità di un'opzione siffatta è lecito dubitare. Vero è che la categoria del bene giuridico risulta spesso inadeguata alla legittimazione dell'intervento penale e si presta a facili “manipolazioni” interpretative, laddove è frequente la possibilità di rinvenire incriminazioni che tutelano interessi *prima facie* privi di “concretezza”. Eppure, come già rilevato¹⁷⁰, la gran parte delle norme che proteggono interessi tacciati di “evanescenza” apprestano, in realtà, tutela a

¹⁶⁸ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 148.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ V. cap. I, § 6.

beni di rilievo che, anziché essere “accantonati”, meriterebbero piuttosto di essere valorizzati.

Si pensi, in questo contesto, a quelle fattispecie facenti espresso riferimento alla tutela di “sentimenti” e che richiamano, inevitabilmente, al concetto di *offense* di matrice anglo-americana. In casi simili, ciò che in realtà riceve (o dovrebbe ricevere) tutela non sono meri sentimenti intesi quali evanescenti stati emotivi, bensì la loro oggettivazione in beni suscettibili di percezione¹⁷¹.

Laddove così non fosse, non ci si dovrebbe rassegnare all’idea per cui sottese alle scelte di criminalizzazione vi sono sempre valutazioni di tipo politico, ma si dovrebbe, piuttosto, rilevare l’incostituzionalità di incriminazioni simili e suggerire la qualificazione dei medesimi fatti in termini di illecito amministrativo, rafforzando (e non indebolendo) il ruolo del bene giuridico nella costruzione del reato e nella combinazione tra disvalore oggettivo d’evento e disvalore oggettivo d’azione¹⁷².

Così la decisione di attribuire al sistema democratico piena libertà nelle scelte criminali, evitando le astrazioni concettuali connesse alla

¹⁷¹ In termini simili M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*”, cit., pp. 1577 ss.

¹⁷² Per un’impostazione simile, cfr. M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*”, cit., pp. 1585 ss. A titolo esemplificativo, secondo l’Autore, ricollegare la sanzione penale al vilipendio della bandiera dello Stato o della religione potrebbe trovare giustificazione soltanto ove condotte simili vengano tenute pubblicamente e integrino forme di istigazione che rappresentino un pericolo concreto per la “pace sociale”, non potendo rilevare penalmente la sola “suscettibilità” del singolo. Ove dovesse venir meno il pericolo concreto per il menzionato bene comune, condotte simili potrebbero avere eventualmente rilievo in sede amministrativa. Nello stesso senso, il medesimo bene comune (pace sociale) troverebbe tutela nei delitti contro il sentimento e la pietà verso i defunti, ove non sarebbero, per converso, tutelati i sentimenti dei familiari.

nozione di bene giuridico¹⁷³, non risulta auspicabile nella misura in cui potrebbe finire per annullare le istanze di garanzia del singolo sottese al principio di offensività in favore di una discrezionalità legislativa che, fuori dai confini tracciati da una teoria costituzionalmente orientata di bene giuridico, potrebbe assumere i connotati dell'arbitrarietà¹⁷⁴.

SEZIONE II. *Principio di offensività e diritto sovranazionale*

1. Questioni inerenti al principio di offensività: diritto sovranazionale e *obblighi di incriminazione*.

L'irrompere del diritto sovranazionale nel sistema penale rende incompleta un'indagine sulla portata del principio di offensività nel nostro ordinamento che non tenga conto dell'incidenza delle fonti internazionali nella legislazione interna.

Com'è noto, dall'adesione ai Trattati istitutivi dell'Unione europea e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) discende l'obbligo per il legislatore nazionale *ex art. 117, primo comma, della Carta fondamentale (letto unitamente*

¹⁷³ G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 150 afferma che «non sono né la teoria del bene giuridico (in sé considerata), né la teoria del danno (in sé considerata) a poter decidere da sole della legittimità degli oggetti di tutela penale. A decidere dei presupposti della criminalizzazione sono, piuttosto, argomentazioni e scelte assiologiche che hanno a che fare col modo di concepire la democrazia costituzionale e, soprattutto, con le sue modalità di funzionamento concreto».

¹⁷⁴ Di contrario avviso, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., p. 149, secondo cui gli spazi di discrezionalità politico-democratica non andrebbero riempiti «con una precostituita grammatica penale imposta dall'alto di una presunta verità scientifica o filosofica».

all'art. 11 con esclusivo riferimento al diritto dell'Unione europea) di rispettare il diritto sovranazionale che da tali ordinamenti scaturisce¹⁷⁵ nell'interpretazione fornite dalle Corti europee. Il richiamo è, da un lato, alla Corte di Lussemburgo, dall'altro alla Corte di Strasburgo, detentrici del monopolio sull'interpretazione, rispettivamente, del diritto dell'Unione europea e della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Invero, ancorché in ambito sovranazionale non si faccia riferimento alcuno al principio costituzionale di offensività, il concreto dispiegarsi delle fonti europee, in senso ampio intese, richiama sovente temi connessi ai contenuti del principio.

Si pensi, in tal senso, alla questione circa la sussistenza di obblighi di incriminazione del legislatore nazionale rispetto a condotte offensive di beni giuridici e diritti riconosciuti come fondamentali in ambito sovranazionale.

Se nell'ordinamento interno il tema del bene giuridico assume generalmente rilievo al fine di circoscrivere l'area del penalmente rilevante¹⁷⁶, è interessante rilevare come, al contrario, nella prospettiva

¹⁷⁵ Sul fondamento costituzionale del diritto dell'Unione europea e del diritto che promana dalla CEDU, v. *ex multis* Corte cost. (22 ottobre) 24 ottobre 2007, n. 348 e Corte cost. (22 ottobre) 24 ottobre 2007, n. 349.

¹⁷⁶ Nell'ordinamento nazionale non riceve, infatti, generali consensi l'interpretazione secondo cui dal riconoscimento di diritti fondamentali nella Carta costituzionale si potrebbe desumere la sussistenza di impliciti obblighi di tutela penale di beni siffatti: sul punto v. *supra* cap. I, parte I, § 5.

sovranazionale la tutela di diritti fondamentali assurga spesso a fattore espansivo del diritto penale.

Il riferimento è, *in primis*, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che in più occasioni, pur in assenza di indicazioni in tal senso rintracciabili nel documento normativo, ha posto in capo agli Stati aderenti alla Convenzione obblighi di incriminazione a tutela di diritti ivi sanciti¹⁷⁷.

Più nel dettaglio, secondo l'elaborazione giurisprudenziale consolidatasi in seno alla Corte EDU, gli Stati firmatari dovrebbero non soltanto astenersi dalla violazione dei diritti fondamentali (*obblighi negativi*), ma altresì attivarsi per prevenire violazioni simili e, nell'eventualità, provvedere ad una efficace repressione delle stesse (*obblighi positivi*), facendo, in talune circostanze, imprescindibile ricorso alla sanzione penale¹⁷⁸.

La portata innovativa di un'impostazione simile ben si comprende laddove si presti attenzione al “capovolgimento” di prospettiva nella protezione dei diritti fondamentali: in passato tutelati “dal” diritto penale, oggi tutelati “mediante” il diritto penale¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto, V. G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. de Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, pp. 28 ss.

¹⁷⁸ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, pp. 174 ss.

¹⁷⁹ In questo senso, *Ibidem*, pp. 176-177; F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008, pp. 83 ss.

Nella stessa direzione si iscrive il diritto dell'Unione europea, rispetto al quale la questione degli *obblighi di incriminazione* assume interesse ancor maggiore, giacché oggi, superando le antiche “incertezze” sul punto, l'entrata in vigore del Trattato firmato a Lisbona nel 2007 consente di parlare a pieno titolo di “diritto penale europeo”.

Analogamente a quanto riscontrato con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, incidenze del diritto europeo sul diritto penale si rinvenivano ancor prima del menzionato Trattato, giacché, pur mancando un referente normativo che attribuisse competenze penali all'Unione, la Corte di Giustizia aveva più volte affermato l'obbligo degli Stati membri di predisporre tutele penali a presidio di interessi europei.

In particolare, ad una prima fase in cui la Corte di Lussemburgo si limitava ad invitare gli Stati membri ad apprestare sanzioni effettive ed efficaci dinanzi a violazioni del diritto comunitario, è seguita l'affermazione del principio di “assimilazione sanzionatoria”, alla cui stregua gli Stati membri dovrebbero parificare le conseguenze discendenti dalla violazione del diritto europeo alle infrazioni del diritto nazionale (garantendo effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva della misura

adottata), poi sfociato nella espressa affermazione di obblighi di penalizzazione a tutela di determinati interessi¹⁸⁰.

Nel ragionamento della Corte, simili *obblighi di incriminazione* trovavano fondamento nell'art. 4 TUE (*ex art. 10 TCE*) che, sancendo il principio di leale cooperazione, comporta l'obbligo degli Stati di adottare le misure necessarie per rendere effettivo il diritto europeo, ricorrendo, quando necessario, allo strumento penale¹⁸¹.

Il cammino intrapreso dalla Corte di Lussemburgo per la tutela di interessi dell'Unione ha, poi, trovato sbocco nel pieno riconoscimento della competenza penale europea per le materie individuate nel Trattato di Lisbona. Uno sguardo alle norme ivi contenute consente di apprezzare immediatamente la differenza tra gli obblighi di penalizzazione, di matrice giurisprudenziale, discendenti dall'appartenenza al Consiglio d'Europa e gli obblighi che potrebbero trovare fondamento nel menzionato Trattato, giacché la competenza penale dell'Unione europea non risulta strettamente limitata alla tutela di quei diritti fondamentali che, mutuando il lessico nostrano, possono senz'altro assurgere al rango di beni meritevoli di tutela penale.

¹⁸⁰ V. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., pp. 193 ss. Sul punto, v. anche A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2016.

¹⁸¹ Per una ricostruzione sul tema e un'analisi dei casi in cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto la sussistenza di obblighi di incriminazione, v. G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in G. de Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., pp. 95 ss.

Ed infatti, l'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) attribuisce competenza penale agli organi europei in due direzioni differenti.

Il paragrafo 1 dell'art. 83 delinea la cosiddetta competenza *autonoma*, prevedendo la possibilità dell'Unione europea di dettare norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in una serie di materie espressamente indicate (ma suscettibili di ampliamento), riguardanti settori di criminalità particolarmente grave e che presentano dimensione transnazionale.

Un secondo ambito di competenze è delineato dal paragrafo 2 dell'art. 83, che prevede la possibilità di un intervento del legislatore penale europeo mediante norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni «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». È questa la cosiddetta competenza penale *accessoria*.

Orbene, dall'esercizio di competenze penali in sede europea discende, quale naturale precipitato, l'impossibilità per gli Stati membri di formulare quelle valutazioni relative alla necessità e meritevolezza di tutela penale che, stante la portata invasiva della sanzione criminale, dovrebbero

rappresentare momento fondamentale nella scelta dello *ius terribile* in luogo di strumenti extrapenali. Ed infatti, sebbene l'Unione si rivolga ai legislatori nazionali, non potendo introdurre fattispecie incriminatrici direttamente applicabili ai singoli, gli Stati membri non possono discostarsi dalle opzioni di criminalizzazione adottate sul piano sovranazionale.

In casi simili, la scelta degli interessi la cui protezione merita sanzione penale è rimessa al legislatore europeo, la scelta della soglia di tutela da apprestare per gli interessi in rilievo è rimessa al legislatore europeo: evidente è la tensione tra un'impostazione siffatta e i principi che reggono la materia penale in ambito nazionale, ove le problematiche maggiori si colgono rispetto ai principi di legalità e di offensività.

Più in generale, la tendenza degli ordinamenti sovranazionali all'imposizione di obblighi di penalizzazione, oltre a sovrastare la discrezionalità politico criminale del legislatore nazionale, si pone in "controtendenza" rispetto a quei fondamentali principi garantisti che permeano il nostro tessuto costituzionale e che, tenendo conto della potenziale incidenza della pena criminale sulla libertà personale, tendono alla delimitazione dell'area di rilevanza penale¹⁸².

¹⁸² V., per tutti, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., pp. 57 ss. Sulla capacità di resistenza dei principi del diritto penale dinanzi ai doveri di punire internazionali v. anche S. MANACORDA, "Dovere di punire"? *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1391 ss.

2. Sulla possibile sussistenza del principio di offensività in ambito europeo.

Limitando l'indagine alle conseguenze riscontrabili sul piano dell'offensività e avendo riguardo esclusivamente al diritto che promana dall'appartenenza all'Unione europea, giova affrontare il tema del rapporto tra *nullum crimen sine iniuria* e fonti europee sotto due prospettive differenti: in primo luogo, sul piano meramente teorico, è opportuno verificare se anche nel diritto europeo sia possibile affermare la vigenza del principio alla cui stregua soltanto l'offesa di beni giuridici preesistenti e percepiti come meritevoli di tutela può assurgere a illecito penalmente rilevante; seguendo una diversa, ma evidentemente connessa, prospettiva di indagine, risulta opportuna una verifica sulle ripercussioni, attualmente o potenzialmente, prodotte dagli obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale sul rispetto del principio che nel nostro ordinamento costituisce limite dell'intervento penale.

Vagliare l'esistenza di un principio sovranazionale assimilabile a quello che nel nostro sistema prende il nome di offensività non è agevole; ciononostante, un'operazione simile risulta utile al fine di verificare la "resistenza" del *volto costituzionale dell'illecito penale* dinanzi alle "sfide" che l'appartenenza all'Unione europea pone.

A ben vedere, l'assenza di un ancoraggio normativo diretto non può ritenersi decisiva posto che, com'è noto, una lacuna simile non ha ostacolato l'ormai pacifico riconoscimento del principio nell'ordinamento nazionale. Può risultare, allora, utile il riferimento a quelle norme europee che sembrano richiamare alcuni dei fondamenti costituzionali dell'offensività.

Ci si riferisce, *in primis*, all'art. 2 del TUE e agli artt. 1 e 6 della Carta dei diritti fondamentali i quali, enucleando i valori di libertà e di dignità tutelati dall'Unione, sembrano richiamare quelle stesse istanze di garanzia della libertà personale che nella riflessione nazionale richiedono una valutazione dell'interesse presidiato dalle fattispecie incriminatrici che tenga conto del contro-interesse scalfito dalla pena. A ciò si aggiunga l'art. 49 della Carta di Nizza, che (a seguito del Trattato di Lisbona) ha il medesimo valore giuridico dei Trattati e che al primo comma, nel far riferimento alla commissione di un' "azione" o "omissione" costituente reato, fonda il principio di materialità nel diritto europeo e manifesta l'adesione a quel "diritto penale del fatto" su cui si basa la cultura dell'offensività. Utile nella ricostruzione di un quadro normativo è, infine, il principio di proporzionalità tra fatto commesso e sanzione comminata, sancito dal terzo comma della medesima disposizione e tendenzialmente

idoneo a delimitare in un'ottica offensiva l'entità delle conseguenze sanzionatorie e ad assicurare una condanna "giusta" per il reo¹⁸³.

Ebbene, sulla scorta del menzionato substrato normativo, sembra sia possibile ipotizzare, quantomeno in linea teorica, la sussistenza anche sul piano europeo del principio che subordina la limitazione (attuale o potenziale) della libertà personale all'offesa di interessi generalmente riconosciuti come meritevoli di tutela penale¹⁸⁴.

Nonostante sia difficile "trapiantare" il lessico nazionale sul piano sovranazionale, risulta, comunque, opportuno saggiare l'effettiva incidenza del principio quale criterio di delimitazione dell'intervento penale. Ne discende il seguente quesito: nel diritto europeo, tenuto conto delle competenze attribuite dal Trattato di Lisbona, l'intervento penale è ammesso soltanto ove la condotta incriminata abbia arrecato un effettivo pregiudizio ad interessi "euro-unitari" la meritevolezza dei quali riscuote

¹⁸³ Sulla possibilità di rinvenire un ancoraggio normativo al principio di offensività nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali, v. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1752.

¹⁸⁴ Ritene che possa essere teorizzato il principio di offensività a livello europeo G. STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, pp. 14 ss. L'A., in particolare, ritiene che si possa fondare una correlazione tra sacrificio della libertà personale e tutela di beni giuridici di pari rango nell'art. 52, comma 1, della Carta di Nizza, che impone una proporzione tra le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Carta e la tutela di interessi generali. Richiamando altresì l'obbligo di apprestare tutela penale per la protezione di diritti fondamentali quale elemento che arricchisce il principio europeo di offensività afferma che «se, nella lezione bricoliana, l'offensività è il limite della punizione imposta al reo, nel senso che in mancanza della lesione o messa in pericolo del bene, il fatto non ha alcuna rilevanza penale (aspetto negativo dell'offensività o necessaria lesività); nell'ottica europea, l'offensività diventa anche obbligo di tutela penale della vittima, nel senso che la lesione o messa in pericolo di un bene fondamentale impone la sanzione punitiva per il reo, nell'interesse della collettività e della vittima (aspetto positivo dell'offensività o *neminem laedere* o dannosità sociale)».

generale consenso da parte dei cittadini europei, potenziali destinatari della sanzione?

Ebbene, la soluzione ad un interrogativo simile richiede una necessaria considerazione delle istanze che giustificano l'intervento del magistero punitivo in sede europea.

L'abbandono delle logiche esclusivamente mercantilistiche sottese alle iniziali politiche comunitarie in favore di obiettivi diversi e ulteriori quali la tutela dei diritti fondamentali potrebbe fungere da garanzia a fronte di penalizzazioni "arbitrarie" e potrebbe condurre ad affermare l'esistenza in seno all'Unione di un apparato valoriale condiviso che sia tale da giustificare penalizzazioni di matrice europea, ove la tutela della persona e i suoi diritti, nonché i valori comuni agli Stati membri, si ergerebbero «a imprescindibile parametro valutativo nella selezione degli interessi da tutelare con la sanzione penale»¹⁸⁵.

Al contempo, la valorizzazione del legame intercorrente tra le valutazioni di meritevolezza e necessità della pena e i principi di proporzionalità e sussidiarietà che, a mente dell'art. 5 del TUE e del Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e

¹⁸⁵ Sul punto, v. R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, pp. 35 ss. Sul riconoscimento dei diritti fondamentali da parte delle fonti europee quale limite al diritto penale v. anche A. M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., pp. 90 ss.

proporzionalità, sorreggono il riparto tra competenze europee e competenze degli Stati membri potrebbero muovere verso una politica criminale dell'Unione di stampo liberale, che dovrebbe inevitabilmente poggiare sulla categoria del bene giuridico quale criterio di selezione dell'area del penalmente rilevante in un'ottica di *extrema ratio* dell'intervento penale¹⁸⁶. In particolare, la connessione sinergica tra principi di offensività, di sussidiarietà e di proporzionalità, aventi quale criterio di riferimento la categoria del bene giuridico, potrebbe consentire l'elaborazione di una razionale politica criminale europea, giustiziabile da parte della Corte di Giustizia¹⁸⁷.

In tal senso, giova il riferimento alle linee guida elaborate dal Consiglio dell'Unione europea per orientare la politica criminale europea¹⁸⁸, ove la scelta di utilizzare lo strumento penale risulta subordinata alla valutazione di una pluralità di fattori, i quali paiono indurre verso il rispetto del principio di offensività.

¹⁸⁶ Cfr. A. M. MAUGERI, *Il principio di proporzione*, cit., pp. 75 ss; R. SICURELLA, «*Prove tecniche*», cit. pp. 46 ss., in particolare, pp. 52-53.

¹⁸⁷ Sul punto v. anche A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2016, pp. 24 ss.

¹⁸⁸ *Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law*, deliberations 2979th JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting Brussels, 30 november 2009, consultabile sul sito telematico www.consilium.europa.eu. Sul punto, v. G. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., pp. 138 ss.

Nel dettaglio, sulla scorta delle menzionate linee guida, l'introduzione di una fattispecie penale in sede europea deve essere preceduta da una verifica circa l'essenzialità della stessa che tenga conto dell'interesse che si intende proteggere e che comporti il ricorso allo strumento penale solo come "risorsa ultima" («*as a last resort*»). Le previsioni penali introdotte a mente dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 83 TUE devono, poi, essere adottate in conformità ai principi dei Trattati, inclusi i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Effettuate simili valutazioni, laddove venga ritenuta necessaria l'introduzione di una nuova incriminazione, occorre procedere ad accertamenti ulteriori quali il plusvalore o l'effettività di una misura penale in luogo di misure extrapenali, la serietà e la diffusione della condotta dannosa, il possibile impatto dell'adozione della previsione nella normativa dell'Unione e degli Stati membri.

Di estremo rilievo ai nostri fini è la statuizione, relativa alla struttura della previsione penale, secondo cui la condotta punibile deve causare un danno effettivo o un serio pericolo per il diritto o l'interesse fondamentale oggetto di protezione («The criminal provisions should focus on conduct causing actual harm or seriously threatening the right or essential interest which is the object of protection»); di conseguenza, l'incriminazione di condotte che cagionano soltanto un pericolo astratto deve essere

subordinata alla particolare importanza del diritto o interesse oggetto di protezione.

Ebbene, indicazioni simili, richiamando i contenuti tipici dell'offensività (tutela di interessi rilevanti e lesione o esposizione a pericolo degli stessi quale condizione necessaria per la rilevanza penale), sembrano condurre verso l'affermazione di una politica criminale europea improntata al menzionato principio.

Eppure, a conclusioni parzialmente differenti si potrebbe giungere ove si presti attenzione alle ragioni che sorreggono la politica criminale europea manifestate dalla Commissione europea, istituzione cui sono riservati i poteri di iniziativa legislativa, nella Comunicazione del 2011¹⁸⁹. Si legge infatti che «La politica penale dell'Unione europea dovrebbe avere l'obiettivo generale di rafforzare la fiducia dei cittadini nel fatto che essi vivono in un'Europa di libertà, sicurezza e giustizia, che il diritto dell'Unione a tutela dei loro interessi è integralmente applicato e rispettato».

Tale previsione, che paventa il rischio di un impiego del diritto penale in funzione promozionale, va letta in combinato disposto con l'art. 83, par. 2, TFUE, che, legittimando l'adozione di direttive penali nei settori

¹⁸⁹ V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573definitivo, del 20 settembre 2011.

già oggetto di politiche di armonizzazione europea ove ciò sia indispensabile per l'efficace attuazione delle stesse, potrebbe giustificare incriminazioni a tutela di interessi euro-unitari che non abbiano quei caratteri di preesistenza e meritevolezza indispensabili nella costruzione costituzionale del reato¹⁹⁰.

In quest'ottica, l'effettiva lesione o esposizione a pericolo - cui, a mente delle menzionate linee guida elaborate dal Consiglio nel 2009, dovrebbe subordinata la penalizzazione di una condotta - potrebbe avere quale parametro di riferimento un interesse che sia ritenuto fondamentale per le politiche dell'Unione ma che non sia tale avendo riguardo al diritto sempre potenzialmente scalfito dalla pena criminale.

Ed invero, la strumentalizzazione della politica criminale al consolidamento delle politiche europee mal si concilia con quell'impiego del magistero punitivo penale in chiave di *prevenzione generale positiva* che nel nostro ordinamento si inverte nel finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, comma 3, della Costituzione¹⁹¹. Ciò che, in particolare, può

¹⁹⁰ Sul rischio di un impiego penale in funzione promozionale, v. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali*, cit., pp. 1753.; R. SICURELLA, «*Prove tecniche*», cit., p. 45.; ID., *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2606. La questione è altresì affrontata da A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea. Problemi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2011, pp. 12 ss.

¹⁹¹ Per un'analisi critica delle istanze sottese alla politica criminale europea, dalle quali emerge un richiamo alle teorie della *prevenzione generale integratrice* e un declassamento della funzione di orientamento culturale delle norme incriminatrici con conseguenti riflessi negativi sulle garanzie penali

risultare sacrificato per effetto di una politica criminale simile è quell'orientamento culturale dei consociati verso il rispetto dei beni presidiati dalla sanzione penale che nel nostro sistema costituisce un "tassello" nella costruzione del principio di offensività.

Se rispetto alle materie in cui sussiste una competenza penale europea *accessoria* (ex art. 83, par. 2, TFUE) le distorsioni rispetto al paradigma di illecito penale offensivo possono registrarsi già con riferimento al primo contenuto tipico del principio di offensività, ossia la sussistenza di interessi meritevoli di protezione penale, considerazioni differenti involgono l'esercizio della competenza penale *autonoma* ex art. 83, par. 1, TFUE.

Ed infatti, la disposizione richiamata, facendo riferimento a gravi sfere di criminalità con carattere transnazionale, legittima l'adozione di direttive in materia penale dirette a presidiare interessi che, senza dubbio alcuno, possono ritenersi meritevoli di tutela. Ciò che può risultare vulnerato dinanzi all'esercizio europeo della competenza penale *autonoma* è, piuttosto, il secondo contenuto tipico del principio di offensività, ossia l'assunto secondo cui soltanto l'effettiva offesa del bene tutelato può giustificare l'intervento repressivo penale. Del resto l'esperienza legislativa europea in materia di pedopornografia e di contrasto al terrorismo

del nostro sistema, quali l'offensività, v. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali*, cit., pp. 1730 ss.

manifesta tendenze di anticipazione dell'offesa di tal fatta, evidenziando la discrasia che può prospettarsi tra obblighi di incriminazione europei e statuto costituzionale dell'illecito penale¹⁹².

Le implicazioni negative che possono derivare sul piano interno dall'attribuzione di competenze penali a fonti sovranazionali si palesano, allora, con evidenza, giacché l'emergere di nuovi interessi connessi alle politiche europee suscettibili di assurgere al rango di beni oggetto di tutela penale reca con sé quel rischio di eccessiva espansione del diritto penale cui può, altresì, contribuire l'anticipazione della soglia della rilevanza penale mediante l'incriminazione di fatti che non espongono neppure a pericolo il bene (meritevolmente) tutelato. Dinanzi a fenomeni di tal fatta, ad essere potenzialmente sacrificate sono quelle istanze garantiste di stampo liberale che trovano solenne riconoscimento nella nostra Carta fondamentale.

Sulla scorta di quanto detto, nonostante la possibilità di rinvenire un fondamento del principio nelle fonti primarie europee e nonostante possa ritenersi che i contenuti dello stesso (ancorché “a geometrie variabili”) facciano parte delle tradizioni comuni agli Stati membri, non sembra che la politica criminale europea sia attualmente improntata al necessario rispetto del principio di offensività così come “costituzionalmente” inteso nel

¹⁹² Per un'esemplificazione di legislazione penale europea che mal si concilia con il principio di offensività, v. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali*, cit., pp. 1753 ss.

dibattito nazionale. E ciononostante, resta l'auspicio di un' "esportazione" sul piano sovranazionale di quell'approccio nostrano, veicolato dai principi, alla politica criminale¹⁹³ che, nonostante sia molto spesso trascurato dallo stesso legislatore nazionale, potrebbe forse trovare più facile concretizzazione in sede europea¹⁹⁴.

3. Anticipazione della tutela penale e diritto sovranazionale nella recente legislazione antiterrorismo.

Una riflessione circa l'incidenza degli obblighi di criminalizzazione provenienti da ordinamenti sovranazionali sulla normativa penale e sul rispetto dei relativi principi può trovare utili spunti di riflessione nella disciplina apprestata per contrastare il terrorismo internazionale.

Dopo i notissimi attacchi che a far data dal 2001 hanno "scosso" il mondo, il legislatore ha introdotto nel sistema penale numerose fattispecie dirette al contrasto delle più svariate manifestazioni del fenomeno terroristico. Ruolo determinante è stato svolto, in tale contesto, dagli ordinamenti sovranazionali, consapevoli dei limiti in cui può incorrere la

¹⁹³ In questo senso, ritiene che l'esperienza peculiare italiana sia «qualcosa di nuovo e originale da presentare all'estero» e che le basi normative dell'Unione europea in materia penale debbano essere ricercate sul terreno dei principi, M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Offensività e colpevolezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, cit., pp. 128- 129.

¹⁹⁴ Di tale avviso, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica*, cit. p. 32.

mancata cooperazione e l'assenza di armonizzazione nelle misure predisposte dai singoli Stati per il contrasto del fenomeno.

Così, in seno al Consiglio d'Europa, all'Unione europea e nell'ambito delle Nazioni Unite sono state sollevate istanze di penalizzazione di condotte spesso soltanto prodromiche rispetto all'offesa dei beni giuridici, senz'altro meritevoli, da presidiare. Tali ragioni rendono opportuna una trattazione del tema che, senza alcuna pretesa di esaustività, anticipi il difficile connubio tra ricerca della "sicurezza" e rispetto dei capisaldi del diritto penale.

È necessario, sin da subito, rilevare che le disposizioni introdotte nel nostro ordinamento in attuazione di obblighi sovranazionali aventi quale scopo il contrasto al terrorismo internazionale si inseriscono all'interno di un quadro normativo che, predisposto a partire dagli anni '70 per la repressione del terrorismo "interno", era già caratterizzato da una spiccata anticipazione della soglia della tutela penale e dalla previsione di trattamenti sanzionatori marcatamente più severi al ricorrere della "finalità di terrorismo".

Risale, infatti, ai cosiddetti "anni di piombo" il primo intervento normativo finalizzato al contrasto del terrorismo, la cui rilevanza, dato il particolare momento storico, era percepita soltanto sul piano interno.

Così, l'art. 289-*bis*, introdotto con il d.l. n. 59/1978 (convertito nella l. n. 191/1978), è la prima disposizione del codice penale che fa espresso riferimento al fenomeno, incriminando il “sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione”. Inaugurato il cammino diretto al contrasto del terrorismo, segue, quale ulteriore tappa, il d.l. n. 625/1979 (convertito dalla l. n. 15/1980) che, oltre a prevedere all'art. 1 l'aggravante (applicabile a qualsiasi reato) della finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, ha introdotto nel codice Rocco gli artt. 270-*bis* e 280, incriminando, rispettivamente, l'associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico e l'attentato per finalità terroristiche o di eversione¹⁹⁵.

La natura eminentemente politica del fenomeno che attraverso le disposizioni in questione si intendeva contrastare giustificava l'inserimento della disciplina *de quo* nel contesto dei delitti “contro la personalità dello Stato”; eppure, la compatibilità della categoria di reati in questione con i principi costituzionali che reggono la materia penale era già da tempo oggetto di attenzione, rilevandosi, da un lato, la concezione totalitaria sottesa all'individuazione della “personalità dello Stato” quale bene

¹⁹⁵ V. sul punto G. A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 2 della legge 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Legisl. Pen.*, 1981, pp. 43 ss.

giuridico meritevole di tutela penale e, dall'altro, la regressione della soglia di punibilità a condotte meramente sintomatiche di un intento soggettivo¹⁹⁶.

L'introduzione delle fattispecie richiamate nel sistema penale aveva, dunque, portato ad un'enfatizzazione del "processo di subiettivizzazione"¹⁹⁷ della rilevanza penale, la cui problematicità era corroborata dalla mancata previsione di una definizione in ordine a ciò che dovesse intendersi per "finalità di terrorismo"¹⁹⁸.

La complessità del quadro normativo in esame si è, invero, acuita quando, dopo l'attacco alle *Twin Towers* del 2001, la percepita inadeguatezza della disciplina nazionale dinanzi alle manifestazioni su scala internazionale del "proteiforme" fenomeno terroristico ha determinato l'avvio di una stagione di riforme sollecitata anche (e soprattutto) sul piano sovranazionale.

Il primo intervento in tal senso è dato dal d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 (convertito dalla l. n. 438 del 2001) che, oltre a modificare l'art. 270-*bis* c.p. - oggi rubricato "Associazioni con finalità di terrorismo anche

¹⁹⁶ Sul punto, v. T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 12. In materia di delitti politici v., altresì, G. DE FRANCESCO, *I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 677 ss.; ID., *I reati di associazione politica*, Milano, 1985; G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 1325 ss.; M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 20 ss.

¹⁹⁸ Com'è noto, infatti, soltanto nel 2005 e in sede di conversione del d.l. 27 luglio 2005 n. 144, con l. 31 luglio 2005 n. 155, è stata introdotta, all'articolo 270-*sexies*, una definizione di "condotte con finalità di terrorismo".

internazionale o di eversione dell'ordine democratico" - ha incriminato all'art. 270-ter c.p. l'assistenza ai membri di associazioni sovversive di cui agli artt. 270 c.p. e 270-bis c.p., affiancando la fattispecie di cui all'art. 270-ter c.p. alle ipotesi di assistenza precedentemente conosciute dall'ordinamento e, soprattutto, all'art. 307 c.p., che trovava già applicazione nei casi di assistenza agli appartenenti ad una associazione cospirativa politica o ad una banda armata ex artt. 305 e 306 c.p.

Nello stesso filone riformista si inseriscono le modifiche introdotte nel codice penale nel 2005 e nel 2015, allorquando l'intervento del legislatore all'indomani di gravissimi attacchi terroristici (rispettivamente, presso la metropolitana di Londra e presso la redazione di un famoso giornale satirico francese) ha costituito occasione per dare attuazione ad obblighi provenienti dall'appartenenza ad organizzazioni internazionali.

Così la riforma del 2005, oltre ad introdurre all'art. 270-sexies c.p. una definizione di "condotte con finalità di terrorismo" ricavata quasi letteralmente dalla decisione quadro 2002/475/GAI dell'Unione Europea e ad inserire al quarto comma dell'articolo 414 c.p. una specifica aggravante per il reato di istigazione a delinquere nei casi di istigazione (e di apologia) a compiere delitti di terrorismo, ha previsto agli artt. 270-quater e 270-quinquies due nuove incriminazioni in caso di arruolamento e addestramento con finalità di terrorismo, in conformità agli obblighi posti

dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione del terrorismo¹⁹⁹.

Allo stesso modo, nella Relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 7 del 2015²⁰⁰ viene richiamata espressamente la Risoluzione n. 2178 del 2014, adottata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per contrastare la minaccia terroristica di matrice *jihadista* e, in particolare, le attività dei cosiddetti *foreign fighters*. Tali ragioni sembrano fondare l'incriminazione *ex art. 270-quater.1 c.p.* dell'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo e la modifica dei delitti di arruolamento e addestramento *ex artt. 270-quater e quinquies c.p.*

La riflessione relativa al rapporto tra fonti sovranazionali e la recente normativa antiterrorismo trae, poi, ulteriore linfa da altre disposizioni previste dalla medesima riforma del 2015. Il riferimento è alle due nuove contravvenzioni di cui agli artt. 678-*bis* e 679-*bis* c.p. la cui previsione, da quanto emerge dalla Relazione al d.d.l., è diretta a realizzare un completo adeguamento dell'ordinamento alle previsioni introdotte dal regolamento UE n. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio

¹⁹⁹ Così si legge nella Scheda di lettura *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale - D.L. 144/2005* predisposta dal Servizio studi della Camera e reperibile all'indirizzo www.camera.it. L'obbligo degli Stati membri di incriminare il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici è riaffermato, altresì, dalla successiva Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo

²⁰⁰ V. *DDL - conversione in legge del dl 7/2015 - terrorismo internazionale e proroga delle missioni internazionali delle Forze armate - Relazione*, reperibile all'indirizzo www.giustizia.it.

2013, relativo all'immissione sul mercato e all'uso di precursori di esplosivi.

Ebbene, tutte le incriminazioni antiterroristiche, di vecchia e di recente introduzione, prestano il fianco a censure sul piano dell'offensività delle fattispecie, giacché ad essere sanzionati sembrano spesso atti meramente preparatori rispetto a comportamenti offensivi e nella gran parte dei casi l'intero disvalore delle fattispecie sembra incentrarsi sulla sola finalità (di terrorismo) cui mira la condotta dell'agente²⁰¹.

A ben vedere, la stessa definizione di "finalità di terrorismo" adottata dall'art. 270-*sexies* c.p. solleva profili di criticità di estremo rilievo. Basti pensare che il rinvio mobile in essa contenuto alle "altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia" sembra confliggere con quella necessaria prevedibilità della norma penale che, sulla scorta delle fonti sovranazionali, costituisce una delle articolazioni del principio di legalità²⁰².

Invero, le caratteristiche precipue della legislazione antiterroristica, ossia l'incriminazione di comportamenti lontani dalla realizzazione di un

²⁰¹ Sulla difficile compatibilità (superabile "a mala pena" in via interpretativa) tra normativa antiterroristica, che si presenta «costellata di incriminazioni di atti preparatori con momenti finalistici», e Carta costituzionale, improntata al diritto penale del fatto alla cui stregua la soglia minima di tutela dei beni giuridici è incarnata dal tentativo, v. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 16-17.

²⁰² Sul punto, cfr., ad es., Corte EDU, 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, par. 42.

fatto offensivo e l'anticipazione di tutela imperniata sulla soggettivizzazione del disvalore del fatto, hanno indotto parte della dottrina ad inquadrare la disciplina in esame nell'alveo del "diritto penale dell'emergenza implicito" che, differenziandosi dal "diritto penale dell'emergenza espresso" (che richiede l'attivazione di particolari procedure di sospensione di diritti e garanzie fondamentali e viene in rilievo laddove sussistano situazioni che pongono in pericolo la stessa sopravvivenza dello Stato), coesiste con gli strumenti punitivi "ordinari" al fine di prevenire fatti criminosi dotati di un'offensività del tutto peculiare²⁰³.

Sulla scorta di una considerazione simile, è stata poi elaborata un'opportuna distinzione tra fattispecie antiterroristiche espressione di un "diritto penale emergenziale tradizionale", da un lato, e fattispecie espressione di un "diritto penale emergenziale inedito", spesso di matrice sovranazionale, dall'altro²⁰⁴.

Nel novero dei reati del primo tipo rientrano le ipotesi associative e le fattispecie che puniscono atti preparatori "classici" quali l'istigazione o l'apologia di cui all'art. 414 c.p. In entrambi i casi si è in presenza di una notevole regressione della soglia del penalmente rilevante e di una marcata

²⁰³ In questi termini, v. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2017, p. 4.

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 6 ss.

“soggettivizzazione” dell’illecito penale, eppure rispetto a fattispecie così formulate è possibile procedere ad un’interpretazione costituzionalmente orientata che consenta un “recupero” sul piano ermeneutico delle apparenti discrasie tra incriminazioni simili e il prototipo costituzionale di reato offensivo.

Così, i profili critici propri delle fattispecie associative connessi al rischio di sanzionare l’esercizio di libertà fondamentali, *in primis* la libertà di associazione di cui all’art. 18 della Carta fondamentale²⁰⁵, possono essere superati mediante la valorizzazione della struttura organizzativa dell’associazione *ex art. 270-bis* c.p., giacché la stessa dovrebbe risultare idonea, dal punto di vista oggettivo, al raggiungimento del programma criminoso e al perseguimento di quegli obiettivi di destabilizzazione di cui all’art. 270-*sexies* c.p. Soltanto il ruolo propulsivo assunto dall’organizzazione di mezzi e persone nella commissione di una pluralità di reati aventi finalità di terrorismo potrebbe, dunque, giustificare una simile anticipazione di tutela e l’autonoma incriminazione rispetto ai reati *fine*²⁰⁶.

²⁰⁵ Il tema è specificamente trattato da G. de VERO, *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 385 ss. Con particolare riferimento alla fattispecie di cui all’art. 270-*bis* c.p., l’Autore rileva che il carattere di associazione per delinquere politicamente qualificata assunto dalla fattispecie in esame pone la stessa al riparo da censure di incostituzionalità per contrasto con l’art 18 della Carta fondamentale. Sul punto, v. p. 402.

²⁰⁶ V. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale*, cit. p. 10. In materia di reati associativi v., per tutti, G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, Milano, 1988, pp. 256 ss.

Quanto, invece, alle fattispecie dirette al contrasto al terrorismo imperniate sulla incriminazione di atti preparatori “tradizionali” quali l’istigazione e l’apologia, com’è noto, le questioni problematiche connesse al pericolo di sanzionare la mera intenzione criminosa²⁰⁷ possono essere superate mediante un’interpretazione delle fattispecie in chiave offensiva che valorizzi, in linea con gli insegnamenti della Corte costituzionale²⁰⁸, la concreta idoneità della condotta alla commissione di delitti che, nel caso in rilievo, devono assumere finalità terroristica.

Tanto premesso in ordine alle fattispecie espressione di un “diritto penale emergenziale tradizionale”, maggiori criticità sul piano del rispetto del dettato costituzionale si pongono in relazione a quelle ipotesi di reato introdotte sulla scorta di obblighi europei ed internazionali con le più recenti riforme del 2005, 2015 e 2016 e ritenute espressione di un “diritto penale emergenziale inedito”²⁰⁹.

²⁰⁷ Sui profili problematici sollevati da tali ipotesi delittuose, v. per tutti *Ibidem*, pp. 164 ss.

²⁰⁸ Sul punto v. cap. I, sez. I, § 9 e, in particolare, nota n. 89.

²⁰⁹ In questi termini, v. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale*, cit. pp. 11 ss. Per un compiuto esame della disciplina antiterrorismo, v., tra gli altri, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008; A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2015; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 937 ss.; G. LEO, *Nuove norme in materia di contrasto al terrorismo, Voce per il “Libro dell’anno del diritto Treccani 2016”*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 dicembre 2015; A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in AA.VV., *Il nuovo “pacchetto” antiterrorismo*, a cura di R.E. Kostoris e F. Viganò, Torino, 2015, pp. 3 ss.; M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Gli speciali Quest. giust.*, settembre 2016, pp. 99 ss.; R. WENIN, *L’addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015. In materia di contrasto al terrorismo, v. anche G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale e*

Ciò che in tale contesto preme, allora, verificare è l'influenza esercitata dalle fonti sovranazionali sul rispetto del principio di offensività da parte della normativa antiterroristica nazionale, giacché la tecnica di strutturazione delle fattispecie utilizzata dal legislatore sembra spesso "accantonare" lo stesso principio, incriminando condotte prodromiche ad un'eventuale offesa.

L'esame di alcune disposizioni in materia può, dunque, rivelarsi utile al fine di comprendere se le difformità delle fattispecie antiterroristiche rispetto al paradigma di illecito penale offensivo costituzionalmente orientato siano o meno "addebitabili" agli obblighi di fonte sovranazionale cui il legislatore nazionale fa spesso riferimento, con la precisazione che in tale materia ai già problematici obblighi di incriminazione di matrice europea si aggiungono le sollecitazioni provenienti da altre organizzazioni cui l'Italia fa parte, *in primis* l'Organizzazione delle Nazioni Unite²¹⁰.

4. Segue: l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale.

diritto penale del nemico, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 895 ss.; M. PELISSERO, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, in *Studium juris*, 2005, pp. 1279 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni in tema di terrorismo internazionale e diritto penale*, in *Corr. mer.*, 2005, pp. 427 ss.

²¹⁰ Per una visione d'insieme sulle fonti internazionali che pongono obblighi in materia di prevenzione del terrorismo, v., tra gli altri, C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit. *nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013.

La prima fattispecie su cui risulta opportuno soffermarsi è la disposizione, introdotta nel 2005, di cui all'art. 270-*quater* c.p., con la quale viene punito chi, fuori dai casi di associazione con finalità di terrorismo o eversione *ex art. 270-bis* c.p., arruoli taluno per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo. Con la riforma del 2015 è stata, altresì, prevista al secondo comma la possibilità di punire, oltre all'arruolante, anche l'arruolato, salvo il caso di addestramento.

Giova fin da subito rilevare che, come rimarcato dal legislatore della riforma²¹¹, l'incriminazione dell'addestramento era stato prescritto dall'art. 6 della Convenzione del Consiglio d'Europa, dedicata alla prevenzione del terrorismo e firmata a Varsavia il 16 maggio 2005. Il medesimo obbligo è stato poi successivamente ribadito dalla decisione quadro 2008/919/GA adottata in seno all'Unione europea dal Consiglio il 28 novembre 2008, con la quale è stata modificata la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, e, da ultimo, dalla direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio.

²¹¹ V. Scheda di lettura *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, - D.L. 144/2005, cit., art. 15.

Orbene, la norma di cui all'art. 270-*quater* c.p., fin dalla sua introduzione nel 2005, ha sollevato questioni problematiche di non poco rilievo, la prima delle quali attiene alla definizione del concetto di "arruolamento".

Un'interpretazione letterale che tenga conto del significato assunto dal termine nel nostro sistema implicherebbe un'iscrizione in ruoli di tipo militare ma finirebbe per incriminare una condotta già rientrante nel campo di applicazione dell'art. 270-*bis*, primo comma, c.p.: la figura di colui che arruola *ex art. 270-*quater* c.p.* sarebbe, infatti, perfettamente sovrapponibile a quella di chi, *ex art. 270-*bis* c.p.*, promuove associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo e la condotta dell'arruolato rientrerebbe senz'altro nell'alveo del secondo comma dell'art. 270-*bis* c.p., ove è prevista la punibilità del partecipe alle associazioni²¹².

Ad avvalorare l'impossibilità di procedere ad un'interpretazione simile si aggiunge la clausola di riserva formulata dall'art. 270-*quater* c.p. in favore dell'art. 270-*bis* c.p., che impedirebbe, di fatto, la concreta operatività della fattispecie di arruolamento.

A ben vedere, tenendo conto delle istanze sovranazionali cui il legislatore pare si sia voluto adeguare nell'introduzione della fattispecie,

²¹² Sul punto, v., per tutti, G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di "diritto penale del nemico"?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1400 ss.

sarebbe, dunque, opportuno delineare il campo di operatività della norma avendo riguardo al significato del termine assunto dalle richiamate fonti. Così, si dovrebbe tenere in considerazione l'art. 6 della Convenzione del Consiglio d'Europa, second cui «recruitment for terrorism means to solicit another person to commit or participate in the commission of terrorism offence, or to join an association or group, for the purpose of contributing to the commission of one or more terrorist offences by the association or the group». Nella stessa direzione sembra porsi la decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio dell'Unione europea e, da ultimo, la direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo che, seppure successiva all'introduzione nel codice penale della disposizione in commento, pone anch'essa obblighi di incriminazione. Questa, infatti, contempla tra i “reati connessi ad attività terroristiche” il “reclutamento a fini terroristici”²¹³, definendo lo stesso come « l'atto di sollecitare un'altra persona a commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i), o all'articolo 4».

Ebbene, un'interpretazione della disposizione che sia ancorata alle fonti sovranazionali comporterebbe l'incriminazione della semplice “sollecitazione”, della sola “induzione” purché sorretta dalla finalità di

²¹³ V. art. 6 dalla direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio.

compiere atti violenti e di sabotaggio a loro volta supportati dalla finalità di terrorismo, ossia dallo scopo di intimidire gravemente la popolazione, di costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o di destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale²¹⁴.

Invero, un'opzione ermeneutica siffatta, ancorché suffragata dagli obblighi provenienti dalle fonti sovranazionali, comporterebbe una inaccettabile anticipazione della soglia di tutela penale, plausibilmente in contrasto con il principio di offensività e, ancor prima, con quello di materialità²¹⁵.

Sembra, allora, preferibile avallare l'interpretazione, richiamata altresì dalla relazione introduttiva alla riforma, secondo cui «la condotta in questione consiste nel mettersi seriamente e concretamente a disposizione come milite, e quindi soggiacendo a vincoli di obbedienza gerarchica, per il compimento di atti di terrorismo». Il reclutamento implicherebbe dunque il raggiungimento di un “serio accordo” tra reclutante e reclutato, non

²¹⁴ In tal senso, art. 3, par. 2, della direttiva (UE) 2017/541.

²¹⁵ Cfr. sul punto, G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo*, cit., p. 1402 ss.

richiedendosi, invece, l'avvenuta "presa di servizio" all'interno dell'organizzazione, condotta questa sussumibile nell'art. 270-*bis* c.p.²¹⁶.

E tuttavia, anche così interpretata, la norma finirebbe per allontanarsi dal paradigma di *diritto penale del fatto* (costituzionalmente sancito) in favore di un *diritto penale d'intento*, giacché l'intero disvalore dell'incriminazione risulta incentrato nelle finalità che sorreggono l'accordo. L'integrazione della fattispecie è, infatti, subordinata al ricorrere di un doppio dolo specifico: il "serio accordo" deve essere finalizzato al compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali che siano a loro volta sorretti dalla finalità di terrorismo²¹⁷.

Com'è noto, al fine di superare le tensioni che si profilano tra fattispecie il cui disvalore si incentra nella sola finalità soggettiva che muove l'agente e il principio costituzionale che richiede l'effettiva offesa del bene presidiato dalla norma, è stato elaborato l'indirizzo secondo cui nelle fattispecie a dolo specifico *a condotta base neutra* è necessaria l'integrazione sul piano oggettivo di elementi che siano in grado di creare il concreto pericolo di realizzazione dell'evento voluto dall'agente²¹⁸.

Tentando di superare in via interpretativa l'infelice formulazione legislativa, si potrebbe, allora, sostenere che la fattispecie di cui all'art.

²¹⁶ Sul punto, v. anche V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale*, cit., p. 267.

²¹⁷ S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 235.

²¹⁸ V. *supra* cap. I, sez. I, § 8.

270-*quater* c.p. sia integrata allorquando la condotta di arruolamento (*rectius*: il serio accordo tra arruolante e arruolato) sia in concreto idonea al perseguimento dei due eventi oggetto di dolo specifico: l'idoneità della condotta dovrebbe riguardare il compimento di atti di violenza o sabotaggio di servizi pubblici essenziali e la finalità di terrorismo²¹⁹.

Un'operazione interpretativa simile, che pure si discosta nettamente dall'idea di "arruolamento" punibile sulla scorta delle fonti sovranazionali, appare, invero, indispensabile al fine di preservare i capisaldi del diritto penale a fronte di tecniche di normazione che sembrano improntate ad un illiberale *diritto penale d'autore*.

5. *Segue*: addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale.

Le stesse perplessità circa l'incriminazione di comportamenti prodromici rispetto all'offesa risultano dalla disposizione di cui all'art. 270-*quinquies* c.p. laddove ad essere puniti sono coloro i quali addestrano o forniscono istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi e di armi o sulle tecniche o i metodi per il compimento di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo.

²¹⁹ Sulla scorta di tali argomentazioni, parla di fattispecie "di pericolo concreto" S. REITANO, *Riflessioni in margine*, cit., pp. 235 ss.

In tale occasione, il legislatore ha apprestato una definizione di “addestramento” maggiormente determinata, la quale sembra, peraltro, ricalcare la nozione enucleata dall’art. 7 della menzionata Convenzione del Consiglio d’Europa, cui il legislatore del 2005, nell’illustrare la riforma, fa espresso riferimento²²⁰. È previsto, in particolare, che «For the purposes of this Convention, training for terrorism means to provide instruction in the making or use of explosives, firearms or other weapons or noxious or hazardous substances, or in other specific methods or techniques, for the purpose of carrying out or contributing to the commission of a terrorist offence, knowing that the skills provided are intended to be used for this purpose».

Si consideri, altresì, che, anche in questo caso, la Convenzione in questione era stata poi recepita dalla decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea 2008/919/GAI che, modificando l’art. 3 della decisione quadro 2002/475/GAI, aveva ricompreso tra i “reati contro il terrorismo” l’addestramento per fini terroristici, con una previsione oggi contenuta nell’art. 7 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017.

Orbene, anche l’art. 270-*quinquies* c.p. sembra a prima vista strutturato in chiave di fattispecie di pericolo astratto e a doppio dolo

²²⁰ V. Scheda di lettura *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, - D.L. 144/2005, cit., art. 15.

specifico, ove a dover sorreggere la condotta sembrano tanto la finalità di compiere atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali quanto la finalità di terrorismo. Eppure, a ben vedere, potrebbe altresì sostenersi che il compimento di atti di violenza o sabotaggio non sia, in realtà, oggetto di dolo specifico, bensì caratteristica della condotta che, sul piano materiale, deve tendere agli eventi indicati. Si potrebbe, allora, pervenire all'affermazione per cui nella disposizione che incrimina l'addestramento ad essere oggetto di dolo specifico è soltanto la finalità di terrorismo²²¹.

In entrambi i casi, tanto laddove si ritenga sussistente un “doppio dolo specifico”²²², tanto ove si ritenga sussistente un solo dolo specifico²²³, anche tale fattispecie richiede un recupero dell'offensività della disposizione sul piano interpretativo, giacché le condotte incriminate assumono rilevanza penale soltanto in considerazione della (o delle) finalità che sorregge (o sorreggono) l'azione.

Al fine di evitare violazioni dello statuto costituzionale dell'illecito penale occorre allora, anche in tal caso, subordinare la punibilità all'accertata sussistenza di una proiezione sul piano oggettivo del fine

²²¹ In questo senso, S. REITANO, *Riflessioni in margine*, cit., p. 242 ss.

²²² Di tale avviso, R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo*, cit., p. 15.

²²³ Così, S. REITANO, *Riflessioni in margine*, cit., p. 247.

soggettivo che anima l'agente, sì da richiedere l'effettiva esposizione a pericolo del bene tutelato dalla norma.

Tale orientamento sembra, peraltro, sia stato accolto dalla giurisprudenza di legittimità la quale, con un implicito riferimento al principio di offensività²²⁴, ha ritenuto che perché possa configurarsi la fattispecie in esame le nozioni fornite o acquisite devono essere «idonee a costituire in chi le riceve (o le acquisisce) un bagaglio tecnico sufficiente a preparare o ad usare armi e quant'altro, non solo (come nel caso in esame, allo stato della prova indiziaria) a suscitare o ad aumentare il proprio o altrui interesse in tale settore»²²⁵.

Il quadro normativo, già difficilmente decifrabile, è stato, invero, reso ancor più complesso dall'incriminazione *ex art. 270-quinquies* c.p. di chi avendo acquisito, anche autonomamente, istruzioni sulla preparazione di armi o materiali pericolosi o relative alle tecniche per il compimento di atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione di condotte con finalità di terrorismo.

Tale previsione è stata inserita dal legislatore del 2015 nell'ambito della fattispecie di cui all'*art. 270-quinquies* c.p. con l'intento di sanzionare il cosiddetto "auto-addestramento", eppure la norma così formulata pare

²²⁴ V. R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo*, cit., p. 14.

²²⁵ Cass., 6 novembre 2014, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 4128 ss.

riferirsi a “qualunque comportamento” successivo alla previa istruzione, indipendentemente dalla sussistenza di un nesso di consequenzialità.

Nell'intenzione del legislatore del 2015, tale modifica al codice penale, unitamente alle altre, avrebbe dovuto dare attuazione nell'ordinamento interno alla risoluzione n. 2178 del 2014, adottata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi del capo VII della Carta delle Nazioni Unite e quindi vincolante per gli Stati. L'atto dell'ONU, in particolare, obbliga a reprimere una serie di condotte volte ad agevolare, attraverso un coinvolgimento diretto, il compimento di atti terroristici, anche in territorio estero²²⁶ e, a alla stregua della Relazione introduttiva, l'intervento sull'art. 270-*quinquies* c.p. avrebbe dovuto determinare un adeguamento ai dettami della risoluzione dell'ONU, poiché in tal modo si estenderebbe l'area della punibilità anche ai terroristi che si informano e operano sganciati da sodalizi e da organizzazioni (cosiddetti “lupi solitari”).

In realtà, però, lungi dal sanzionare l'auto-addestramento, il dettato letterale finisce per attribuire il ruolo di mero antefatto alla precedente istruzione e, in discontinuità con la prima parte della disposizione, sembra

²²⁶ Quanto agli obblighi di penalizzazione, v. *Resolution 2178 (2014) Adopted by the Security Council at its 7272nd meeting*, on 24 September 2014, punto 6, laddove, richiamando la precedente risoluzione n. 1373 del 2001 il Consiglio prevede che «all Member States shall ensure that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in supporting terrorist acts is brought to justice, and decides that all States shall ensure that their domestic laws and regulations establish serious criminal offenses sufficient to provide the ability to prosecute and to penalize in a manner duly reflecting the seriousness of the offense».

piuttosto incriminare un atto preparatorio rispetto ad un attentato terroristico di cui all'art. 280 c.p.²²⁷.

Anche in questo caso, in cui ad essere incriminati sono comportamenti “univocamente finalizzati” alla commissione di condotte “finalizzate”²²⁸, emerge un'evidente marginalizzazione del principio di offensività nella strutturazione della norma, giacché la norma così strutturata anticipa la soglia del penalmente rilevante a condotte che prescindono dalla “idoneità” all'offesa del bene (sicurezza pubblica) presidiato dalla norma²²⁹.

Si potrebbe, invero, auspicare il recupero dell'offensività dell'incriminazione sul piano ermeneutico, rimettendo alla giurisprudenza la punibilità dei soli fatti oggettivamente “idonei” e in quanto tali offensivi²³⁰ e tuttavia, a ben vedere, una simile interpretazione costituzionalmente orientata, per quanto auspicabile, finirebbe per sovrapporre il campo di applicazione della norma in esame e delle disposizioni in materia di attentato già vigenti (*in primis* l'art. 280 c.p.)²³¹.

All'esito di una visione d'insieme della norma, pare che anche in tal caso le difficoltà che si riscontrano nell'affermare la compatibilità della

²²⁷ In questo senso, v. G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo*, cit., p. 1412.

²²⁸ V., sul punto, A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 9.

²²⁹ In questo senso, v. G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo*, cit. p. 1412.

²³⁰ Si rammenti in tale contesto il ruolo assunto dalla giurisprudenza nell'interpretare i delitti di attentato in maniera conforme al principio di offensività. Sul punto, v. *supra* Cap. I, sez. I, § 8.

²³¹ Sul punto, cfr. anche G. LEO, *Nuove norme in materia di contrasto al terrorismo*, cit., p. 6.

fattispecie con lo statuto dell'illecito penale forgiato dalla Carta fondamentale siano state "incoraggiate" da quelle istanze sovranazionali, più volte richiamate dal legislatore del 2005 e del 2015, dirette alla repressione di atti notevolmente distanti rispetto all'effettiva offesa.

6. *Segue: organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo.*

Ancora, emblematica dell' "esasperata" tendenza alla punizione di condotte *lato sensu* prodromiche è altresì la disposizione di cui all'art. 270-*quater*.1 c.p.

Anche l'introduzione di tale norma, sulla scorta di quanto affermato dal legislatore della riforma, trova fondamento nella necessità di dar seguito agli obblighi nascenti dalla menzionata risoluzione ONU, diretta soprattutto a contrastare le attività dei cosiddetti *foreign fighters*. L'art. 6 della Risoluzione prevede, in particolare, che gli Stati perseguano il trasferimento verso un Paese diverso da quello di residenza al fine di partecipare o commettere atti terroristici, il finanziamento di tali trasferimenti e il reclutamento di soggetti destinati a trasferirsi in altri Paesi per commettere atti di terrorismo.

In quest'ottica, l'art. 270-*quater*.1 c.p. arricchisce il novero delle fattispecie dirette alla repressione del "terrorismo di nuova generazione",

punendo chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento di condotte con finalità di terrorismo, fuori dai casi di cui agli artt. 270-bis e 270-quater c.p.

Ciò che in ultima analisi si intende contrastare è la partecipazione ad atti di terrorismo in Paesi esteri che, tenendo conto della “minaccia *jihadista*” percepita nell’attuale fase storica, possono essere localizzati tanto in Stati occidentali quanto in Paesi attualmente teatro di guerra²³².

Ebbene, anche in questo caso si assiste ad una notevole anticipazione dell’intervento penale. Basti pensare, in tal senso, che tra i comportamenti incriminati vi è la “propaganda” di viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all’art. 270-sexies c.p.: si finisce così per sanzionare un’espressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero (la propaganda, per l’appunto) per il solo fatto che questa abbia ad oggetto viaggi “finalizzati” al compimento di condotte “finalizzate”²³³, indipendentemente dall’offensività della condotta e dall’idoneità della stessa a creare il pericolo di una effettiva partecipazione ai menzionati viaggi che siano, a loro volta, idonei alla realizzazione di condotte terroristiche.

²³² V. S. COLAIOCCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, pp. 8 ss.

²³³ V. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 8.

Anche in questo caso, le tensioni tra previsioni di tal fatta e il principio che impone, quantomeno, la esposizione a pericolo del bene tutelato dalla norma sembrano avallate dalle fonti sovranazionale e ancora una volta sembra rimesso agli interpreti il compito di interpretare in chiave offensiva fattispecie incriminatrici che, così strutturate, sembrano dirette a sanzionare comportamenti inoffensivi.

7. *Segue: detenzione abusiva di precursori di esplosivi e Omissioni in materia di precursori abusivi.*

Un richiamo ad obblighi provenienti da atti sovranazionali si rinviene altresì nelle ragioni sottese all'introduzione dei reati di cui agli artt. 678-*bis* e 679-*bis* c.p., introdotti nel 2015 al fine di realizzare un completo adeguamento dell'ordinamento alle previsioni del regolamento (UE) n. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2013, relativo all'immissione sul mercato e all'uso di precursori di esplosivi²³⁴.

Il regolamento UE in questione sottopone la circolazione e l'uso di determinate sostanze ad una serie di obblighi e di restrizioni: si tratta di materiali di uso relativamente comune suscettibili di facile reimpiego per il compimento di atti di matrice terroristica o comunque violenta.

²³⁴ In tal senso la *DDL - conversione in legge del dl 7/2015 - terrorismo internazionale e proroga delle missioni internazionali delle Forze armate – Relazione*, cit.

Entrambe le contravvenzioni di nuova introduzione fanno riferimento ai “precursori degli esplosivi”, individuati mediante un rinvio agli allegati I e II del regolamento UE. In particolare, l’art. 678-*bis* c.p. punisce chi senza averne titolo introduce nello Stato, detiene, usa o mette a disposizione di privati le sostanze o miscele indicate come precursori di esplosivi dall’allegato I del regolamento. Il nuovo art. 679-*bis* c.p. punisce, invece, chi omette di denunciare all’Autorità il furto o la sparizione delle materie indicate come precursori di esplosivi negli Allegati I e II del menzionato Regolamento, nonché di miscele o sostanze che le contengono.

Ebbene, in entrambi i casi si assiste ad un’elevata anticipazione della tutela penale, giacché ad essere punito è il pericolo che tramite le sostanze indicate possano essere creati esplosivi, circostanza che, a sua volta, crea il pericolo che gli esplosivi vengano poi utilizzati cagionando un effettivo pregiudizio: ad essere incriminata è, in ultima analisi, una condotta preparatoria rispetto alla detenzione di esplosivi, ossia il pericolo di un reato ostativo²³⁵.

Eppure, in questo caso una simile anticipazione dell’intervento penale non pare trovare immediato riscontro in un obbligo proveniente dal legislatore europeo: il regolamento UE n. 98/2013, cui tanto la norma

²³⁵ Parla di «reati-ostacolo di un reato-ostacolo, o di pericolo presunto, ossia la detenzione di esplosivi» A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 9. Sulle tensioni tra principio di offensività e reati ostativi v. G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 151.

quanto la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione fanno riferimento, non pone, infatti, alcun obbligo di incriminazione in capo agli Stati membri, limitandosi, piuttosto, a richiedere che le violazioni dei divieti e obblighi contenuti nel medesimo atto siano punite mediante sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive»²³⁶.

A ciò si aggiunga che l'allegato I del regolamento, cui l'art. 678-*bis* c.p. fa riferimento per identificare le sostanze precursori di esplosivi, vieta la messa a disposizione delle sostanze in questione da parte dei privati non autorizzati soltanto ove venga superato un valore limite (che muta a seconda del precursore di esplosivo in rilievo). Anche la relazione illustrativa del disegno di legge fa riferimento al superamento dei valori limite di cui all'allegato I del regolamento, eppure nessun richiamo a tali soglie percentuali è contenuto nell'art. 678-*bis* c.p., che pare, invece, incriminare la messa a disposizione ai privati di qualsivoglia quantitativo delle sostanze in questione. Ove non si operasse un'interpretazione correttiva che tenga conto dei valori-limite di concentrazione di cui alla norma europea e si tenesse conto esclusivamente della disposizione così formulata, si potrebbe pervenire ad esiti paradossali, giacché tra le sostanze indicate ve ne sono talune d'uso comune (quali il perossido di idrogeno,

²³⁶ In tal senso l'art. 11 del Regolamento (UE) N. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 gennaio 2013 relativo all'immissione sul mercato e all'uso di precursori di esplosivi, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 9.2.2013.

ossia l'acqua ossigenata), la cui semplice detenzione non autorizzata integrerebbe la contravvenzione in commento²³⁷.

Ne discende, allora, una notevole anticipazione della soglia di rilevanza penale che tuttavia, nonostante il richiamo alle fonti europee, non pare trovi effettivo fondamento sul piano sovranazionale.

8. *Segue: considerazioni conclusive.*

Dall'esame, seppur sommario, di alcune fattispecie di reato predisposte dal legislatore nazionale in materia di contrasto al terrorismo, è possibile abbozzare una risposta all'interrogativo sopra posto in ordine all'influenza della normativa sovranazionale nel rispetto del *volto costituzionale dell'illecito penale*.

La stretta correlazione tra gli attacchi terroristici di Londra e di Parigi e l'immediata introduzione di nuove fattispecie antiterrorismo, rispettivamente nel 2005 e nel 2015, è sicuramente espressione di un *trend* di politica criminale nazionale, (purtroppo) ormai consolidato, che si caratterizza per il ricorso allo strumento penale quale panacea di tutti i mali e unico strumento a tutela del bene giuridico "sicurezza"²³⁸. Così, nella

²³⁷ Sul punto, v. anche A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche*, cit., p. 10.

²³⁸ Sull'idea di sicurezza come fattore espansivo del diritto penale v., per tutti, D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 547 ss. e L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di M. Romano*, I, Napoli, 2011 pp. 525 ss. Sul difficile rapporto tra istanze securitarie e diritto penale, v. cap. III, sez. I, § 1 e cap. III, sez. II, § 9.

prassi legislativa degli ultimi decenni, a fronte di episodi di efferata violenza, il ricorso all'intervento penale sembra più rispondere a istanze di rassicurazione sociale che a ponderate logiche di tutela di beni meritevoli da effettivi pregiudizi (attuali o potenziali); considerazioni che sembrano suffragate dall'introduzione delle nuove fattispecie incriminatrici mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza *ex art. 77* della Carta fondamentale²³⁹.

Circostanze simili potrebbero condurre all'affermazione alla cui stregua la notevole anticipazione della soglia di tutela penale operata dalle norme esaminate e il "superamento" dei confini imposti dai principi che permeano la materia penale sia in linea con la politica securitaria interna degli ultimi anni, a nulla rilevando gli obblighi posti sul fronte sovranazionale.

Ciononostante, non può farsi a meno di rilevare il ruolo assunto dalle fonti sovranazionali, ripetutamente richiamate dal legislatore interno, nella formulazione delle fattispecie esaminate, giacché la politica antiterroristica europea (e sovranazionale in genere), lungi dal far riferimento a paradigmi di illecito penale offensivo, sembra spesso suffragare (*rectius*: obbligare) l'utilizzo di tecniche di strutturazione della fattispecie distanti dal modello costituzionale, dirette all'incriminazione di tutti gli atti che in senso lato

²³⁹ Sulle problematiche sottese all'utilizzo del decreto legge quale fonte di produzione di fattispecie incriminatrici, v., per tutti, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 242 ss.

possano considerarsi preparatori rispetto a fatti che assurgono a reato in quanto sorretti dalla “finalità terroristica”.

Il legislatore nazionale sembra, allora, trovare nelle fonti sovranazionali un “sostegno” per l’introduzione di incriminazioni ai limiti dell’illiberalità, espressione di quei proclamati *slogan* di “tolleranza zero” in grado di assicurare (temporaneo) sollievo agli stati emotivi di paura e di impotenza che dilagano tra i consociati.

Tali considerazioni, che potrebbero avallare le “preoccupazioni” circa l’insussistenza dei contenuti propri del principio di offensività nella politica criminale europea²⁴⁰, sembrano, peraltro, trovare conforto nella recente direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI.

Quest’ultima, fondata sull’art. 83, paragrafo 1, del TFUE, oltre a prevedere l’incriminazione di una serie di condotte (quali il reclutamento e l’addestramento a fini terroristici o il compimento e l’agevolazione di viaggi all’estero a fini terroristici) la cui rilevanza penale, in omaggio alle fonti sovranazionali a suo tempo richiamate, è stata già prevista nel nostro ordinamento, ricomprende tra gli obblighi di incriminazione alcune condotte della cui conformità al principio di offensività è lecito dubitare.

²⁴⁰ V. *supra* sez. II, § 2.

Il riferimento è, a titolo esemplificativo, agli obblighi, discendenti dall'art. 14, di incriminare il concorso, l'istigazione e il tentativo di delitti di attentato, laddove la logica di estendere la sanzione penale a tutti i comportamenti *lato sensu* prodromici ad atti terroristici comporta la punizione di condotte notevolmente distanti rispetto all'effettiva offesa²⁴¹.

Sullo sfondo di incriminazioni di tal fatta pare potersi scorgere una visione del sistema penale finalizzata alla neutralizzazione della pericolosità dei potenziali rei attraverso l'incriminazione di tutti quei comportamenti che potrebbero sfociare in condotte offensive²⁴².

Pur non potendosi negare la necessità di apprestare tutele anticipate a fronte di preoccupanti fenomeni, potenzialmente in grado di offendere beni primari e la cui crescita esponenziale è oggi agevolata dal ricorso a strumenti informatici, permane il dubbio in ordine all'effettiva compatibilità con il dettato costituzionale di illeciti penali così strutturati.

Si profilano due prospettive differenti.

Su un primo fronte, si potrebbe ipotizzare una vera e propria sottrazione di alcune materie aventi estremo rilievo (quali il contrasto al terrorismo) dalle garanzie costituzionali proprie del nostro sistema penale;

²⁴¹ Le perplessità oggi sollevate dalla direttiva erano già state manifestate nei confronti della proposta di direttiva. Sul punto, v. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali*, cit., pp. 1754 ss.

²⁴² Sulla distinzione tra diritto penale "della normalità", ispirato a logiche "repressivo-reattive" dirette alla punizione di fatti già commessi, e diritto penale "emergenziale" che, ispirato a una logiche "preventivo-preventive", intende frapporre ostacoli alla materiale realizzazione di reati, v. R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale*, 30 marzo 2017, pp. 4 ss.

sul fronte opposto, andrebbe considerata una completa riforma della legislazione antiterroristica che coniughi effettivamente le esigenze di anticipazione della tutela e il principio alla cui stregua la sanzione criminale deve sempre essere subordinata, quantomeno, alla esposizione a pericolo del bene protetto. In quest'ultimo caso si ridimensionerebbe il ruolo ermeneutico degli operatori del diritto, troppo spesso costretti a “manipolazioni” normative dirette a rendere costituzionalmente conformi incriminazioni che così strutturate non risultano tali.

La seconda soluzione, ancorché auspicabile, sembra, però, ostacolata dalle sollecitazioni sovranazionali. Tutto ciò rende sempre più difficile la “tenuta” dello statuto costituzionale dell'illecito penale.

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

TRA ISTANZE SECURITARIE E LOGICHE PRECAUZIONALI

SOMMARIO: SEZIONE I. *I rischi della modernità e il principio di precauzione*: 1. Diritto penale e sicurezza nella società moderna. Un'introduzione. - 2. I "rischi" della modernità. - 3. Il principio di precauzione. - 4. *Segue*: il principio di precauzione nel diritto internazionale. - 5. *Segue*: il principio di precauzione nell'ordinamento europeo. - SEZIONE II. *Logiche precauzionali e illecito penale offensivo: un difficile connubio*: 1. Il principio di precauzione nel diritto interno. - 2. La normativa sugli Organismi Geneticamente Modificati (OGM). Una premessa. - 3. *Segue*: le incriminazioni in materia di impiego confinato di MOGM. - 4. *Segue*: le sanzioni penali in materia di emissione deliberata nell'ambiente ed immissione in commercio di OGM. - 5. *Segue*: la disciplina sanzionatoria in materia di alimenti e mangimi geneticamente modificati. - 6. *Segue*: uno sguardo d'insieme. - 7. Pericolo vs. rischio. Prevenzione vs. precauzione. - 8. Principio di precauzione e diritto penale. Profili critici. - 9. Sull'effettiva necessità del ricorso alla sanzione penale.

SEZIONE I. *I rischi della modernità e il principio di precauzione*

1. Diritto penale e sicurezza nella società moderna.

Un'introduzione.

Il contributo apportato dal diritto dell'Unione europea alla riflessione sulla "resistenza" del paradigma costituzionale di illecito penale offensivo dinanzi alle sfide della società contemporanea si arricchisce di contenuti

ulteriori laddove ci si soffermi sulla legislazione degli ultimi decenni ispirata al *principio di precauzione*.

Sviluppatosi in ambito internazionale e finalizzato a contrastare rischi che non possono ragionevolmente escludersi allo stato delle conoscenze scientifiche, il *principio di precauzione* assume rilievo centrale nelle politiche europee che, finalizzate al mantenimento della salute e della sicurezza pubblica, impongono la *minimizzazione dei rischi della modernità* e richiedono, in tal senso, la predisposizione delle misure sanzionatorie più adeguate.

L'evoluzione scientifica e tecnologica della società post-industriale sembra, infatti, far crescere «le opportunità di un'esistenza sicura e gratificante»²⁴³, ma, al contempo, reca con sé il sorgere di nuovi rischi e pericoli connessi alle decisioni umane la cui effettiva portata non è ancora nota alla comunità scientifica. È questo il “paradosso” della cd. *società del rischio*²⁴⁴, alla costante ricerca di “barriere difensive” per i potenziali pregiudizi ingenerati dal progresso e caratterizzata da un'incessante richiesta di “sicurezza”, sollecitata anche (e soprattutto) sul piano sovranazionale.

²⁴³ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p.7.

²⁴⁴ In termini simili, v. C. PIERGALLINI, *op.cit.*, pp. 7 ss. Il tema della società del rischio verrà trattato diffusamente *infra*, cap. III, sez. I, § 2.

Giova in tale contesto una considerazione preliminare.

Come già visto²⁴⁵, il bisogno di sicurezza reclamato dalla società moderna e fomentato dalla comunicazione mass-mediatica attiene, invero, alle realtà più varie: dalla sicurezza dal terrorismo internazionale alla sicurezza stradale, del lavoro, dell'ambiente, del prodotto, degli alimenti e così via.

Le ragioni del frequentissimo riferimento al bene “sicurezza” nella legislazione vigente si spiegano sulla scorta del suo carattere “strumentale” alla (anticipata) tutela dei più diversi interessi finali, sicché «l'idea della sicurezza tende ad espandersi come definizione di un bene giuridico ubiquitario, strumentale a qualsiasi altro»²⁴⁶.

Spostando l'attenzione dal linguaggio giuridico a quello sociale, si scorge, però, una “inversione prospettica”: la “sicurezza” non viene percepita come interesse funzionale alla tutela di beni ulteriori ma assurge essa stessa a diritto fondamentale e a “bene primario”²⁴⁷. Agli occhi dei consociati, gli eventi da prevenire in un'ottica securitaria interpellano necessariamente la pena criminale, sicché le politiche legislative, dinanzi

²⁴⁵ V. *supra* cap. II, sez. II, § 3.

²⁴⁶ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., pp. 547 ss.

²⁴⁷ Sulla percezione della sicurezza quale bene primario da bilanciare con la vita e la libertà personale dei consociati, v. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 ss.

alla possibilità di scegliere gli strumenti del diritto punitivo ritenuti più adeguati, fanno sovente ricorso al diritto penale.

Ne discende un notevole arretramento delle soglie di tutela penale che giunge al punto di presidiare in via anticipata un bene (la sicurezza, per l'appunto) la cui tutela, già di per sé considerata, arretra la protezione di interessi ulteriori. L'utilizzo della minaccia penale diviene, così, un'arma per la neutralizzazione della paura da pericoli presenti e futuri, effettivi e potenziali, noti e ignoti.

In questo contesto si inserisce il *diritto penale del rischio* che, muovendosi all'interno dei dettami del *principio di precauzione*, sanziona l'inosservanza delle politiche (promosse in sede nazionale ed europea) dirette al contenimento e alla gestione di potenziali pregiudizi la cui connessione causale con condotte umane non è ancora scientificamente nota.

Tutto ciò rappresenta *ictu oculi* un importantissimo banco di prova per la tenuta del modello costituzionale di illecito penale.

2. I “rischi” della modernità.

Una trattazione relativa ai problemi della modernità non può prescindere dal richiamo alla celebre opera con cui Ulrich Beck ha

scandagliato i temi di quella che egli stesso ha denominato “*società del rischio*”²⁴⁸.

Secondo la prospettiva dell’Autore, nelle società occidentali moderne è cambiata tanto la natura globale dei rischi quanto la consapevolezza degli stessi da parte degli individui.

Così, se i rischi della società industriale erano riconoscibili e assicurabili, i rischi della società post-industriale, legati allo sviluppo tecnico-scientifico, presentano caratteri di indefinitezza in ordine alla loro entità, alla loro durata e alle potenziali vittime e, quasi in un’ottica di “democratizzazione”, sono in grado di colpire tutti gli uomini allo stesso modo, senza distinzione di classe e ceto.

La portata dei nuovi rischi “tecnologici” è tale da renderli assimilabili a calamità naturali, eppure gli stessi sono opera dell’uomo e dipendono, dunque, dalle sue decisioni²⁴⁹.

Si pensi, in tal senso, ai rischi atomici, chimici, ecologici o, ancora, legati all’ingegneria genetica.

Nella gran parte dei casi è impossibile procedere ad una valutazione *ex ante* circa la loro portata e la reale conoscenza degli stessi è subordinata

²⁴⁸ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. Main, 1986, trad. it. *La società del rischio*, Roma, 2000, *passim*.

²⁴⁹ Per una disamina del pensiero di Beck, v. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., pp. 6 ss.

ad un'effettiva verifica²⁵⁰, che potrebbe, però, aprire scenari del tutto inediti e catastrofici .

La *società del rischio*, diversamente dalla società industriale, è, allora, una società in cui il grandissimo sviluppo dell'industrializzazione e dei processi tecnologici pone gli uomini dinanzi a pericoli connessi alla loro stessa sopravvivenza.

Si assiste, così, ad un'insanabile paradosso, ove la ricerca tecnica e scientifica, da forza motrice per l'incremento del benessere umano, rivela il proprio "lato oscuro" trasformandosi in una potenziale arma distruttiva.

Ciò che in tale contesto risulta maggiormente allarmante è l'incapacità mostrata dall'analisi scientifica nel riconoscimento e nella valutazione dei rischi²⁵¹.

Si è, infatti, al cospetto di quella che è stata definita "*de-monopolizzazione*" delle pretese della conoscenza scientifica²⁵², ove la scienza, pur indispensabile per il progresso, risulta inadeguata nella definizione della realtà e, in discontinuità con la neutralità e l'affidabilità

²⁵⁰ V. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Milano, 2013, p. 11.

²⁵¹ Sul tema, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., pp. 480 ss.

²⁵² U. BECK, *La società del rischio*, cit. p. 230.

che la connotavano in passato, è spesso asservita ad interessi politici ed economici²⁵³.

Dalle caratteristiche dei rischi moderni, che si presentano come «involontari (colpiscono anche i soggetti che non vi si espongono volontariamente), irreversibili (distruggono risorse non sempre riproducibili) e occulti (sono troppo “complessi” perché li si possa decifrare)»²⁵⁴, discende il difficile compito di “placare” il senso di insicurezza e di paura dilagante tra i consociati, oggi rimesso, pressoché esclusivamente, agli organi politici.

3. Il principio di precauzione.

La necessità di far fronte ai rischi imponderabili e potenzialmente devastanti connessi agli sviluppi della società moderna costituisce il punto di partenza da cui ha origine il *principio di precauzione*.

Muovendo dalla non esaustività del sapere scientifico e dalla necessità di superare il tradizionale assunto alla cui stregua l'assenza di prove scientifiche in ordine alla pericolosità di un'attività o di un prodotto implica la loro automatica innocuità²⁵⁵, il principio in esame agisce in

²⁵³ V. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 483.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 487.

²⁵⁵ V. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 25.

un'ottica prudenziale, affrontando e colmando sul piano politico e giuridico i vuoti di incertezza scientifica e tecnologica determinati dal progresso²⁵⁶.

Più in particolare, il principio di precauzione interviene allorché una valutazione scientifica manifesti la presenza di gravi pericoli per beni fondamentali connessi a specifici prodotti o a determinate attività e, ciononostante, l'attuale stato di conoscenze non consenta di apprezzare effettivamente la portata dei rischi in rilievo²⁵⁷.

Trasposto a livello giuridico, esso legittima forme di tutela anticipata (di varia natura) in condizioni di incertezza scientifica quando la pericolosità o meno di certe condotte non sia provata ma non possa, al contempo, essere esclusa e, in un'ottica di "gestione dell'incertezza", richiede la predisposizione di misure che possano contenere o ridurre i menzionati rischi.

Invero, l' "incertezza scientifica", di cui si nutre il principio di precauzione, può atteggiarsi in maniera differente.

²⁵⁶ In questi termini, F. CONSORTE, *op. cit.*, p. 30.

²⁵⁷ Cfr. A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2011, p. 1; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1743. V. anche G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, pp. 155 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, pp. 227 ss. Negli anni sono state coniate numerosissime definizioni del principio, spesso tra loro contrastanti. Sul punto, v. C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, p. 31.

È possibile che sia stata ipotizzata su un piano meramente teorico una spiegazione causale o che sia in corso una procedura di validazione di una congettura scientifica o, ancora, che una spiegazione scientifica, pur consolidata e avallata da alcuni riscontri empirici, non sia pienamente condivisa dalla comunità di riferimento²⁵⁸.

Incertezza scientifica, rischio e paura sono, dunque, i tre “concetti chiave” su cui si fonda la cultura della precauzione.

4. *Segue: il principio di precauzione nel diritto internazionale.*

Le fonti normative che per prime hanno recepito i dettami del principio di precauzione si muovono nell’ambito della tutela dell’ambiente e della natura²⁵⁹.

Così, il primo richiamo, ancorché soltanto implicito, al principio in esame si rintraccia in una norma di diritto internazionale e, in particolare, nella Carta Mondiale della Natura adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1982²⁶⁰.

²⁵⁸ V. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., pp. 1743 ss.

²⁵⁹ Sulla dimensione giuridica del principio di precauzione, cfr., tra gli altri, F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., pp. 36 ss.; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004.

²⁶⁰ La Carta Mondiale della Natura richiama i dettami del principio di precauzione all’art. 11, lett a) e b).

Un successivo richiamo alle logiche precauzionali si rinviene, poi, nell'ambito delle Conferenze ministeriali per la protezione del Mare del Nord tenutesi a partire dal 1984 in seno all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, ma soltanto nel 1992 si assiste ad una vera e propria proclamazione del principio in materia ambientale con la Dichiarazione di Rio del 1992 adottata nell'ambito del Summit per la Terra²⁶¹.

Nella stessa direzione si inseriscono numerosi impegni assunti in ambito internazionale in materia di ambiente, tra i quali il Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza relativo alla Convenzione sulla diversità biologica adottato a Montreal il 29 gennaio 2000.

Solo in epoca più recente si assiste ad un recepimento del principio in settori diversi rispetto alla tutela dell'ambiente. Così, nel 2003, una Raccomandazione adottata dal Consiglio d'Europa ha ampliato il campo di applicazione delle logiche precauzionali alla salute in senso stretto, invitando gli Stati ad assumere misure volte a minimizzare il rischio di trasmissione all'uomo di malattie note o ignote derivanti dall'utilizzo nei trapianti di cellule, organi o tessuti di origine animale.

²⁶¹ Nello specifico, il principio 15 stabilisce che «*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities* » / «Al fine di proteggere l'ambiente, il principio di precauzione sarà ampiamente applicato dagli Stati secondo le rispettive capacità. Laddove vi siano minacce di danni seri o irreversibili, la mancanza di piene certezze scientifiche non potrà costituire un motivo per ritardare l'adozione di misure efficaci in termini di costi volte a prevenire il degrado ambientale».

5. Segue: il principio di precauzione nell'ordinamento europeo.

Anche in ambito europeo, sede privilegiata per il riconoscimento del principio di precauzione è la materia ambientale.

Il primo riferimento si rinviene, infatti, nell'art. 174, par. 2, del Trattato CE (oggi art. 191 par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), ove il principio viene annoverato tra quelli che governano la politica ambientale dell'allora Comunità europea.

La necessità percepita dalle Istituzioni europee di apprestare tutela nell'ambito di ulteriori settori incidenti sulla salute umana ha condotto, poi, ad un successivo sviluppo del principio in ambiti differenti, ossia «in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità»²⁶².

Alla base dell'estensione della portata del principio espressamente menzionato nel Trattato in relazione alla sola materia ambientale vi è, dunque, la necessità di garantire *standard* di protezione elevati per alcuni

²⁶² V. Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione COM (2000) 1 final, Bruxelles, 2.2.2000, p. 2.

interessi centrali nelle politiche europee, con conseguente attuazione, tra gli altri, degli artt. 114, par. 3, TFUE (ex art. 95, par. 3, TCE) e 168, par. 1, TFUE (ex art. 152, par. 1, TCE)²⁶³.

Del percorso che ha condotto all'applicazione delle logiche precauzionali in materia di salute, sicurezza, protezione dell'ambiente e dei consumatori – inaugurato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea²⁶⁴ e dagli atti di matrice politica adottati in seno all'Unione²⁶⁵ - si

²⁶³ L'art. 114, par. 3, TFUE (ex art. 95, par. 3, TCE) prevede che «La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo e il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo».

L'art. 168, par. 1, TFUE (ex art. 152, par. 1, TCE) stabilisce che «Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e attività della Comunità è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

Sul processo di europeizzazione della tutela della salute, v. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano, 2013, vol. IX, tomo II, pp. 64 ss.

²⁶⁴ A titolo esemplificativo, nelle sentenze del 5 maggio 1998, cause C-157/96 e C-180/96, la Corte di Giustizia, affermando la validità della decisione della Commissione che vietava l'esportazione di bestiame del Regno Unito per limitare il rischio di trasmissione dell'encefalopatia spongiforme bovina ha affermato: «Orbene, si deve ammettere, quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi»: punto 99 della motivazione. «Questa considerazione è corroborata dall'articolo 130R, n. 1, del Trattato CE, secondo il quale la protezione della salute umana rientra tra gli obiettivi della politica della Comunità in materia ambientale. Il n. 2 del medesimo articolo dispone che questa politica, che mira a un elevato livello di tutela, è fondata segnatamente sui principi della precauzione e dell'azione preventiva e che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie»: punto 100 della motivazione. Ancora, nell'ordinanza del 30 giugno 1999 (causa T-70/99) viene richiamato espressamente il principio di precauzione, precisandosi che «le esigenze collegate alla protezione della salute pubblica devono incontestabilmente vedersi riconoscere un carattere preponderante rispetto alle considerazioni economiche».

²⁶⁵ Così, nella comunicazione del 30 aprile 1997 sulla salute dei consumatori e la sicurezza alimentare (COM(97) 183 def.), la Commissione ha affermato che «La Commissione sarà guidata nella sua analisi dei rischi dal principio di precauzione nei casi in cui le basi scientifiche siano insufficienti o persistano alcune incertezze». Tale assunto è stato riaffermato dalla Commissione nel Libro verde «I principi

dà atto nella compiuta trattazione del principio di precauzione contenuta nella Comunicazione del 2 febbraio 2000 con cui la Commissione dell'Unione europea ha chiarito il ruolo assunto dal principio di precauzione nell'adozione di decisioni a livello europeo, nonché i criteri che devono guidare la predisposizione di misure ispirate a logiche precauzionali.

Più in particolare, nel documento in questione, la Commissione ha precisato che ove vi sia l'identificazione di effetti potenzialmente negativi derivanti da un fenomeno, da un prodotto o da un procedimento e la valutazione scientifica non consenta di determinare con sufficiente certezza il rischio in rilievo, è rimesso agli organi politici il compito di decidere se

generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione europea" del 30 aprile 1997 (COM(97) 176 def.), in cui si afferma che «Il Trattato impone alla Comunità di contribuire al mantenimento di un elevato livello di tutela di salute pubblica, dell'ambiente e dei consumatori. Le misure intese a garantire un elevato livello di tutela e di coerenza dovrebbero essere basate sulla valutazione dei rischi tenendo conto di tutti i fattori rilevanti in questione, compresi gli aspetti tecnologici, i migliori dati scientifici disponibili e i metodi disponibili d'ispezione, campionamento e prova. Qualora non sia possibile una completa valutazione dei rischi, le misure dovrebbero essere basate sul principio precauzionale». Ancora, nella sua risoluzione del 10 marzo 1998 riguardante il medesimo Libro verde, il Parlamento europeo ha affermato che «La legislazione alimentare europea si basa sul principio di una tutela preventiva della salute e dei consumatori, sottolinea che la politica attuata in questo settore deve basarsi su un'analisi dei rischi che faccia riferimento a basi scientifiche e sia integrata, ove ciò sia necessario, da una gestione adeguata dei rischi fondata sul principio di precauzione e invita la Commissione a chiedere ai suoi Comitati scientifici di presentare un insieme completo di argomenti basato sul principio di precauzione in caso di messa in questione della legislazione comunitaria in materia alimentare da parte delle istanze dell'OMC». Il Comitato parlamentare misto dello Spazio economico europeo ha, poi, adottato, il 16 marzo 1999, una risoluzione relativa alla "sicurezza alimentare nello Spazio economico europeo" che «sottolinea l'importanza dell'applicazione del principio di precauzione» e «riafferma l'esigenza fondamentale di un approccio precauzionale nell'ambito del SEE alla valutazione delle richieste di commercializzazione degli organismi geneticamente modificati che si intendono inserire nella catena alimentare». Il 13 aprile 1999 il Consiglio ha adottato una risoluzione che chiede alla Commissione, tra l'altro «di essere in futuro ancora più determinata nel seguire il principio di precauzione preparando proposte legislative e nelle altre attività nel settore della tutela dei consumatori, sviluppando in via prioritaria orientamenti chiari ed efficaci per l'applicazione di questo principio».

assumere o meno misure in un'ottica precauzionale e, in caso di risposta affermativa, di scegliere la natura dell'azione da intraprendere.

Ed infatti, da un lato, rientra nella discrezionalità rimessa ai vertici politici anche la scelta di “non agire”, dall'altro lato, un'eventuale decisione di intervento non deve necessariamente tradursi nell'adozione di atti destinati a produrre effetti giuridici suscettibili di controllo giurisdizionale²⁶⁶.

Il documento rimarca i profili tecnico-scientifici e le procedure che precedono le decisioni da adottare, le quali si snodano attraverso tre momenti principali: valutazione, gestione e comunicazione dei rischi.

Preso atto della necessaria conformità delle misure ispirate alla precauzione ai principi che in generale devono guidare una buona gestione dei rischi, la Commissione si è, poi, soffermata sulla loro individuazione ed esplicazione²⁶⁷. Si tratta, in particolare, del principio di *proporzionalità*, alla cui stregua le misure basate sul principio di precauzione non devono essere sproporzionate rispetto al livello di protezione ricercato e devono, eventualmente, tenere conto della possibilità di sostituire i prodotti o i procedimenti rischiosi con altri prodotti o procedimenti che presentino rischi minori.

²⁶⁶ V. COM (2000), cit., p. 15.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 17 ss.

Vi è, poi, il principio di *non discriminazione*, secondo cui le misure precauzionali devono applicarsi in modo da raggiungere un livello di protezione equivalente nei vari territori e l'origine geografica o la natura di una produzione non possono essere invocate per applicare in modo arbitrario trattamenti diversi.

Viene, altresì, in rilievo la necessaria *coerenza* tra le misure da adottare e quelle già adottate in situazioni analoghe o utilizzando approcci analoghi. Nell'ambito della corretta gestione dei rischi rientrano, poi, *l'esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dall'inazione e l'esame dell'evoluzione scientifica*, sicché le misure devono essere mantenute finché i dati scientifici rimangono insufficienti, imprecisi o non concludenti e finché il rischio sia ritenuto sufficientemente elevato per non accettare di farlo sostenere alla società. Tenendo conto dell'evoluzione delle conoscenze e procedendo ad un costante controllo (*monitoring*) scientifico, qualora dovessero sopravvenire nuovi dati, le misure già adottate dovrebbero, così, essere modificate o eliminate.

Le indicazioni contenute nella Comunicazione del 2000 costituiscono il frutto di un cammino inaugurato dalle istituzioni europee in materia di sicurezza, protezione dell'ambiente e dei consumatori e rappresentano, al contempo, un importantissimo riferimento per l'adozione di norme europee di diritto derivato nei settori in questione.

Si pensi, in tal senso, al Regolamento CE n. 178/2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l’Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, il cui art. 7, rubricato “principio di precauzione”, richiama quegli stessi criteri per la gestione del rischio enucleati dalla Comunicazione della Commissione di cui si è detto²⁶⁸.

Tra gli interventi di diritto derivato che, richiamando espressamente il principio di precauzione, si propongono di apprestare tutela alla salute e alla sicurezza si annoverano poi, a titolo esemplificativo, le direttive n. 98/81/CE e n. 2001/18/CE e i regolamenti CE n. 1829/2003 n. 1830/2003 in materia di organismi geneticamente modificati²⁶⁹ e la direttiva 2001/95/CE in materia di sicurezza generale dei prodotti.

Orbene, gli atti di diritto derivato richiamati rimettono ai legislatori nazionali il compito di individuare sanzioni effettive, proporzionate e

²⁶⁸ In particolare, l’art. 7 prevede che: «1. Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d’incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio. 2. Le misure adottate sulla base del paragrafo 1 sono proporzionate e prevedono le sole restrizioni al commercio che siano necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità, tenendo conto della realizzabilità tecnica ed economica e di altri aspetti, se pertinenti. Tali misure sono riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente».

²⁶⁹ Sul tema degli organismi geneticamente modificati, v., diffusamente, *infra* cap. III, sez. II, §§2 ss.

dissuasive da applicare in caso di violazione dei precetti fissati (quasi interamente) in sede europea.

Ne discende che, in tali settori, ad un'armonizzazione tra la legislazione dei vari Paesi dell'Unione relativa alle (anticipate) soglie di tutela della salute e della sicurezza collettiva fa da contraltare una notevole "disarmonizzazione" sul piano delle risposte sanzionatorie comminate²⁷⁰.

In altri casi il legislatore europeo richiede espressamente agli Stati membri la predisposizione di sanzioni penali a tutela dei fondamentali beni in rilievo. È questo il caso della direttiva 2008/99/CE sulla tutela dell'ambiente e della direttiva 2009/123/CE sull'inquinamento provocato dalle navi.

SEZIONE II. *Logiche precauzionali e illecito penale offensivo: un difficile connubio*

1. Il principio di precauzione nel diritto interno.

Sulla scorta delle origini internazionali ed europee del principio di precauzione, ben si comprende come tutte le norme italiane che richiamano espressamente il principio siano di derivazione europea.

²⁷⁰ In questo senso, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, pp. 18 e 60. L'Autore si sofferma altresì sugli effetti negativi di una simile "disarmonizzazione".

Il riferimento è, a titolo esemplificativo, alla normativa in materia di OGM e MOGM, che recepisce le direttive n. 98/81/CE e n. 2001/18/CE e i regolamenti CE n. 1829/2003 e n. 1830/2003, e alla disciplina nazionale in materia di sicurezza dei prodotti, adottata in omaggio alla direttiva 2001/95/CE e oggi contenuta negli artt. 102-113 del codice del consumo.

Anche la disciplina contenuta nel cd. codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006), in linea con le direttive sull'ambiente n. 2008/99/CE e n. 2009/123/CE, è ampiamente ispirata al principio di precauzione, ancorché il principio in questione non sia espressamente richiamato.

Nell'ordinamento nazionale, le misure ispirate a logiche precauzionali sono presidiate da misure sanzionatorie aventi carica afflittiva più o meno intensa, giacché il legislatore ha talvolta fatto ricorso a sanzioni amministrative, talaltra a sanzioni penali²⁷¹.

Volendo soffermare l'attenzione esclusivamente sulla legislazione imperniata sul principio di precauzione assistita da pene criminali e dovendo, necessariamente, restringere il campo di analisi ad alcune fattispecie di reato poste a presidio del "proteiforme" bene sicurezza, si procederà all'analisi della (emblematica) disciplina nazionale in materia di organismi geneticamente modificati, così da mettere in evidenza le caratteristiche delle incriminazioni imperniate sul principio di precauzione

²⁷¹ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 57.

e da vagliarne la compatibilità con lo statuto costituzionale dell'illecito penale.

2. Segue: la normativa sugli Organismi Geneticamente Modificati (OGM). Una premessa.

La disciplina dettata in materia di organismi e microrganismi geneticamente modificati (rispettivamente, OGM e MOGM) rappresenta una perfetta sintesi dei profili di criticità sollevati dalle istanze precauzionali e dalla dimensione moderna di tutela della salute umana, sollecitata anche dal diritto europeo²⁷². Si è detto, in tal senso, che gli organismi e i microrganismi geneticamente modificati costituiscono un «caso paradigmatico di “rischio da ignoto biotecnologico”²⁷³».

Giova precisare, innanzitutto, che per organismo geneticamente modificato si intende «un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto si verifica in natura mediante accoppiamento o incrocio o con la ricombinazione genetica naturale²⁷⁴»; sono, invece, microrganismi le entità microbiologiche cellulari o non cellulari.

²⁷² Sul punto, v. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 522.

²⁷³ V. S. CORBETTA, *Sicurezza alimentare e “rischio da ignoto tecnologico”*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. III, Milano, 2006, pp. 2266 ss.

²⁷⁴ Tale definizione si rinviene all'art. 3 del d.lgs. n. 224/2003.

Ad oggi non vi sono conoscenze tali che consentano di apprezzare l'innocuità o la pericolosità di simili interventi di manipolazione genetica e, tuttavia, si prospetta il rischio, non ancora supportato da leggi scientifiche sufficientemente consolidate, che organismi siffatti possano arrecare un danno alla salute e all'ambiente. Considerata la capacità di riprodursi e di trasferire materiale genetico propria degli OGM, può dirsi, invero, che il potenziale danno alla salute e all'ambiente ha natura diffusiva²⁷⁵.

Tali circostanze, hanno indotto il legislatore europeo (prima) e il legislatore italiano (poi) ad apprestare una regolamentazione della materia che tenga conto delle condizioni di incertezza in cui versano attualmente le conoscenze scientifiche e dei beni potenzialmente offesi dalle attività che gravitano intorno alla manipolazione genetica.

Le riflessioni sul tema, permeate da incertezza scientifica e "contaminate" spesso da interessi di natura economica, ruotano tutte intorno al difficilissimo bilanciamento tra la promessa di grandissimi vantaggi su scala mondiale derivanti dall'impiego di organismi simili e l'evocazione di rischi irreversibili per la salute umana e per l'ambiente²⁷⁶.

Di tale difficile ponderazione tiene conto la normativa in materia, la quale, senza vietare l'esercizio di attività connesse a detti organismi

²⁷⁵ F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 134.

²⁷⁶ In termini simili, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 70.

(divieto che, in assenza di certezze circa la dannosità delle sostanze in questione, sarebbe privo di giustificazione), sottopone le attività in questione ad articolate procedure, tentando una mediazione tra l'interesse economico-scientifico a brevettare e produrre OGM e l'interesse a tutelare beni collettivi di grandissima importanza potenzialmente offesi dall'utilizzo e dalla commercializzazione di prodotti geneticamente modificati²⁷⁷.

In tale settore, al principio di precauzione viene, dunque, richiesto di trovare un "punto d'incontro" tra istanze contrapposte, ove da un lato si colloca la libertà di iniziativa economica e, in prospettiva europea, la libera circolazione delle merci e, dall'altro, la tutela della sicurezza alimentare, della salute umana e animale e dell'ambiente.

Nello specifico, i rischi connessi alla salute attengono alla possibilità che gli OGM trasmettano agli uomini geni resistenti agli antibiotici o che creino reazioni allergiche o effetti tossici; i rischi legati all'ambiente riguardano, invece, le imprevedibili interazioni degli OGM con l'ecosistema²⁷⁸.

Orbene, la disciplina nazionale in materia di organismi geneticamente modificati (OGM) e microrganismi geneticamente

²⁷⁷ Sul punto, v. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 649 ss.

²⁷⁸ V. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 134, nota 23.

modificati (MOGM) trova fondamento nel d.lgs. n. 206/2001, nel d.lgs. n. 224/2003 e nel d.lgs. n. 70/2005.

Più in particolare, il d.lgs. n. 206/2001, adottato in attuazione direttiva 98/81/CE (che modifica la precedente direttiva 90/219/CEE), si occupa dell'impiego confinato di MOGM; il d.lgs. n. 224/2003, in attuazione della direttiva n. 2001/18/CE, disciplina l'emissione deliberata nell'ambiente e l'immissione in commercio di OGM e il d.lgs. n. 70/2005 reca le sanzioni da applicare in caso di violazioni del regolamento CE 1830/2003 concernente la tracciabilità e l'etichettatura di OGM.

Tali norme, in applicazione del principio di precauzione²⁷⁹ e del “*principio di confinamento*”²⁸⁰, volto ad assicurare che in ogni fase relativa all'impiego di OGM sia possibile distinguere l'OGM in quanto tale dagli elementi che compongono il “*corpo ricettore*”, pongono in capo a chi voglia impiegare MOMG o emettere nell'ambiente o commercializzare OGM l'obbligo di seguire determinate procedure amministrative, la cui violazione è sanzionata anche penalmente.

²⁷⁹ Il riferimento espresso al principio si rinvia all'art. 1 del d.lgs. 224/2003, secondo cui «Il presente decreto stabilisce, nel rispetto del principio di precauzione, le misure volte a proteggere la salute umana, animale e l'ambiente relativamente alle attività di rilascio di organismi geneticamente modificati».

²⁸⁰ Il principio di confinamento e il principio di precauzione si pongono come complementari tra loro, giacché le misure di contenimento del rischio (che attuano il secondo dei principi) in tanto possono essere attuate in quanto sia stata effettuata un'adeguata azione di segregazione del materiale geneticamente modificato. Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 653.

Sullo sfondo della legislazione in commento vi è l'assunto secondo cui il procedimento di modificazione genetica, suscettibile di produrre effetti ignoti, si presume come pericoloso e va, dunque, vietato, salvo prova contraria²⁸¹.

Si assiste, in tale contesto, ad una "proceduralizzazione" della valutazione e gestione del rischio, giacché tutte le attività correlate all'impiego di MOGM e di OGM si fondano su procedure amministrative (la cui disciplina è il frutto di un'integrazione tra normativa interna e normativa europea), con inversione dell'onere della prova in ordine alla non pericolosità dell'attività da svolgere a carico del soggetto interessato²⁸².

Nella materia in esame, la procedura di gestione del rischio si snoda attraverso tre fasi²⁸³.

La prima fase è imperniata sul rilascio dell'autorizzazione preventiva allo svolgimento delle attività, preceduta da un momento di valutazione e informazione; la seconda fase è caratterizzata dalla gestione del rischio in

²⁸¹ In questi termini, F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 136. V. anche M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 120 ss. L'Autore, soffermandosi sul rovesciamento della base epistemologica che caratterizza le fattispecie improntate al principio di precauzione, rileva che tali ipotesi si caratterizzano per un'inversione dell'onere della prova che può riguardare due situazioni distinte: in un primo caso la sostanza si presume pericolosa *a priori* in quanto appartenente ad un *genus* di prodotti quasi sempre pericolosi; in un secondo caso la sostanza si presume pericolosa perché appartiene ad un *genus* del quale non si conosce, ma si paventa, la pericolosità. In questa seconda categoria rientra la disciplina degli OGM.

²⁸² v. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pp. 525 ss.

²⁸³ Sul punto, A. GARGANI, *op.ult. cit.*, p. 526.

senso stretto, ossia dall'attuazione delle misure precauzionali; la terza fase riguarda i profili patologici, ossia l'ipotesi in cui si siano concretizzati i rischi sottesi all'azione precauzionale.

Orbene i tre provvedimenti legislativi in rilievo sono accomunati dalla previsione di sanzioni, penali e amministrative, strutturate secondo due modalità differenti: su un fronte si collocano le sanzioni che ruotano intorno al momento autorizzatorio e che discendono dalla violazione delle procedure precauzionali o dall'inosservanza di obblighi formali; su un fronte diverso vi sono, invece, le fattispecie che seguono al fallimento del sistema di gestione del rischio imperniato alle logiche precauzionali e che richiedono la messa in pericolo della salute o dell'ambiente o il danno all'ecosistema²⁸⁴.

3. Segue: le incriminazioni in materia di impiego confinato di MOGM.

Volendo procedere ad un esame delle fattispecie incriminatrici vigenti in materia di organismi geneticamente modificati, è opportuno soffermarsi sulla disciplina apprestata da ciascuno dei provvedimenti legislativi in rilievo.

²⁸⁴ V. *Ibidem*, p. 127.

Il riferimento è *in primis* al d.lgs. n. 206/2001 il quale, in materia di impiego confinato di MOGM, ossia di attività e processi posti in essere (mediante specifiche misure di contenimento) in luoghi separati dalla popolazione e dall'ambiente, prevede articolate misure di contenimento del rischio volte a proteggere la salute degli operatori che entrano in contatto con potenziali agenti patogeni e a prevenire incidenti connessi all'accidentale immissione di MOGM nell'ambiente²⁸⁵.

Il decreto prevede due procedure distinte, una delle quali diretta ad ottenere un'autorizzazione relativa all'impianto, l'altra relativa al tipo di impiego.

Tanto il titolare dell'impianto quanto l'utilizzatore, ossia il *responsabile scientifico e gestionale dell'impiego confinato di MOMG*²⁸⁶ sono, poi, tenuti ad una serie di adempimenti in funzione della gestione del rischio.

Orbene, come già accennato, i tre interventi normativi in materia di OGM e MOGM contemplanò tutti due tipologie distinte di illeciti penali: da un lato le fattispecie conseguenti alla violazione delle procedure

²⁸⁵ La disciplina è compiutamente analizzata da F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., pp. 140 ss.

²⁸⁶ Le definizioni di "titolare" e di "utilizzatore" si rinvengono, rispettivamente, negli artt. 2, comma 1, lett. e) e 2, comma 1, lett. f) del d.lgs. 206/2001.

prescritte, dall'altro gli illeciti imperniati sulla esposizione a pericolo dei beni tutelati.

Con specifico riferimento al d.lgs. 206/2001, rientrano nella prima delle due categorie le contravvenzioni previste dall'art. 20, che sanziona con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda l'inosservanza degli obblighi relativi all'aggiornamento della notifica dell'impianto (art. 20, comma 1), la mancata redazione da parte dell'utilizzatore del documento di valutazione del rischio (art. 20, comma 2), la violazione dell'obbligo di comunicazione in caso di incidente (art. 20, comma 3), l'impiego confinato di MOMG in assenza di autorizzazione (art. 20, comma 4, lett. *a*) e *b*)), la violazione delle prescrizioni ministeriali relative all'impianto, all'impiego e ai casi di incidente (art. 20, comma 4, lett. *c*), *d*) e *f*)), nonché l'impiego confinato di MOMG di classe 2 in violazione delle prescrizioni contenute all'interno del testo normativo (art. 20, comma 4, lett. *e*)).

La seconda categoria di contravvenzioni contemplate dal d.lgs. n. 201/2006 si appunta, invece, sull'offesa ai beni protetti dal provvedimento legislativo. Così, l'art. 22 sanziona, se il fatto non costituisce più grave reato, chi nell'esercizio delle attività di impiego confinato previste dal decreto cagioni pericolo per la salute pubblica ovvero pericolo di degradazione rilevante delle risorse naturali biotiche e abiotiche. Al secondo comma della medesima norma viene invece sanzionato chi,

tenendo una condotta attiva o omissiva inosservante le disposizioni contenute nel decreto, arrechi un «danno alle acque, al suolo, al sottosuolo e alle altre risorse ambientali» o, ancora, determini «un pericolo concreto ed attuale di inquinamento ambientale».

A carico degli autori delle due ipotesi è posto l'obbligo di intervenire a proprie spese per la messa in sicurezza, la bonifica e il ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali sia derivato il danno o il pericolo di inquinamento o, in alternativa, l'obbligo di risarcire il danno ambientale che non possa essere eliminato mediante gli interventi di cui si è detto. Anche le prescrizioni in questione sono assistite da sanzione penale²⁸⁷.

4. Segue: le sanzioni penali in materia di emissione deliberata nell'ambiente ed immissione in commercio di OGM.

Il secondo intervento legislativo in materia di organismi geneticamente modificati è costituito dal d.lgs. n. 224/2003. Il provvedimento in questione disciplina l'emissione deliberata nell'ambiente di OGM, intendendosi per tale «qualsiasi introduzione intenzionale nell'ambiente di un OGM per la quale non vengono usate misure specifiche

²⁸⁷ Per una ricostruzione della disciplina sanzionatoria, cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pp. 529 ss.

di confinamento al fine di limitare il contatto con la popolazione e con l'ambiente e per garantire un livello elevato di sicurezza per questi ultimi»²⁸⁸, e l'immissione sul mercato, ossia «la messa a disposizione di terzi, dietro compenso o gratuitamente»²⁸⁹ di OGM come tali o contenuti in prodotti²⁹⁰.

Anche tali attività sono subordinate ad un'autorizzazione preventiva e all'adempimento di alcuni obblighi comunicativi e informativi nei confronti delle competenti autorità, la cui entità varia a seconda che a venire in rilievo sia l'emissione deliberata di OGM o l'immissione sul mercato degli stessi.

Così, la procedura diretta ad ottenere l'autorizzazione allo svolgimento della prima delle attività richiamate si svolge esclusivamente sul piano nazionale e attribuisce potere decisionale ai soli Stati coinvolti.

Maggiormente complessa è, invece, la procedura che consente l'immissione in commercio di OGM. La disciplina apprestata tiene conto, infatti, di un dato di rilievo non indifferente, ossia la libera circolazione degli OGM nel mercato dell'Unione europea dopo il rilascio della autorizzazione preventiva.

²⁸⁸ V. art. 3, comma 1, lett. c), d.lgs. 206/2001.

²⁸⁹ V. art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 206/2001.

²⁹⁰ Per un completo esame della disciplina, v. F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., pp. 144 ss.

È stata, così, prevista una peculiare procedura che si articola sul piano interno e sovranazionale e alla cui stregua le valutazioni operate dallo Stato direttamente coinvolto devono essere comunicate alle autorità competenti dei Paesi membri e confermate dagli organi istituzionali europei a ciò preposti.

Dall'ottenimento dell'autorizzazione discende la libera circolazione dell'OGM o del prodotto derivato nel mercato unico e il divieto per ciascuno Stato dell'Unione di limitare, vietare e impedire la libera circolazione dei prodotti conformi ai requisiti prescritti in sede europea.

Viene, però, fatta salva la possibilità per le autorità competenti degli Stati membri di attivare la cosiddetta “clausola di salvaguardia”²⁹¹ e di limitare o vietare temporaneamente l'immissione sul mercato o l'uso sul territorio nazionale di un OGM o di un prodotto derivato allorquando, dopo l'autorizzazione, siano sopravvenute conoscenze scientifiche che prospettino nuovi rischi per la salute umana o animale o per l'ambiente connessi agli organismi di cui si tratta.

Anche tale provvedimento legislativo prevede una serie di sanzioni penali suscettibili di suddivisione nelle due categorie di “illeciti procedurali” e illeciti fondati sull'offesa ai beni protetti²⁹².

²⁹¹ V. art. 25, d.lgs. 224/2003.

²⁹² Sul punto, v. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pp. 534 ss.

Con specifico riferimento all'emissione deliberata di OGM, rientrano nel novero degli illeciti del primo tipo l'emissione deliberata di OGM per finalità non commerciali in difetto di preventiva notifica (art. 34, comma 1) o in difetto di autorizzazione o in caso di rifiuto o revoca della stessa (art. 34, comma 2), in caso di modifiche dell'emissione deliberata di OGM qualora non si osservino gli obblighi di adozione delle misure necessarie per la tutela della salute umana, animale e dell'ambiente (art. 34, comma 5).

Riguardo alla diversa attività di immissione in commercio di OGM, rientrano tra i cosiddetti "illeciti procedurali" l'immissione sul mercato di OGM in difetto di preventiva notifica (art. 35, comma 1) o in assenza di autorizzazione o in caso di rifiuto o revoca della stessa (art. 35, comma 2), l'utilizzazione di un OGM per finalità diverse rispetto a quelle preventivamente indicate e in difetto di apposita notifica (art. 35, comma 3), l'immissione sul mercato di OGM dopo la scadenza del provvedimento di autorizzazione o in caso di revoca o rifiuto del rinnovo (art. 34, comma 5) e, ancora, la mancata adozione immediata di tutte le misure necessarie per tutelare la salute umana, animale e l'ambiente in caso di nuove informazioni sui rischi connessi alla già autorizzata immissione sul mercato dell'OGM (art. 34, comma 6).

Come anticipato, anche il d.lgs. 224/2003 prevede ipotesi di reato incentrate sull'offensività della condotta e, in tal senso, l'art. 36, comma 1 sanziona, se il fatto non costituisce più grave reato, l'emissione deliberata di OGM o l'immissione sul mercato di OGM che cagioni un pericolo per la salute pubblica o un pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali biotiche o abiotiche.

Il successivo comma prevede, poi, obblighi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale a carico di chi cagioni un danno alle acque, al suolo, al sottosuolo o ad altre risorse ambientali, ovvero determini un pericolo concreto ed attuale di inquinamento ambientale.

Evidente è il richiamo alla (già analizzata) disciplina prevista dall'art. 22 del d.lgs. 206/2001 in materia di impiego confinato di MOMG²⁹³.

5. *Segue: la disciplina sanzionatoria in materia di alimenti e mangimi geneticamente modificati.*

Il terzo provvedimento legislativo da sottoporre ad esame è il d.lgs. n. 70/2005, recante disposizioni sanzionatorie per la violazione dei Regolamenti CE n. 1829/2003 e n. 1830/2003 relativi agli alimenti ed ai mangimi geneticamente modificati.

²⁹³ V. *supra* §3 di questo capitolo.

La disciplina in materia è dunque fissata sul piano europeo, essendo rimessa al legislatore interno la sola predisposizione dell'apparato sanzionatorio.

Anche tale settore, improntato al principio di precauzione, è caratterizzato dalla gestione del rischio, preceduta da una previa valutazione dello stesso garantita da adempimenti procedurali che ricalcano le linee relative alla regolamentazione dell'impiego confinato e dell'emissione deliberata, con l'unica peculiarità data dal carattere esclusivamente europeo della procedura, rimessa all'Autorità europea per la sicurezza alimentare e alla Commissione europea.

La disciplina sanzionatoria apprestata in materia dal legislatore nazionale²⁹⁴ contempla numerose contravvenzioni che hanno ad oggetto l'immissione in commercio di OMG o di alimenti contenenti OMG in difetto dell'autorizzazione prescritta (art. 2, comma 1) o dopo il rifiuto, la revoca o la sospensione della stessa (art. 2, comma 2), la perdurante immissione in commercio dopo la scadenza dell'autorizzazione o dopo il rifiuto, la revoca o la sospensione del rinnovo della stessa (art. 2, comma 3). In maniera speculare sono previste contravvenzioni integrate dalle medesime condotte qualora oggetto delle stesse siano mangimi geneticamente modificati.

²⁹⁴ Sul tema, v. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pp. 540 ss.

Anche in quest'ambito il legislatore affianca ai "reati procedurali" ipotesi di reato imperniate sull'offesa cagionata ai beni presidiati dalla normativa. Così, l'art. 8, comma 2, estende l'applicabilità dell'art. 36 del d.lgs. 224/2003, menzionato in materia di emissione deliberata e immissione in commercio di OMG, alle ipotesi in cui le attività disciplinate dal regolamento europeo abbiano arrecato danni.

6. *Segue: uno sguardo d'insieme.*

All'esito di un complessivo esame della disciplina scevro da valutazioni sostanziali in ordine alle scelte incriminatrici operate dal legislatore nazionale, risulta, adesso, opportuno procedere ad alcune riflessioni che tengano conto dei principi che reggono (o dovrebbero reggere) la materia penale.

Come già accennato, l'intera normativa in materia di OGM e di MOGM è diretta a scongiurare la verifica di rischi alla salute e all'ambiente che tuttavia, stando all'attuale stato delle conoscenze scientifiche, si prospettano come meramente ipotetici.

Si è visto, altresì, che il legislatore nazionale ha deciso di dare attuazione agli obblighi europei predisponendo un apparato sanzionatorio che contempla, oltre a sanzioni amministrative, contravvenzioni di due tipologie: su un primo fronte si collocano i più volte richiamati "*illeciti*

procedurali” (previsti dall’art. 20 del d.lgs. n. 206/2001, dagli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 224/2003 e dall’art. 2 del d.lgs. n. 70/2005), su un secondo fronte gli “*illeciti incentrati sull’offesa*” (disciplinati dall’art. 22 del d.lgs. n. 206/2001, dall’art. 36 del d.lgs. n. 224/2003 e dall’art. 8 del d.lgs. n. 70/2005).

Orbene, procedendo ad un separato esame dei due modelli di incriminazione, emergono con evidenza i profili problematici sollevati dalla prima categoria di reati con il principio di necessaria offensività dell’illecito penale.

Ed infatti, le fattispecie in esame, lungi dal sanzionare l’effettiva offesa di beni giuridici meritevoli di tutela penale, puniscono la semplice violazione delle procedure di valutazione e gestione del rischio prescritte dal legislatore nazionale ed europeo, indipendentemente dall’eventuale (ed assolutamente incerta) pericolosità del fatto commesso.

Si potrebbe, invero, affermare che mediante reati così strutturati il legislatore, in omaggio al principio di precauzione, abbia voluto salvaguardare in chiave prodromica la salute umana, animale e l’ambiente²⁹⁵.

Eppure, un esame della disciplina solleva perplessità in ordine ai beni giuridici realmente tutelati dalle norme, lasciando trasparire un ruolo

²⁹⁵ Così, A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 542.

meramente accessorio svolto dal diritto penale, che pare limitarsi a punire la violazione della disciplina amministrativa di volta in volta in rilievo²⁹⁶. L'intero disvalore delle fattispecie di cui si tratta sembra, infatti, appuntarsi esclusivamente sulla violazione degli obblighi amministrativi imposti ai soggetti interessati.

Si è detto, in tal senso, che si è dinanzi a modelli di reato a “*liceità condizionata*”, ove l’area di liceità non viene determinata facendo riferimento alla libertà o all’offesa, ma avendo riguardo alla sola norma, «alle prescrizioni amministrative che lo Stato interventista e programmatore detta sul bene oggetto di protezione penale»²⁹⁷. In altri termini, l’oggetto della tutela penale sembra ridursi al *rispetto delle regole del gioco* che legittimano l’esercizio di attività di per sé lecite²⁹⁸. È, dunque, evidente la distanza di tecniche di incriminazione simili con il modello di reato, fondato sulla lesione o esposizione a pericolo di beni di rilievo, conforme ai canoni della Carta fondamentale.

²⁹⁶ In questi termini F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 157.

²⁹⁷ V. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna, 1990, pp. 12 ss.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 26 ss.; v. altresì, F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., p. 158. In tal senso, l’A. ritiene le “fattispecie di mera condotta” previste dalla normativa in esame possano essere suddivise in tre categorie: alcune ipotesi di reato tutelano il rispetto del procedimento amministrativo in sé e per sé (in questa categoria rientra, a titolo esemplificativo, il di rilascio di OGM senza previa notifica o autorizzazione); altre fattispecie sono poste a tutela di uno specifico provvedimento riguardante un determinato OGM (è il caso del provvedimento di rifiuto, revoca o modifica dell’autorizzazione); la terza categoria si riferisce all’inadempimento dell’obbligo di adottare misure di tutela della salute umane, animale o dell’ambiente allorquando dopo il rilascio dell’autorizzazione siano emersi nuove informazioni sui rischi.

Ed invero, anche laddove si tentasse un'interpretazione costituzionalmente orientata della tipologia di reati di cui si tratta, affermando che gli stessi non tutelano procedimenti amministrativi ma proteggono in ultima analisi beni giuridici di grandissimo rilievo, verrebbe rispettata soltanto la prima delle due componenti essenziali del principio di offensività (ossia la predisposizione della sanzione penale a tutela di beni giuridici meritevoli)²⁹⁹, giacché si assisterebbe, comunque, ad un arretramento della soglia di punibilità in contrasto con il secondo aspetto del principio, che subordina l'incriminazione alla lesione o esposizione a pericolo del bene presidiato. L'intera disciplina in materia di organismi geneticamente modificati si fonda, infatti, su una presunzione di pericolosità del tutto priva di riscontri.

In altri termini, soltanto un eventuale progresso scientifico in materia potrà confermare la pericolosità di condotte che ad oggi vengono sanzionate esclusivamente perché tenute in violazione di procedure o di provvedimenti che, presuntivamente, dovrebbero garantire la tutela della salute e dell'ambiente.

Le fattispecie previste in materia di OMG appartenenti alla prima delle due categorie inizialmente individuate si atteggiano, dunque, a *reati*

²⁹⁹ Dei due aspetti del principio si è detto diffusamente *supra* cap. I, sez. I, §2.

di mera condotta³⁰⁰ e, notevolmente distanti dal paradigma costituzionale di illecito penale offensivo³⁰¹, rappresentano un esempio emblematico di “*illecito precauzionale*”³⁰².

Su un fronte differente, ma altrettanto problematico, si collocano le contravvenzioni rientranti nella seconda delle categorie menzionate, quella incentrata sull’offesa alla salute umana e animale e all’ambiente e rivolte a chi in concreto cagioni un pericolo o un danno.

Ebbene, in tali casi si è al cospetto di *reati d’evento* il cui accertamento è, però, altamente improbabile allo stato delle conoscenze scientifiche, sicché i profili di problematicità attengono alla stessa verificabilità empirica dei fatti che si intendono punire.

Più in particolare, l’integrazione delle fattispecie in questione richiede la sussistenza di un nesso di causalità tra le condotte dell’uomo

³⁰⁰ Sul punto, v. anche F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., pp. 156 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., pp. 542 ss.

³⁰¹ I profili di tensione tra gli illeciti di cui si tratta e il principio di offensività sono posti in rilievo, tra gli altri, da F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, cit., pp. 159 ss.; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, pp.38 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 143; A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 15. Tale prospettiva non è unanimemente accolta in dottrina. V., a titolo esemplificativo, C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, pp. 210 ss. L’A., in particolare, ritiene che, dato l’irreversibile danno connesso agli OGM e data l’importanza dei beni in rilievo, la soglia di offensività in un contesto di incertezza scientifica potrebbe essere rivista alla luce del principio di precauzione. Cfr. anche G. M. VAGLIASINDI, *Legittimità ed effettività della normativa penale in materia di organismi geneticamente modificati (OGM)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, n. 1-2, pp. 312 ss., secondo cui il ricorso alla tecnica del pericolo presunto in assenza di certezze scientifiche può essere giustificato quando vi sia il rischio di gravi eventi lesivi nei confronti di beni di relevantissimo valore e il dubbio sulla pericolosità sia fondato e non nasca su basi irrazionali, presupposti che sembrerebbero ricorrere nel settore degli OGM.

³⁰² V. A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 543.

che afferiscono all'impiego di OMG o MOMG e l'offesa (in termini di lesione o esposizione a pericolo) dei beni in rilievo, nonostante l'attuale assenza di leggi scientifiche che consentano di affermare l'esistenza di una relazione causale tra i fattori di rischio e gli eventi tenuti in considerazione. In altri termini, l'accertamento di un simile rapporto di causalità si rivela ad oggi del tutto impossibile.

Si è detto, in tal senso, che si è in presenza di ipotesi di «reato (anche astrattamente) impossibile» per assenza o incompletezza attuale dell'*explanans*, ossia, delle premesse cognitive o nomologico-esperenziali pertinenti»³⁰³. Si tratterebbe, dunque, di una sorta di “*diritto penale del futuro*” che si rivelerebbe, però, del tutto inutile, giacché l'eventuale raggiungimento di conoscenze scientifiche idonee a fondare una relazione causale lascerebbe spazio all'applicazione delle, più adeguate, fattispecie di pericolo comune già previste dal codice penale³⁰⁴.

7. Pericolo vs. rischio. Prevenzione vs. precauzione.

La disciplina in materia di organismi geneticamente modificati e i profili di criticità che la stessa pone sul piano del rispetto dei canoni dell'illecito penale forgiati dalla Carta fondamentale costituiscono utile

³⁰³ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 72.

³⁰⁴ Cfr. D. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, p. 72; S. CORBETTA, *Sicurezza alimentare e “rischio da ignoto tecnologico”*, cit., p. 2297.

spunto per una più ampia riflessione in merito al generale impiego del diritto penale in un'ottica precauzionale.

Le questioni accennate in ordine al difficile connubio tra logiche precauzionali e presupposti “classici” che legittimano il ricorso alla pena criminale si ripropongono, infatti, in termini simili ogni qualvolta vengano in rilievo norme penali dirette al contrasto dei rischi incerti posti dalla modernità fondate su procedure autorizzative, su meccanismi ingiunzionali o, ancora, su valori di tollerabilità³⁰⁵.

³⁰⁵ A titolo esemplificativo, si pensi alla disciplina dettata in materia di sicurezza generale dei prodotti e contenuta negli artt. 102-113 del d.lgs. n. 206/2005 (codice del consumo), che, espressamente ispirata al principio di precauzione, stabilisce doveri di sicurezza per il produttore ed il distributore diretti all'immissione nel mercato di prodotti “sicuri”. Vengono previste procedure a contenuto cautelare presidiate da sanzioni amministrative e da contravvenzioni. In particolare, a mente dell'art. 112, costituiscono reato l'immissione sul mercato di prodotti pericolosi, l'immissione in violazione del divieto imposto dall'autorità e il mancato ottemperamento ai provvedimenti dell'autorità. La struttura delle fattispecie in esame richiama talvolta *illeciti di pericolo*, talaltra *illeciti di mera disobbedienza*. Si pensi, ad esempio che il carattere di “pericolosità” dei prodotti la cui immissione sul mercato integra reato si riscontra ogni qualvolta il prodotto non sia sicuro, intendendosi per tale «qualsiasi prodotto che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone». Ne discende che ad essere incriminata è anche l'immissione di prodotti non pericolosi per la salute e per la sicurezza delle persone e che, pur tuttavia, presentino indizi precisi e concordanti di rischio, ove la nozione di rischio si discosta notevolmente da quella di pericolo. Per una sintetica ricostruzione del tema, v. E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit. pp. 35 ss. L'A. richiama il concetto di “reato di rischio” elaborato da L. FOFFANI, *Responsabilità per il prodotto e diritto comunitario: verso un nuovo diritto penale del rischio? Note comparatistiche sugli ordinamenti italiano e spagnolo*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica: sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini, D. Castronovo, Padova, 2007, p. 153. Sulle questioni problematiche relative al rispetto del principio di offensività da parte del “diritto penale del comportamento” fondato sulla tecnica precauzionale dei “limiti soglia” in materia di tutela della salute pubblica, v. F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, pp. 274 ss; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 529 ss.

Sullo sfondo di quanto finora detto si colloca la differenza tra *pericolo* e *rischio*, che si riflette nella speculare distinzione tra *diritto della prevenzione* e *diritto della precauzione*.

Procedendo ad una preliminare distinzione tra i concetti per primi menzionati, emerge *prima facie* un dato incontestabile: *pericolo* e *rischio* sono nozioni accomunate da un tratto comune, ossia la “possibilità” che, data la condotta, si realizzi un danno³⁰⁶. Le differenze attengono, piuttosto, alle basi che fondano il giudizio probabilistico.

Ed infatti, il *pericolo*, al di là delle sue diverse forme di manifestazione, deve intendersi come *probabilità scientificamente apprezzabile* del verificarsi dell’evento temuto. Esso implica, dunque, l’esistenza di fattori di cui è conosciuta l’idoneità causale all’evoluzione in direzione dell’offesa e, al contempo, la conoscenza della ragione per cui il processo causale non si è sviluppato fino alla sua “naturale evoluzione”³⁰⁷.

In altri termini, il pericolo esprime una prognosi probabilistica corroborata da circostanze riscontrabili nel caso concreto in rilievo e corrispondenti ad un sapere consolidato. Così, a titolo esemplificativo, le fattispecie poste dal titolo VI del codice penale a presidio dell’incolumità

³⁰⁶ V. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 672.

³⁰⁷ Sul punto, G. A. DE FRANCESCO, *Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale ed i suoi confini nella temperie della postmodernità*, in *Regole dell’agricoltura. Regole del cibo. Produzione agricola, sicurezza alimentare e tutela del consumatore* (Atti del convegno Pisa, 7-8 luglio 2005), a cura di Goldoni, Sirsi, Pisa, 2005, pp. 128.

pubblica (da intendersi come categoria comprensiva anche della salute pubblica³⁰⁸), pur privilegiando il paradigma di anticipazione della tutela dato dal modello di *reato di pericolo astratto*, si collegano a leggi scientifiche di copertura, siano esse universali o statistico-probabilistiche³⁰⁹.

Dall'altra parte si colloca il *rischio*, inteso quale possibilità che si verifichi l'evento da scongiurare indipendentemente dal riscontro certo e rigoroso in ordine all'idoneità causale della condotta in rilievo. Così, «il *rischio* incarna l'esigenza che determinate attività siano governate in via anticipata rispetto al possibile attivarsi di una serie causale che conduca all'evento»³¹⁰.

L'assenza di sapere scientifico su cui si fonda il *rischio* reca con sé il necessario ricorso a procedure di valutazione e gestione dirette a scongiurare gli effetti negativi, assolutamente incerti, innescati dalle attività “rischiose”.

Trasposti tali concetti in sede penale, si assiste al passaggio dal tradizionale *diritto penale della prevenzione* al moderno *diritto penale*

³⁰⁸ Sui rapporti tra incolumità pubblica e salute pubblica, cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pp. 54 ss.

³⁰⁹ Sulla compatibilità dei *reati di pericolo astratto* con il principio costituzionale di offensività, v. cap. I, sez. I, §7.

³¹⁰ Cfr. A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 135. Sul concetto di rischio nel diritto penale v., tra gli altri, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

della precauzione: il primo, orientato teleologicamente all'eliminazione o alla riduzione di pericoli nomologicamente noti e in quanto tali prevenibili e prevedibili, si traduce nelle forme dei reati di pericolo (concreto o astratto); il secondo, volte all'eliminazione di rischi ignoti e non prevedibili allo stato attuale delle conoscenze nomologiche³¹¹, determina l'incriminazione di comportamenti che si "sospetta" possano creare relazioni di dannosità rispetto a determinati eventi³¹².

A ben vedere, il diritto della precauzione si presta a divenire un nuovo modello di diritto "preventivo", giacché, al cospetto di incriminazioni fondate su logiche precauzionali, «è modificato piuttosto il *livello* di prevenzione dell'offesa, che non coincide più con il momento in cui il pericolo è già esistente (come pericolo concreto o come cifra qualificante la condotta nel reato di pericolo astratto), ma corrisponde al piano in cui è *ancora* in predicato *che* la condotta possa produrre il pericolo: vi è tempo, cioè, per incidere sul comportamento del destinatario della norma penale e imprimere ad esso una *direzione* tale da scongiurare l'eventualità che il potenziale d'offesa *in quanto tale* insorga»³¹³.

³¹¹ In termini simili, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit. pp. 26 ss.

³¹² V. G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 689.

³¹³ C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., pp. 224 ss.

È evidente, però, che un prototipo di incriminazione simile ricorre alla sanzione esclusivamente per guidare le scelte d'azione dei consociati e il disvalore della fattispecie, sganciato dal pregiudizio attuale o potenziale del bene presidiato, si appunta esclusivamente sulla *condotta*, che viene *vincolata* per neutralizzare la prospettiva che diventi pericolosa.

In tale contesto pare centrato il richiamo al “*diritto penale dirigistico*”, in cui il disegno di protezione è attuato mediante la predisposizione di sanzioni punitive che condizionano il comportamento del destinatario, evitando *ex ante* che lo stesso possa divenire pericoloso³¹⁴.

Si pensi al caso in cui, in un'ottica precauzionale di contenimento del rischio, il legislatore subordini l'espletamento di una determinata attività al rilascio di un'autorizzazione amministrativa preceduta dal ricorrere di alcuni presupposti, sanzionando con la pena criminale lo svolgimento dell'attività in questione in assenza della preventiva autorizzazione. È ipotizzabile che taluno, pur presentando tutti i requisiti cui la legge subordina il rilascio del provvedimento permissivo, svolga l'attività in questione senza aver richiesto, e ottenuto, l'autorizzazione.

In ipotesi simili lo strumento penale non interviene per presidiare l'offesa di un bene, bensì per sanzionare la violazione di un obbligo. Ed infatti, l'interesse astrattamente in rilievo verrebbe egualmente preservato

³¹⁴ *Ibidem.*

tanto dal soggetto che agisce senza autorizzazione (ma che presenta i requisiti necessari per il suo ottenimento) quanto da colui che svolge attività munito del provvedimento permissivo.

Una situazione simile, lontana dai crismi del *diritto penale dell'offesa*, agevola l'evocazione del *diritto penale della disobbedienza*.

8. Principio di precauzione e diritto penale. Profili critici.

L'incriminazione del "rischio" da "ignoto tecnologico" di danni rispetto ai quali sono ancora incerti i meccanismi di produzione³¹⁵ comporta, dunque, la flessione di categorie e principi garantisti che contraddistinguono lo *ius terribile* da altri rami dell'ordinamento. L'offensività dell'illecito penale, l'accertamento del nesso causale e della colpa risultano fortemente compromessi dall'introduzione di reati fondati su basi epistemologiche ignote che, seguendo le tendenze alla "procedimentalizzazione" della sicurezza, pervengono ad una "procedimentalizzazione" della condotta tipica.

Le ragioni sottese al complesso rapporto tra diritto penale e sfide del diritto post-industriale sono di facile comprensione.

Su un primo fronte, le potenziali fonti di pericolo innescate dai progressi tecnologici non si rivolgono a beni giuridici di carattere

³¹⁵ V. L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 71 ss.

individuale ma, operando diffusivamente, sono astrattamente in grado di proiettare effetti offensivi a livello macrosociale³¹⁶. Da ciò discende il carattere sempre meno “tangibile” dei beni giuridici, *in primis* salute pubblica e sicurezza collettiva, che vengono posti al centro delle politiche di tutela. Questo primo aspetto consente un parallelismo tra le fattispecie incentrate sul principio di precauzione e i *reati di pericolo comune*; tuttavia, gli “*illeciti precauzionali*” si differenziano dai reati già noti al sistema penale, e qualificati anch’essi per la natura sovraindividuale dei beni presidiati, per il loro ulteriore aspetto caratterizzante³¹⁷.

Su un secondo fronte si colloca, infatti, la più volte menzionata incertezza scientifica che, aleggiando intorno a tutte le attività connesse al progresso tecnico-scientifico, palesa l’impossibile ricorso a fattispecie incriminatrici d’evento, incentrate sulla lesione o la messa in pericolo di beni giuridici meritevoli e fondate sull’accertamento del nesso causale alla stregua di leggi scientifiche di copertura.

Orbene, ancorché la tutela di *beni superindividuali* non crei *ex se* profili di tensione con il paradigma di illecito penale offensivo (dovendosi tenere conto dei beni giuridici di carattere *individuale* che attraverso la protezione dell’interesse collettivo ricevono, in via anticipata, una tutela

³¹⁶ Sul punto, cfr. A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, cit., p. 100.

³¹⁷ Sulla differenza tra prevenzione del “pericolo comune” e prevenzione dei “rischi” v. A. GARGANI, *op. ult. cit.*, pp. 134 ss.

finale)³¹⁸, nelle ipotesi di illecito penale “precauzionale”, si assiste ad un’“esasperata” anticipazione di tutela del bene finale per mezzo di una già eccessiva anticipazione di tutela del bene collettivo dovuta all’incriminazione di condotte di dubbia offensività.

Ad essere pregiudicato, in altri termini, non è il primo aspetto del principio di offensività, che impone la tutela di beni giuridici meritevoli, bensì il secondo, alla cui stregua l’intervento penale è subordinato ad un’effettiva offesa degli interessi in questione, suffragata da leggi scientifiche di copertura.

L’insussistenza dei presupposti di legittimazione del ricorso alla sanzione penale si apprezza altresì alla luce dei già richiamati³¹⁹ insegnamenti della Corte costituzionale, che, nell’affermare la duplicità di piani su cui opera il principio (costituzionale) di offensività, ha ricordato come il principio imponga al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto il contenuto lesivo o pericoloso dei beni oggetto di tutela penale e, pronunciandosi sulla conformità alla Carta fondamentale dei *reati di pericolo astratto*, ha subordinato la legittimità delle presunzioni di pericolosità su cui i reati in questione si reggono alla loro non

³¹⁸ Sul punto, v. *supra* cap. I, sez. I, § 6.

³¹⁹ V. *supra* cap. I, sez. I, § 9.

irrazionalità od arbitrarietà, ossia alla loro verificabilità sulla scorta dell'*id quod plerumque accidit*³²⁰.

Ebbene, entrambi gli assunti richiamati dalla Consulta (necessaria offensività in astratto dell'incriminazione e legittimità del ricorso a presunzioni solo se suffragate da “ciò che normalmente accade”) vengono sconfessati dalle incriminazioni fondate sul principio di precauzione. È lo stesso presupposto delle misure precauzionali, ossia la perplessità in ordine alla dannosità o innocuità dell'attività che “nel dubbio” si vuole limitare, a scontrarsi *ictu oculi* con il principio di offensività, che richiede, al contrario, la sussistenza di un “effettiva” dannosità o pericolosità del fatto tipico.

9. Sull'effettiva necessità del ricorso alla sanzione penale

La finalità rieducativa della pena e le esigenze di tutelare la libertà personale degli individui, sottese a quel principio che è stato definito “fondamento e limite della tutela penale”³²¹, sembrano, invero, accantonate dall'utilizzo del magistero punitivo penale per veicolare la condotta dei

³²⁰ V. Corte cost. (10 luglio) 11 luglio 1991, n. 333, in materia di reati di pericolo astratto, nonché Corte cost. (12 gennaio) 20 gennaio 1971 n.1 e Corte cost. (8 luglio) 27 luglio 1982, n. 139 in relazione al più generale utilizzo di presunzioni di pericolosità da parte del legislatore penale.

³²¹ V., sul punto, cap. I, sez. I, § 2.

consociati e scongiurare il verificarsi di conseguenze pregiudizievoli incerte.

L'uso del diritto penale quale strumento di controllo e di delimitazione di rischi, dando vita ad un vero e proprio *diritto penale del comportamento*, determina, infatti, uno stravolgimento della costruzione costituzionale dell'illecito e solleva l'imprescindibile quesito in ordine alla effettiva necessità del ricorso alla pena criminale in contesti di incertezza scientifica.

A ben vedere, il grandissimo successo della sanzione penale quale strumento per presidiare il bene "sicurezza" (nelle sue diversissime articolazioni) nella legislazione degli ultimi decenni si spiega alla luce di una considerazione tanto banale quanto dirimente: a fronte di bassissimi costi economici, la proliferazione di fattispecie incriminatrici "securitarie" si presta a grandissimi consensi politici e mediatici³²².

Da qui l'affermazione emblematica secondo cui «Non sappiamo *se il diritto penale produce più sicurezza* ma sappiamo che *la sicurezza produce più diritto penale*»³²³.

Eppure, com'è facile comprendere, la legittimazione dell'intervento criminale non può in alcun modo trovare fondamento in logiche

³²² D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit. pp. 80 ss.

³²³ *Ibidem*, p. 83.

populistiche. Occorre, dunque, verificare se le istanze di tutela da eventi potenzialmente catastrofici sottese al principio di precauzione possano trovare compiuta soddisfazione esclusivamente con lo strumento penale e se, di conseguenza, la riflessione dogmatica debba “arrendersi” al diritto penale della modernità.

Si potrebbe sostenere che i rischi innescati dal progresso non possano che essere affrontati con la sanzione criminale e che è la scienza penalistica a doversi adeguare al mutato scenario criminologico, forgiando paradigmi che siano in grado di fronteggiare nuove e più insidiose forme di aggressione³²⁴.

In questa direzione si colloca quella parte della dottrina che, consapevole dell'impossibile riconduzione delle fattispecie incentrate su logiche precauzionali nell'alveo dei *reati d'evento* (siano essi di danno o di pericolo)³²⁵, con particolare riferimento alla materia del danno da prodotto, auspica *de lege ferenda* l'introduzione di un moderno *illecito di rischio* che «possa fondere il *piano antropologico*, relativo alla *domanda di sicurezza*, e il *piano normativo*, orientato alla *prevenzione del rischio*»³²⁶.

³²⁴ In questi termini, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 621. Per una sintetica disamina del pensiero di Piergallini, v. anche E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, cit., pp. 57 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., pp. 266 ss.

³²⁵ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 631. L'A. rimarca, infatti, come tali reati non sarebbero in grado di svolgere alcuna funzione preventiva, limitandosi necessariamente a “reprimere” comportamenti che hanno già messo in circolazione il germe del danno.

³²⁶ *Ibidem*, p. 521.

Si tratterebbe, in particolare, di un nuovo modello di reato che, coesistendo con le fattispecie di danno e di pericolo, dovrebbe trovare applicazione ogni qualvolta la difficoltà nella ricostruzione della concatenazione causale degli eventi escluda la possibilità di pervenire ad un'imputazione "certa" o "altamente probabile".

La prospettiva da cui muove un'impostazione siffatta attiene al maggior grado di "vulnerabilità" delle potenziali vittime del rischio tecnologico rispetto ai potenziali rei. Da ciò discende la necessità di introdurre una nuova tipologia di illecito che assuma le forme di un *reato di comportamento*: si tratterebbe di un *reato d'obbligo a forma vincolata*³²⁷ che, lontano dalla dimensione di offensività tradizionalmente intesa, associ il disvalore del fatto tipico all'eventualità che la condotta descritta possa fungere da presupposto per un pregiudizio del bene tutelato.

La necessità di evitare la compromissione irreparabile della sicurezza dei consumatori giustificherebbe, in quest'ottica, il ricorso all'intervento penale e la previsione di un illecito dai caratteri innovativi, connotato sul piano strutturale da un elevato livello di tassatività e finalizzato all'individuazione per tempo del rischio, al controllo dello stesso ed alla sua limitazione.

³²⁷ C. PIERGALLINI, *op. cit.*, pp. 534 ss.

Nella prospettiva in commento, l'illecito di rischio non dovrebbe però assumere «sembianze etico-comportamentali», muovendosi, piuttosto, «sopra una piattaforma fattuale marcata da *signa facti* provvisti di un'elevata funzione descrittiva»³²⁸. È necessario, in particolare, che vi siano indici di gravità tale da lasciare trasparire la presenza di un rischio effettivo, laddove un intervento posticipato porrebbe il bene giuridico in rilievo in una situazione di sottoprotezione.

Sullo sfondo di un'impostazione simile vi è l'interesse a preservare la sicurezza ed il futuro delle nuove generazioni³²⁹, con conseguente funzione “*diacronica*” della pena che - tesa a collegare *passato, presente e futuro* - servirebbe a «inculcare nei consociati, in funzione di “*guida*”, l'idea regolativa della profilassi, allo scopo di scoraggiare comportamenti che si traducano in una “temeraria” o gravemente negligente gestione del rischio» ed a «*rinforzare e ri-confermare aspettative di comportamento* (l'osservanza delle norme poste a tutela della sicurezza dei consumatori)»³³⁰.

Pur consapevole dei costi sociali derivanti dal ricorso al diritto penale in situazioni di incertezza scientifica, l'orientamento dottrinale in

³²⁸ *Ibidem*, p. 632.

³²⁹ *Ibidem*, p. 520.

³³⁰ *Ibidem*, p. 635.

esame ritiene che l'intervento criminale sia comunque indispensabile, perché necessario ad assicurare tutela al bene (di rango costituzionale) della sicurezza dei consumatori. Rilevata la composizione "mista" dell'interesse protetto dagli *illeciti di rischio*, integrato da una fisionomia *reale* legata ai segnali di rischi che emergono dalla piattaforma fattuale e da una componente *virtuale* che esprime stati di insicurezza e di disorientamento della collettività, ritiene, infatti, che la possibile evenienza di punizioni inutili sarebbe «una "ferita" non suturabile, ma, in questo caso, socialmente e giuridicamente tollerabile», stante la significativa "cornice di rischio che alimenta le paure della collettività"³³¹.

Orbene, dell'opportunità di un impianto normativo che legittimi eventuali compromissioni della libertà personale dinanzi a situazioni che, seppure sorrette da elevati margini di gravità del rischio, permangono pur sempre in uno stato di incertezza è lecito dubitare³³².

Su un primo fronte, non si ritiene condivisibile l'orientamento culturale della pena in vista di finalità di progresso sociale collettivo e la «strumentalizzazione della minaccia punitiva a un orientamento *dinamico della società*»³³³; al contempo, non pare accettabile l'assunto secondo cui

³³¹ *Ibidem*, pp. 630 ss.

³³² Si è detto in tal senso che il diritto penale dovrebbe intervenire solo a fronte di una «avanzata fase di avveramento» di rischi simili. V. G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, cit., p. 689.

³³³ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 115.

l'illecito di rischio non possa essere adeguatamente assistito da sanzioni amministrative³³⁴.

Non può, infatti, farsi a meno di rilevare come gli interessi di grandissima importanza normalmente coinvolti dalle attività che innescano rischi nomologicamente ignoti potrebbe trovare altrettanta protezione mediante il ricorso a settori del diritto punitivo che non comportano una limitazione, attuale o potenziale, della libertà personale³³⁵.

Ben si comprende, allora, come la gran parte degli studiosi censuri i modelli di incriminazione fondati sul principio di precauzione e, enfatizzandone le contraddizioni con i principi cardine del diritto penale³³⁶, incoraggi, piuttosto, il ricorso a misure extrapenali.

La scelta dell'impianto punitivo da predisporre dinanzi ai *rischi della modernità* richiama, inevitabilmente, quei criteri rintracciabili nel tessuto costituzionale di cui si è detto³³⁷, che, commisurando la pena da infliggere

³³⁴ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 636. L'A. afferma che il rischio di cui si tratta «Possiede caratteristiche di serialità e di invasività dotate di un'elevata forza dinamica, sì da indurre, legittimamente, bisogni di pena che non possono certo essere bagatellizzati con il ricorso a sanzioni amministrative che, per quanto concerne la persona fisica (dalla cui responsabilità non sembra potersi prescindere, si risolverebbero nell'irrogazione di una sanzione pecuniaria. In questa orbita di tutela, occorre guardarsi dalla tendenza alla "monetizzazione": il ricorso alla sanzione detentiva (o paradetentiva) sembra, pertanto, inevitabile se si intende accordare alla tutela pretese di effettività».

³³⁵ Sull'idoneità a scalfire la libertà personale dei singoli individui quale prerogativa esclusiva delle sanzioni criminali, v. *supra* cap. I, sez. I, § I.

³³⁶ Si veda, tra gli altri, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., *passim*; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, *passim*; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia*, cit., *passim*.

³³⁷ V. *supra* cap. I, sez. I, § I.

al disvalore del fatto commesso, dovrebbero guidare le scelte di politica sanzionatoria.

Il riferimento è ai principi di *proporzione* e di *sussidiarietà* (o *ultima ratio*) dell'intervento penale, i quali, unitamente al principio di offensività, giustificano la carica afflittiva del reato soltanto in presenza di aggressioni di particolare gravità a quegli interessi che, in sé considerati, potrebbero trovare tutela anche attraverso strumenti extrapenali.

Ebbene, sulla scorta di quanto detto, la violazione di misure precauzionali dirette a scongiurare offese future ed incerte dovrebbe trovare quale naturale *sedes materiae* il diritto punitivo amministrativo. Né, tantomeno, la gravità dei potenziali pregiudizi innescati dalle attività umane dovrebbe indurre ad una rivisitazione delle categorie classiche del diritto penale, giacché l'espansione dell'area del penalmente rilevante in chiave di prevenzione di rischi assolutamente incerti, lungi dall'incrementare punizioni effettive, finisce unicamente per appesantire il sistema penale ed assumere una valenza meramente simbolica³³⁸.

A ben vedere, l'opzione per la sanzione amministrativa in luogo di quella penale in caso di violazione di misure ispirate al principio di

³³⁸ Sul punto, v., tra gli altri, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., pp. 79 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 114. L'A. rileva, tra l'altro, che criminalizzare un comportamento sulla base della non conoscenza della sua pericolosità sarebbe «una forma di caccia alle streghe e dovrebbe essere ritenuto in contrasto con il paradigma di ragionevolezza penalmente rilevante». Sul punto, v. *op. ult. cit.*, p. 121. V. altresì C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., pp. 346 ss.

precauzione, oltre ad essere suffragata dai criteri che dovrebbero guidare il *discrimen* tra illecito penale e illecito amministrativo, pare ulteriormente corroborata dai presupposti in cui si muovono le logiche precauzionali.

La costante evoluzione del progresso tecnico-scientifico, “fattore scatenante” dei rischi potenzialmente devastanti che giustificano il ricorso a misure precauzionali in contesti di incertezza scientifica, trasposta nel mondo del diritto, comporta un’elevatissima “incertezza giuridica” in ordine alle “condizioni minime di sicurezza collettiva”³³⁹. Ben si comprende, allora, l’affermazione alla cui stregua «la sanzione del mancato adeguamento a una dinamicità troppo fluttuante pare destinata a restare extrapenale»³⁴⁰.

Tali considerazioni non risultano, peraltro, sconfessate dalle forme di tutela imposte a livello sovranazionale, nonostante la matrice europea delle discipline che apprestano sanzioni penali dinanzi alla violazione di misure precauzionali possa, *prima facie*, condurre a riflessioni radicalmente opposte.

³³⁹ In termini simili, v. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 116. Secondo l’Autore, il progresso tecnologico rende mutevoli per la collettività le condizioni minime di sicurezza, di modo che il ricorso allo strumento penale per il mantenimento delle stesse avrebbe quale conseguenza la promozione di incertezza giuridica, con conseguenti «giustificati timori verso una deriva di massima espansione degli strumenti punitivi (non necessariamente penali, tuttavia), autorizzata da un paradigma legislativo che imponga – come accade oggi nel diritto della prevenzione di fonte comunitaria – la “riduzione al minimo”, o la *minimizzazione del rischio*, così sancendo la necessaria dinamicità dei precetti (o delle norme extrapenali che li concretizzano) e la loro continua evoluzione».

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 117.

Ed infatti, nell'esaminare il rapporto tra diritto penale e diritto dell'Unione ispirato al principio *de quo* occorre tenere presenti due aspetti.

Da un lato, come visto, le norme europee volte alla tutela della salute e della sicurezza (intesa in senso ampio, nelle sue molteplici declinazioni) in settori diversi rispetto alla materia ambientale si limitano ad imporre agli Stati membri l'adozione di misure ispirate al principio di precauzione, rimettendo ai legislatori nazionali la predisposizione degli strumenti sanzionatori ritenuti più adeguati³⁴¹. Dall'altro lato, gli stessi principi enucleati dalla Commissione nella Comunicazione del 2000 quali linee guida per una corretta gestione dei rischi³⁴² potrebbero condurre verso scelte di tutela extrapenale.

Così, a titolo esemplificativo, *l'esame dell'evoluzione scientifica* richiesto nell'ambito della corretta gestione dei rischi, implicando l'obbligo di modificare o (persino) eliminare le misure adottate nel caso in cui dovessero sopravvenire nuovi dati, conferma quella dinamicità delle logiche precauzionali che mal si concilia con la certezza del diritto che dovrebbe connotare la materia penale. È proprio il carattere

³⁴¹ V. *supra* cap. III, sez. I, § 5.

³⁴² Cfr. *supra* cap. III, sez. I, § 5.

tendenzialmente “transitorio” e “provvisorio” della precauzione³⁴³ ad incoraggiare, dunque, il ricorso a misure extrapenali.

Quanto detto implica una riflessione che presenta alcune peculiarità rispetto alle considerazioni precedentemente svolte in merito al rapporto tra rispetto del principio di offensività e diritto europeo³⁴⁴.

L'ingresso del principio di precauzione nelle politiche europee e, di conseguenza, nell'ordinamento interno ha comportato l'espansione dell'area del penalmente rilevante nei diversi settori in cui domina la “proteiforme figura della sicurezza”³⁴⁵.

Così, i profili di tensione della legislazione penale contemporanea con il paradigma costituzionale di “diritto penale dell'offesa”, già emersi in relazione alla più recente normativa antiterrorismo³⁴⁶, si ripropongono allorquando si faccia ricorso alla pena criminale quale mezzo per fronteggiare “l'incerto”. In entrambi i casi si assiste ad una notevole anticipazione della soglia del penalmente rilevante mossa da istanze securitarie e spesso sollecitata da richieste di tutela (ancorché non esclusivamente penale) promosse in sede europea.

³⁴³ In tal senso, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 27.

³⁴⁴ V. *supra* cap. II, sez. II.

³⁴⁵ Sul punto, cfr. D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., pp. 157 ss.

³⁴⁶ V. *supra* cap. II, sez. II, §§ 3 ss.

Eppure, nella materia esaminata in questa sede, l'incidenza delle politiche europee nel suffragare il depotenziamento del principio di offensività quale *filtro qualitativo dell'illiceità penale*³⁴⁷ deve essere ridimensionata, giacché in tale contesto, diversamente da quanto riscontrato nella disciplina diretta al contrasto al terrorismo, la richiesta europea di adozione di misure precauzionali non è necessariamente sorretta dalla previsione di obblighi di penalizzazione.

Tale assunto implica la necessità di muovere un “addebito” di maggiore responsabilità alle politiche nazionali di riferimento in ordine alla progressiva trasfigurazione dell'illecito penale e alla graduale erosione dei principi che legittimano la sanzione criminale, atteso che, nella gran parte dei casi, il diritto europeo nelle materie qui oggetto di attenzione, pur sollecitando forme di tutela anticipata, non sembra ostare all'intervento del diritto punitivo amministrativo.

³⁴⁷ Sul punto v. *supra* cap. I, sez. I, § 2.

Considerazioni conclusive

L'esame dei principi che alla luce della Carta fondamentale legittimano l'intervento del legislatore penale, con particolare riguardo al *principio di offensività*, e la verifica circa l'influenza esercitata dalle fonti internazionali e sovranazionali sulle odierne determinazioni legislative consentono di formulare alcune riflessioni in ordine alle attuali scelte di politica criminale.

Si è visto come il principio che subordina il ricorso al magistero punitivo alla presenza di un'offesa, ancorché potenziale, a beni giuridici meritevoli di tutela penale rechi con sé, quali naturali corollari, il ripudio di un *diritto penale della disobbedienza*, imperniato sulla mera inosservanza di disposizioni legislative, e di un *diritto penale d'autore*, che dia rilievo nell'individuazione del *discrimen* tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è a qualità personali o che ricollegli alle condizioni soggettive del reo aggravamenti sul piano sanzionatorio.

Tali considerazioni, dapprima elaborate dalla più avveduta dottrina, hanno successivamente ricevuto l'avallo della giurisprudenza costituzionale la quale, seppure restia a declaratorie di incostituzionalità fondate esclusivamente sulle logiche dell'offensività, all'esito di un graduale percorso di riconoscimento del principio, ne ha delineato uno

statuto che dovrebbe orientare il legislatore nelle scelte che investono l'*an* ed il *quantum* della punibilità.

Su un primo fronte, la Consulta ha declinato i due piani del principio, ove l'offensività *in astratto* vincola il legislatore all'incriminazione di soli fatti offensivi di beni meritevoli di tutela penale ed *in concreto* impone al giudice di subordinare l'inflizione della pena ad una verifica circa l'effettiva presenza di una lesione o di un'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato. Pronunciandosi in ordine all'utilizzo di presunzioni nei *reati di pericolo astratto*, ha poi subordinato il legittimo ricorso a tecniche legislative simili alla possibilità di formulare un giudizio di pericolosità della condotta incriminata fondato su una comune regola di esperienza, ossia sull'*id quod plerumque accidit*.

Inserendo un ulteriore "tassello" nel mosaico dell'offensività, la Corte costituzionale ha da ultimo rilevato il contrasto con il principio ogni qualvolta un istituto appresti trattamenti penali più severi fondati non già sul disvalore del fatto commesso bensì su qualità personali del reo.

Ebbene, gli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività tracciano un sentiero che, incrociando le "strade" dei *principi di materialità e di personalità della responsabilità penale*, dovrebbe condurre a scelte di politica criminale che possano garantire il finalismo rieducativo della pena e la libertà personale dell'individuo.

Un esame di alcuni recenti interventi legislativi mostra, per contro, uno scenario sensibilmente differente, ove istanze di “tranquillizzazione” dell’opinione pubblica sembrano avere il sopravvento sulla cauta ponderazione di interessi che dovrebbe sorreggere l’intero settore penale.

Si pensi, così, alla disciplina “tutta interna” in materia di particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131-*bis* c.p. che, introdotta dal d.lgs. n. 28/2015 al fine di assicurare una gradualità tra risposta sanzionatoria e disvalore del fatto commesso, mostra profili di tensione proprio con quei principi di offensività, proporzionalità ed *ultima ratio* alla cui attuazione era preordinata. Così, l’utilizzo di presunzioni assolute che non sembrano sorrette dall’*id quod plerumque accidit* e di preclusioni automatiche che attribuiscono preminenza alla pericolosità del reo piuttosto che all’offensività del fatto commesso mal si concilia con i richiamati dettami della Corte costituzionale in ordine all’operatività del principio di offensività ed agevola il richiamo a malaugurate espressioni di *diritto penale d’autore*.

I profili di criticità sollevati dalla disciplina *de quo*, la cui introduzione lambisce le aree di interesse del principio di offensività, anticipano le questioni relative alle più recenti tendenze legislative ad anteporre istanze di rassicurazione sociale alla piena attuazione dei principi che permeano la materia penale.

Sulla scorta di tali premesse, si è cercato di vagliare l'attuale "tenuta" del *volto costituzionale dell'illecito penale* di fronte alle sfide poste dalla società moderna.

La necessità di fronteggiare fenomeni allarmanti e potenzialmente distruttivi, da un lato, la complessità del sistema normativo discendente dall'adesione a Trattati internazionali e dall'appartenenza ad ordinamenti sovranazionali, dall'altro, rappresentano fattori espansivi dell'area del penalmente rilevante e sollevano questioni inedite che si affiancano e si intrecciano ai "tradizionali" profili di interesse in ordine al rispetto del principio di offensività da parte della legislazione penale vigente.

Così le sollecitazioni delle fonti sovranazionali alla predisposizione di adeguati strumenti di tutela di interessi ritenuti di estremo rilievo hanno spesso "aperto le porte" a fattispecie criminose che si discostano dal paradigma costituzionale dell'offensività.

Volgendo lo sguardo fuori dai confini nazionali e limitando l'attenzione a valutazioni meramente teoriche, si è tentato di individuare un fondamento del principio *de quo* a livello europeo, sì da scongiurare possibili profili di contrasto tra fattispecie incriminatrici nazionali e le logiche dell'offensività giustificate dalla necessità di dare attuazione ad obblighi sovranazionali.

In un primo momento, ci si è soffermati sulle competenze penali dell'Unione europea individuate dall'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e sui possibili riflessi dell'esercizio di una competenza siffatta sul rispetto dei due contenuti tipici (tutela di beni giuridici meritevoli, da un lato, e offesa di quest'ultimi da parte delle condotte incriminate, dall'altro) del *nullum crimen sine iniuria*.

Si è visto, così, che l'esercizio della cosiddetta competenza penale europea *autonoma* di cui al paragrafo 1 dell'art. 83 TFUE, riguardando gravi sfere di criminalità internazionale, non può arrecare alcun pregiudizio in relazione al primo aspetto del principio di offensività laddove, per contro, le scelte di politica criminale di matrice europea in tale settore potrebbero incidere sul secondo contenuto del principio, obbligando gli Stati membri all'incriminazione di fatti che non espongono neppure a pericolo il bene (di sicuro meritevole) in rilievo.

Problemi maggiori solleva, invero, la cosiddetta competenza penale europea *accessoria* di cui al paragrafo 2 dell'art. 83 TFUE che, legittimando l'adozione di direttive penali nei settori già oggetto di politiche di armonizzazione europea ove ciò si riveli indispensabile per l'efficace attuazione delle stesse, potrebbe giustificare obblighi di incriminazione a tutela di interessi dell'Unione europea che non siano considerati meritevoli di tutela penale sulla scorta dell'ordinamento

nazionale, con conseguente compromissione “a monte” del primo contenuto dell’offensività.

Tali preoccupazioni potrebbero essere fugate ove si ritenesse che la politica criminale europea sia improntata alle stesse logiche che nel nostro ordinamento fondano (o dovrebbero fondare) il magistero punitivo penale.

Ed invero, i valori di libertà e dignità tutelati dall’art. 2 TUE e dagli artt. 1 e 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, da un lato, i richiami all’ “azione” o “omissione” costituente reato di cui al primo comma dell’art. 49 della Carta di Nizza (con conseguente richiamo al “diritto penale del fatto”), dall’altro, uniti al principio di proporzionalità tra il fatto commesso e la sanzione comminata di cui al comma terzo della disposizione da ultimo richiamata, apprestano un addentellato normativo in grado di fondare lo statuto europeo dell’offensività.

Eppure, la proclamazione in seno alla Comunicazione della Commissione europea del 2011 dell’interesse a «rafforzare la fiducia dei cittadini nel fatto che essi vivono in un’Europa di libertà, sicurezza e giustizia, che il diritto dell’Unione a tutela dei loro interessi è integralmente applicato e rispettato» quale generale obiettivo della politica penale dell’Unione europea potrebbe profilare scenari differenti rispetto alle logiche del reato offensivo e paventare un possibile impiego del diritto penale europeo in funzione promozionale.

Le riflessioni così maturate, scevre da valutazioni concrete, sono state, poi, seguite dall'esame di alcune fattispecie incriminatrici la cui introduzione nel nostro ordinamento si giustifica in un'ottica di attuazione degli obblighi posti a livello internazionale e sovranazionale.

Il riferimento è alle più recenti incriminazioni dirette al contrasto del terrorismo internazionale ed alle disposizioni ispirate a logiche precauzionali che, poste a presidio del proteiforme bene "sicurezza", sono accomunate dall'essere espressione di un moderno "diritto penale del sospetto": sospetto nei confronti di un potenziale nemico, da un lato, sospetto nei confronti di incerti pregiudizi connessi al progresso umano, dall'altro.

Così, le ipotesi di reato introdotte da ultimo in materia di contrasto al terrorismo internazionale, sorrette dall'intento di assicurare l'adeguamento del nostro sistema giuridico all'ordinamento europeo e ad agli impegni assunti in sede internazionale, inserendosi in un tessuto normativo in origine diretto a fronteggiare fenomeni terroristici "interni" e già connotato da una notevole anticipazione di tutela, si caratterizzano per un ulteriore arretramento della soglia di rilevanza penale e per la punizione di comportamenti prodromici ad atti terroristici.

Richiamando le più note questioni connesse all'offensività dei *reati a dolo specifico e a condotta neutra*, si assiste ad illeciti che incentrano

l'intero disvalore delle fattispecie sulla finalità di terrorismo che sorregge la condotta (preparatoria) dell'agente.

Una disciplina simile palesa in maniera emblematica come l'esercizio della competenza penale in sede europea (in casi simili, *ex art. 83, par. 1, TFUE*) possa incidere sul rispetto del *nullum crimen sine inuria* da parte della legislazione interna, atteso che, nei casi esaminati, l'arretramento della soglia di rilevanza penale a fatti di per sé inoffensivi - che pure non rappresenta un elemento di novità nel sistema penale interno - è senz'altro suffragata da centri decisionali esterni.

Ciò che emerge è, allora, il rischio che si consolidino tendenze legislative, avallate in sede internazionale ed europea, dirette a fronteggiare fenomeni insidiosissimi, che creano un elevato e (probabilmente) giustificato allarme sociale, mediante lo stravolgimento dei presupposti che legittimano l'intervento della pena criminale, ove - nel solco di un diritto penale non più del *fatto* ma dell'*intento* - ad essere incriminato è qualunque comportamento possa in futuro sfociare in condotte offensive.

Su un fronte parzialmente diverso si colloca il secondo settore di disciplina di matrice europea ed internazionale oggetto di attenzione.

Come visto, la legislazione animata da logiche precauzionali si fonda sulle richieste sollevate in ambito europeo dirette a preservare, in senso

ampio, il bene “sicurezza” da rischi che, seppure ignoti alla comunità scientifica, potrebbero assumere portata devastante.

Imperniate sulla violazione di obblighi procedurali e guidate da logiche “dubitative”, diametralmente opposte rispetto agli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale sul “ciò che normalmente accade” quale criterio giustificativo delle presunzioni di pericolosità, incriminazioni simili profilano questioni inedite e si atteggiavano ad *illeciti di mera disobbedienza*.

Ed invero, l’esame di alcune fattispecie ispirate a logiche precauzionali, con particolare riferimento alla materia degli organismi geneticamente modificati, prospetta nuovi e proficui spunti di riflessione in ordine al rapporto tra diritto penale europeo ed arretramento della soglia di punibilità.

Ancorché la provenienza europea della disciplina la cui violazione integra reato consenta di rinvenire nella materia *de quo* un’ulteriore espressione della “forza espansiva” esercitata dal diritto sovranazionale in ambito penale, come visto, incriminazioni siffatte rappresentano il frutto di scelte di politica criminale prettamente nazionali.

In altri termini, l’opzione per la sanzione criminale in luogo di strumenti punitivi connotati da una carica afflittiva inferiore - che invero avrebbero potuto garantire altrettanta (se non più adeguata) tutela agli interessi in rilievo - è stata (stavolta) esercitata dal legislatore nazionale

che, dinanzi ad obblighi di apprestare “adeguata tutela” formulati in sede europea, ha preferito fare ricorso alla minaccia più grave in spregio dei presupposti di legittimazione del magistero punitivo penale.

A soccombere è (ancora una volta) il principio di offensività, giacché, quasi in un’ottica di assicurazione sociale, si assiste all’incriminazione di fatti di per sé inoffensivi.

Le ragioni sottese ad una scelta simile si spiegano alla luce delle odierne tendenze di politica legislativa, ove il riferimento al bene “sicurezza”, strumentale alla tutela dei più svariati interessi, finisce per legittimare arretramenti di tutela che, seppure ai limiti dell’illiberalità, riscuotono larghissimi consensi sociali.

In quest’ottica, la scelta della natura della sanzione da comminare risulta correlata – non già al disvalore del fatto commesso bensì – alla percezione della pericolosità di un fenomeno nella collettività di riferimento, sicché anche i più ardui tentativi di recupero dell’offensività delle incriminazioni sul piano ermeneutico si rivelano vani.

La proliferazione di norme penali ispirate a logiche di “tranquillizzazione sociale”, erodendo progressivamente il *volto costituzionale dell’illecito penale*, reca con sé il rischio di uno vero e proprio stravolgimento del diritto penale, ove il continuo sviluppo del progresso umano potrebbe dar luogo a nuovi e “temibili” fenomeni da

scongiurare ed al progressivo “consolidamento” dello statuto *incostituzionale* dell’illecito penale *inoffensivo*.

L’intero sistema punitivo si ritrova, invero, dinanzi ad un bivio: da un lato il percorso inaugurato dalla legislazione “securitaria” degli ultimi decenni che, legittimando incriminazioni di *intenti* e di *incertezze*, sottrarrebbe fenomeni (effettivamente o potenzialmente) “allarmanti” dal presidio dell’offensività; dall’altro la strada delle riforme che, sorretta dalla combinazione sinergica tra *principio di offensività* e criteri di *proporzionalità* e *sussidiarietà*, restituirebbe alla pena criminale la funzione rieducativa che le è propria.

La seconda, più auspicabile, via sarebbe forse più facilmente percorribile ove la straordinaria portata operativa del principio di offensività, i cui valori fondanti si rinvengono *in nuce* nell’ordinamento europeo, trovasse pieno riconoscimento e consolidamento in ambito sovranazionale.

Guardando il diritto europeo da una prospettiva differente, e valorizzando non già la “forza espansiva del penalmente rilevante” bensì il vigore dei suoi valori garantisti, esso potrebbe fungere da “argine” al flusso di nuove incriminazioni.

Così, nel quadro delle competenze dell’Unione, potrebbero ipotizzarsi politiche che, tenendo conto della rilevanza degli interessi da

tutelare e del disvalore dei fatti da contrastare, individuino espressamente i settori del diritto punitivo ritenuti di volta in volta più “adeguati” muovendosi all’interno dei dettami dell’offensività.

Si pensi, nuovamente, alle ipotesi di reato ascrivibili al principio di precauzione e introdotte nel nostro ordinamento in attuazione di obblighi (non strettamente penali) sovranazionali. In tale contesto, l’espressa indicazione in sede europea di adeguati strumenti di tutela “non penale”, in linea con il paradigma dell’offensività, oltre a garantire una maggiore armonizzazione tra le normative degli Stati membri, avrebbe assicurato quel costante adeguamento delle attuali conoscenze scientifiche alle misure di “gestione del rischio” auspicato dalle stessa Commissione europea nelle linee guida delineate in materia di precauzione nel 2000.

Più in generale, un’implementazione delle logiche dell’offesa al di là dei confini nazionali potrebbe scoraggiare la futura previsione di obblighi di incriminazione che, nel solco delle anticipazioni di tutela delineato dalle recenti previsioni finalizzate al contrasto del terrorismo internazionale, si pongano ai limiti dell’illiberalità ed irrobustire, altresì, le fondamenta del principio in ambito domestico.

Occorre, invece, fuggire dall’assunto secondo cui i principi e le tradizionali categorie dello *ius terribile* andrebbero rivisti alla stregua delle sollecitazioni contemporanee: l’obliterazione delle istanze di garanzia e

libertà sottese all'intero sistema penale condurrebbe ad una preoccupante ed incontrollabile involuzione dello stesso.

Il tumultuoso incontro tra culture e l'inarrestabile progresso scientifico mostrano tutte le criticità che un sistema multilivello incontra nel far fronte alle difficili ed inedite sfide della modernità, dinanzi alle quali, senza cedere ad un non auspicabile ripensamento delle garanzie fondamentali, resta salda l'esigenza di salvaguardare il patrimonio costituzionale in materia penale.

Indice bibliografico

AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentali e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008.

AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010.

F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

F. ANGIONI, *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 58 ss.

F. ANGIONI, *Il principio di offensività*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 113 ss.

F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.

G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, 2009.

G. AZZALI, *Osservazioni sui reati di pericolo*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1335 ss.

A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, 1990.

- R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008.
- R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 6, pp. 666 ss.
- R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2017.
- U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. Main, 1986, trad. It *La società del rischio*, Roma, 2000.
- A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea. Problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 ottobre 2011.
- M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, Milano, 2009.
- K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916.
- F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 8 ss.
- L. BUTTI, *Principio di precauzione, codice dell'ambiente e giurisprudenza delle corti comunitarie e della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, pp. 809 ss.
- D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012.
- D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legato alla sicurezza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 luglio 2011.

M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e proceso penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1415 ss.

M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, pp. 43 ss.

M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.

A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2015, p. 8.

F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

C. CESARI, *Art. 27 - Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*, in *Il processo minorile*, a cura di G. GIOSTRA, 3^a ed., Milano, 2009, pp. 294 ss.

A. CISTERNA, *A rischio di legittimità aver messo alla porta alcune ipotesi di reato*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, pp. 68 ss.

G. COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, pp. 167 ss.

S. COLAIOCCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, pp. 1 ss.

F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Milano, 2013.

V. S. CORBETTA, *Sicurezza alimentare e “rischio da ignoto tecnologico”*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. III, Milano, 2006, pp. 2257 ss.

E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013.

C. CUPELLI, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 novembre 2015.

F. D’ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.

G. A. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 2 della legge 6 febbraio 1980 n. 15*, in *Legisl. Pen.*, 1981, pp. 43 ss.

G. DE FRANCESCO, *I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 677 ss.

G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, Milano, 1985.

G. DE FRANCESCO, *Programma di tutela e ruolo dell’intervento penale*, Torino, 2004.

G. A. DE FRANCESCO, *Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale ed i suoi confini nella temperie della postmodernità*, in *Regole dell’agricoltura. Regole del cibo. Produzione agricola, sicurezza alimentare e tutela del*

consumatore (Atti del convegno Pisa, 7-8 luglio 2005), a cura di Goldoni, Sirsi, Pisa, 2005, pp. 125 ss.

G. DE FRANCESCO, *Interpersonalità dell'illecito penale: un "cuore antico" per le moderne prospettive di tutela*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 854.

G. P. DEMURO, *"Ultima ratio": alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 72 ss.

G. DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 285 ss.

G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988.

G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 385 ss.

G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. de Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, pp. 1 ss.

G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2012.

G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 670 ss.

C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010.

G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 2091 ss.

M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.

M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale», prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e sussidiarietà*, in *Critica dir.*, 1998, pp. 95 ss.

M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, pp. 230 ss.

M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale*, in *Foro it.*, 2001, pp. 29 ss.

M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Offensività e colpevolezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, pp. 109 ss.

M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 ss.

M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, pp. 4 ss.

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, pp. 45 ss.

F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 937 ss.

J. FEINBERG, *The moral limits of criminal Law*, Oxford, 1984-1988.

G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale, Studi in memoria di G. Bellavista*, Palermo, 1977, pp. 173 ss.

G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 42 ss.

G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 4 ss.

G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo del bene giuridico tra elaborazione giurisprudenziale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991.

G. FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, pp. 165 ss.

G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 1 ss.

G. FIANDACA – G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003.

G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014.

C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 277 ss.

C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, pp. 275 ss.

C. FIORE, *Il principio di offensività*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 61 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, Napoli, 2006, pp. 91 ss.

A. FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 192 ss.

A. FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 770 ss.

G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 559 ss.

L. FOFFANI, *Responsabilità per il prodotto e diritto comunitario: verso un nuovo diritto penale del rischio? Note comparatistiche sugli ordinamenti italiano e spagnolo*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica: sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini, D. Castronovo, Padova, 2007, pp. 145 ss.

G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, pp. 155 ss.

G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 597 ss.

P. GAETA, A. MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità “per particolare tenuità del fatto”*, in *Cass. Pen.*, 2015, pp. 2595 ss.

M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1965, pp. 750 ss.

M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 8 ss.

A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano, 2008, vol. IX, tomo I.

A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano, 2013, vol. IX, tomo II.

F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, pp. 227 ss.

G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 689 ss.

C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 5, pp. 516 ss.

A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2016.

H. A. L. HART, *Diritto morale e libertà*, trad. it., con introduzione a cura di G. Gavazzi, Acireale, 1968.

R. M. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Manneheim-Berlin-Leipzig, 1919.

G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 1325 ss.

G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 895 ss.

H. JAGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1999.

L. LANUCARA, *Nuovi principi e vecchie questioni. Le principali fattispecie penali previste nel Testo unico ambientale, recentemente modificato, e principio di offensività*, in *Riv. pen.*, 2011.

S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori*, Padova, 2005.

S. LARIZZA, *Le “nuove” risposte istituzionali alla criminalità minorile*, in *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. Palermo Fabris – A. Presutti, 2^a ed., Milano, 2011, pp. 250 ss.

G. LEO, *Nuove norme in materia di contrasto al terrorismo*, *Voce per il “Libro dell’anno del diritto Treccani 2016”*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 dicembre 2015

S. MANACORDA, *“Dovere di punire”?* *Gli obblighi di tutela penale nell’era dell’internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1364 ss.

- V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.
- V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 739 ss.
- V. MANES, *La pervicace resistenza dei reati di sospetto*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 2539 ss.
- V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, pp. 99 ss.
- F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, pp. 444 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*, Milano, 1996, pp. 91 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009.
- L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004.
- G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della l. 43/2015: un esempio di “diritto penale del nemico”?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1388 ss.
- G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Scritti in memoria di Delitala*, vol. II, Milano, 1984, pp. 786 ss.

G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1 ss.

G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Milano, 2015.

R. MARTINI, *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, pp. 579 ss.

V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013.

A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2011.

M. N. MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1772 ss.

A. M. MAUGERI, *Il principio di proporzione nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, pp. 67 ss.

N. MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» del reato e la struttura dell'illecito penale*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura

di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, 4^a ed., Torino, 2012, pp. 88 ss.

V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it., Milano, 2014.

A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2016, pp. 19 ss.

F. MORALES PRATS, *L'offensività nel diritto penale spagnolo*, in *Offensività e colpevolezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, pp. 85 ss.

E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 55 ss.

G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965.

G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. Pen.*, XII, Torino, 1996, 260 ss.

P. NUVOLONE, *Limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.

T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1982, pp. 3 ss.

T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 225 ss.

T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, pp. 20 ss.

A. PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1599 ss.

F. C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 453 ss.

F. C. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 73 ss.

F. PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione Bicamerale – Diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, pp. 37 ss.

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

F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1693 ss.

C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione deireati bagatellari*, Padova, 1985.

G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in G. de Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, pp. 59 ss.

G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile*, Torino, 2012.

G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1724 ss.

C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009.

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

C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale (Atti del convegno)*, Milano, 1979, pp. 32 ss.

M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.

M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Gli speciali Quest. Giust.*, settembre 2016, pp. 99 ss.

C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

F. PICCICHÈ, *Il principio di offensività alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. pen.*, 2010, pp. 352 ss.

C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

P. POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in www.archiviopenale.it, 2015, n. 2.

D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 484 ss.

D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, pp. 131 ss.

D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 547 ss.

D. PULITANÒ, voce *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, pp. 665 ss.

D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017, pp. 3 ss.

S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 217 ss.

L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di M. Romano*, I, Napoli, 2011 pp. 525 ss.

M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, 3^a ed., Milano, 2004, pp. 305 ss.

C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1743 ss.

C. SANTORIELLO, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in www.archiviopenale.it, pp. 2 ss.

F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

- E. SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *FS-K.English zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M., 1969.
- R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, pp. 3 ss.
- R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2569 ss.
- C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- G. STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, pp. 1 ss.
- F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i cd. fatti offensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 ss.
- F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 3^a ed., 2003.
- L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 71 ss.
- C. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010.

L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 ottobre 2013.

E. TURCO, *I prodromi della riforma*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino, 2014, pp. 221 ss.

G. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, pp. 133 ss.

G. M. VAGLIASINDI, *Legittimità ed effettività della normativa penale in materia di organismi geneticamente modificati (OGM)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, n. 1-2, pp. 239 ss.

A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, 4^a ed., Torino, 2012.

A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in AA.VV., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R.E. Kostoris e F. Viganò, Torino, 2015.

G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, p. 662.

F. VIGANÒ, *Riflessioni in tema di terrorismo internazionale e diritto penale*, in *Corr. Mer.*, 2005, pp. 427 ss.

F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.

F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008, pp. 81 ss.

S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 2081.

R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2015.

G. ZUCCALÀ, *Profili del delitto di attentato*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1979, pp. 1531 ss.

G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di offensività*, in *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. III, Milano, 1984, pp. 1689 ss.

G. ZUCCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, pp. 791 ss.

INDICE-SOMMARIO

<i>Premessa</i>	1
-----------------	---

CAPITOLO I IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ NELLO STATUTO COSTITUZIONALE DELL'ILLECITO PENALE

SEZIONE I. *Il principio di offensività nella formulazione e nell'interpretazione della fattispecie penale*

1. Sistema sanzionatorio e volto costituzionale dell'illecito penale	4
2. Significato e fondamento normativo del principio di offensività	12
3. <i>Segue</i> : il (presunto) fondamento nell'art. 49, comma 2, c.p. e la <i>concezione realistica del reato</i>	18
4. Le teorie del bene giuridico. Una sintesi storica	20
5. <i>Segue</i> : il bene giuridico alla luce del sistema delineato dalla Costituzione	25
6. <i>Segue</i> : la "crisi" del bene giuridico nel sistema normativo vigente	31
7. Principio di offensività e tecniche di strutturazione della fattispecie penale	36
8. <i>Segue</i> : formulazione della fattispecie penale e profili di "tensione" con il principio di offensività: tra "vecchie" e "nuove" questioni	42
9. Il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale	46
10. <i>Segue</i> : offensività e trattamento sanzionatorio nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale	57

SEZIONE II. *I tentativi di codificazione del principio di offensività e la recente disciplina dei fatti di particolare tenuità*

1. I "falliti" tentativi di codificazione del principio	62
2. L'introduzione dell'art. 131- <i>bis</i> c.p.: la non punibilità per particolare tenuità	

del fatto	67
3. <i>Segue</i> : i presupposti di applicazione dell'istituto: dalla legge delega alla definitiva formulazione dell'art. 131- <i>bis</i> c.p	72
4. <i>Segue</i> : le possibili incongruenze della disciplina introdotta dal legislatore delegato	76

CAPITOLO II

II PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E GLI *INPUT* INTERNAZIONALI E SOVRANAZIONALI LA CONTROVERSA DISCIPLINA IN MATERIA DI TERRORISMO

SEZIONE I. *Cenni di diritto comparato*

1. Cenni sulla cultura dell'offensività nei Paesi continentali	87
2. Sistemi anglo-americani e "principio del danno"	90
3. Considerazioni sull'opportunità dell'abbandono della "nostra" categoria di legittimazione dell'intervento penale	95

SEZIONE II. *Principio di offensività e diritto sovranazionale*

1. Questioni inerenti al principio di offensività: diritto sovranazionale e <i>obblighi di incriminazione</i>	98
2. Sulla possibile sussistenza del principio di offensività in ambito europeo	105
3. Anticipazione della tutela penale e diritto sovranazionale nella recente legislazione antiterrorismo	115
4. <i>Segue</i> : l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale	125
5. <i>Segue</i> : addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale	131
6. <i>Segue</i> : organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo	137
7. <i>Segue</i> : detenzione abusiva di precursori di esplosivi e omissioni in materia di precursori abusivi	139
8. <i>Segue</i> : considerazioni conclusive	142

CAPITOLO III
IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ
TRA ISTANZE SECURITARIE E LOGICHE PRECAUZIONALI

SEZIONE I. I rischi della modernità e il principio di precauzione

1. Diritto penale e sicurezza nella società moderna. Un'introduzione	147
2. I "rischi" della modernità	150
3. Il principio di precauzione	153
4. <i>Segue</i> : il principio di precauzione nel diritto internazionale	155
5. <i>Segue</i> : il principio di precauzione nell'ordinamento europeo	157

SEZIONE II. Logiche precauzionali e illecito penale offensivo: un difficile connubio

1. Il principio di precauzione nel diritto interno	163
2. La normativa sugli Organismi Geneticamente Modificati (OGM). Una premessa	165
3. <i>Segue</i> : le incriminazioni in materia di impiego confinato di MOGM	170
4. <i>Segue</i> : le sanzioni penali in materia di emissione deliberata nell'ambiente ed immissione in commercio di OGM	173
5. <i>Segue</i> : la disciplina sanzionatoria in materia di alimenti e mangimi geneticamente modificati	177
6. <i>Segue</i> : uno sguardo d'insieme	179
7. Pericolo vs. rischio. Prevenzione vs. precauzione	184
8. Principio di precauzione e diritto penale. Profili critici	190
9. Sull'effettiva necessità del ricorso alla sanzione penale	193
 <i>Riflessioni conclusive</i>	 205
<i>Indice bibliografico</i>	218
<i>Indice-sommario</i>	237