

LEGGI PENALI TRA REGOLE E PRASSI

Collana diretta da Adolfo Scalfati e Mariavaleria del Tufo

Marco Naddeo

PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E CHIAVI DI LETTURA



G. Giappichelli Editore – Torino

PREFAZIONE

Reinterpretare l'offensività. O, parafrasando il titolo di un'opera miliare del pensiero penalistico, il *Lebendiges und Totes* nell'attualità. Questa, in estrema sintesi, la chiave di lettura dell'interessante monografia di Marco Naddeo.

Il diritto penale postmoderno è una realtà magmatica, le cui radici affondano nella crisi concettuale e funzionale che i principi fondanti vivono con il progressivo scollamento dalla politica criminale. Da tale condivisibile constatazione prende le mosse il lavoro di Naddeo, il quale giustamente sottolinea come il processo degenerativo può trovare un efficace argine nella produzione di *regole*. Regole a loro volta scaturenti dalla combinazione di categorie e *principi*. Sicché, la fase ermeneutico-interpretativa è un corollario successivo e derivativo. Le riflessioni dell'Autore si sviluppano, coerentemente, nel riportare l'*offensività* al *genus* della "categoria", il che consente di misurare la caratterizzazione lesiva della condotta tipizzata rispetto al bene giuridico (in buona sostanza, si rivolge al Giudice), mentre come "principio" essa esprime pretese prescrittive (dunque, il suo "bersaglio" è il legislatore). Il rispetto di questo graduale percorso modulare dovrebbe assicurare un tracciato che si muova lungo i binari di una dogmatica adeguatamente nutrita da norme chiare e consequenziali, la cui applicazione troverà conforto nella *ratio* di politica criminale ispiratrice. Il primo capitolo delinea dunque un'offensività dai confini funzionali ampi, in grado di non produrre attrito con le sempre più diffuse forme anticipate di tutela ove vivono indisturbati i reati di pericolo. Al contempo, giustamente l'Autore afferma che un'offensività così perimetrata è un valido baluardo, utile quale limite-soglia all'arretramento della punibilità, consentendo l'impiego del pericolo astratto/presunto fintanto che risulti nomologicamente sondato e accuratamente descritto. Una prima conclusione è la proporzione diretta tra anticipazione della tutela e adeguato grado di copertura scientifica, sempre restando nei limiti della ragionevolezza. Interessante il paragone che l'Autore offre con l'*harm principle*, compor-

tando una effettiva compressione dell'interesse tutelato e così delegittimando spinte propulsive o promozionali del diritto penale. Il secondo capitolo prosegue fruttuosamente nell'indagine circa la corretta definizione e delimitazione della offensività, sfruttando i risultati ai quali si è pervenuti – e cioè la *base empirica di pericolosità* – quale banco di prova in sede applicativa. Le premesse indicate sfiduciano perciò nel pensiero dell'Autore la corrente del *precauzionismo*, incompatibile con la necessaria concretezza che il fatto deve assumere già nella fase della descrizione del tipo. Naddeo, pertanto, correttamente mette in guardia di come altrimenti si scivoli sulla *mera inosservanza* a scapito delle libertà sacrificate. Nel terzo e nel quarto capitolo le conclusioni raggiunte in ordine al principio di offensività vengono testate su due fattispecie particolarmente insidiose e per le quali il ricco e variegato formante giurisprudenziale presenta evidenti criticità: l'abuso d'ufficio e l'autoriciclaggio. La chiave di decriptazione è il richiamo a meccanismi di stampo oggettivistico, verificando la tipicità della condotta mediante la significativa valorizzazione dei contenuti di lesività del modello legale. Così, la formula di cui si serve l'Autore consente di recuperare disvalore di azione e disvalore di evento nel reato di cui all'art. 323 c.p. tramite il *nesso di prevenzione* che la causalità normativa del tipo impone. Tale predicato, attraverso la migliore e ristretta individuazione delle violazioni realmente rilevanti, dunque escludendosi *a priori* enunciati programmatici, avrebbe consentito di recuperare un concetto di offensività idoneo alla tutela del bene giuridico. L'Autore pertanto non condivide l'ultima riforma del 2020, che ha affidato il *tipo* alla esclusiva compressione del disvalore di azione, operando “per sottrazione”.

Identico percorso critico-metodologico viene sviluppato nella parte della monografia dedicata all'autoriciclaggio. La bussola che permette non solo il corretto orientamento, ma soprattutto il restare ancorati ai valori classici del diritto penale, è da rintracciare nuovamente nel principio di offensività. Offensività che nel pensiero dell'Autore favorisce l'individuazione del bene giuridico dell'ordine economico e da qui fissa le coordinate per una esegesi congruente. Il *tipo* dell'autoriciclaggio trova pertanto la naturale declinazione nell'impiego per finalità in senso lato economiche ed il cui collante è colto nell'attitudine dissimulatoria. Va da sé che la scelta prospettata dall'Autore esclude condivisibilmente fughe in avanti, consistenti in interpretazioni estensive dell'art. 648-ter.1 c.p.

Nell'ultima parte del lavoro, il principio di offensività fornisce analoga corretta soluzione per la profilatura dei rapporti con altre fattispecie (è il caso dell'art. 416-bis, comma 6, c.p. – *aggravante di riciclaggio* – ovvero dell'art. 512-bis c.p. – *trasferimento fraudolento di valori*).

Prefazione

La monografia di Naddeo ripropone un tema “classico” del diritto penale, nella cui orbita gravitano gli istituti più significativi, in grado di delinearne il volto. Nel solco tracciato, il merito della monografia consiste non solo nell’esattezza delle premesse metodologiche e di contenuto, ma soprattutto nel testarne in aree sensibili (la Pubblica Amministrazione, il mercato economico-finanziario) il corretto funzionamento. Se la teoria identifica il volto, la prassi – così ispirata in funzione autolimitativa – ne suggerisce e restituisce fattezze non deformi.

Andrea R. Castaldo

Capitolo I

**DALLA TEORIA COSTITUZIONALMENTE
ORIENTATA DEL *BENE GIURIDICO*
ALL' *OFFENSIVITÀ* COME PARAMETRO
DI *TIPICITÀ***

SOMMARIO: 1. Cenni alla teoria del bene giuridico e Costituzione. – 2. Crisi (apparente) della *dogmatica di categorie* e principio di offensività. – 2.1. L'«*inidoneità dell'azione*» secondo l'art. 49 c.p. – 3. La tutela di beni secondo logiche integrate del diritto penale del fatto. – 4. L'uso “normativo-regolativo” del principio di offensività. – 5. Il principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale: il lungo cammino verso la *giustiziabilità*. – 6. L'offensività quale limite-soglia *implicito* all'arretramento della punibilità. – 6.1. (*segue*): ...e all'approccio precauzionale del diritto penale del rischio. – 7. *Harm principle* e ragionevolezza nel principio di offensività.

1. Cenni alla teoria del bene giuridico e Costituzione

Il diritto penale è innegabilmente un sistema retto da principi, che vivono nella *postmodernità* l'ultima κρίσις di natura *concettuale e funzionale*. Non può dirsi al riparo da tale perturbazione l'*offensività*, che per giunta sconta “ambiguità” e “polivalenza” del suo presupposto: il *bene* offendibile¹. In questo caso, la natura di un concetto (-limite) che trascende l'oriz-

¹F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, p. 192 ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 3 ss.; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*,

zonte del diritto (penale) ne rende più difficile la perimetrazione, soprattutto in contesti nei quali la decisione legislativa di rendere il bene *giuridicamente* rilevante muova in prospettiva meta-sistemica, imponendo la pre-costituzione di confini che garantiscano «*dai rischi di un irrazionale decisionismo legislativo, o peggio di un vero e proprio abuso di potere punitivo da parte del legislatore*»². D'altra parte, quando il bene giuridico opera fuori dai confini del diritto penale vigente (prospettiva intra-sistemica) ed è chiamato a fungere da criterio critico-orientativo di politica criminale, soprattutto nei settori più complessi della “*modernità liquida*”³, un argine (a forme di tutela sempre più spesso anticipate o preventive) sembra irrinunciabile.

È stata evidentemente proprio questa esigenza a negare cittadinanza alla concezione c.d. *metodologica*, impedendo la degradazione del bene giuridico a *fictio* in grado di adattarsi a qualsiasi scopo di tutela perseguito dal legislatore, verso la rifondazione costituzionalmente orientata delle *entità dotate di valore*, avviata dal secondo dopoguerra⁴.

in *Questione crim.*, 1981, p. 111 ss. Considera i beni giuridici *tutelabili* in quanto situazioni di fatto *offendibili*, H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stoccarda, 1957, p. 12, per il quale i «*beni giuridici sono situazioni di fatto permeate di valore, che possono essere modificate e che perciò possono essere tutelate contro tali modificazioni*».

A prescindere dall'accezione – forte o debole – che si voglia ritenere prevalente, «*l'immagine del reato, che da questa cultura ci viene restituita, continua a scolpirlo primariamente nella lesione o nella messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice*», M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, p. 13. Restano tuttavia i dubbi e le riserve che parte della dottrina ricava dall'orditura intrinseca di tale principio, a partire dalla sua indiscussa origine (la concezione c.d. realistica del reato) *ex art. 49 cpv. c.p.*, per cui «*se vi si intende ritrovare la genesi del postulato dell'irrelevanza penale di fatti che, ancorché tipici rispetto a una data norma incriminatrice, risultino in concreto inoffensivi del bene giuridico che questa è preordinata a proteggere, non si può non ritrovarvi un'aporia nella successiva constatazione che a questi stessi fatti si possa, nondimeno, applicare una misura di sicurezza; si che gli stessi continuerebbero a iscriversi nell'area dell'illiceità penale*», *ivi*, p. 17.

² G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 113.

³ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 2011, *passim*.

⁴ Secondo la nuova impostazione, il «*bene costituzionalmente orientato*» era in grado di assolvere al duplice presupposto della *i)* preesistenza ontologica alla norma e *ii)* vincolatività per il legislatore, offrendo un poderoso strumento per la ricostruzione della Parte speciale, attraverso direttrici di fondo per la criminalizzazione dei fatti offensivi, depenalizzazione, decriminalizzazione, proporzionalizzazione della specie e quantità della pena dei vari reati,

In verità, gli effetti collaterali di una subordinazione “assoluta” dell’opzione di incriminazione a *beni giuridici costituzionalmente rilevanti* sono stati avvertiti dal suo stesso teorizzatore⁵, che ha svincolato il legislatore dalla griglia valoriale “chiusa” della Carta fondamentale, attribuendole funzione di limite implicito in grado di includere tra i beni meritevoli di tutela penale anche quelli che vivano in rapporto di presupposizione necessaria rispetto ai valori costituzionali. Sicché, la Costituzione ha perso il carattere rigido, che avrebbe apparentemente soddisfatto l’obiettivo di una demarcazione del penale sovraordinata alla legge ordinaria, riappropriandosi della flessibilità che le consente di adeguarsi al mutamento della società e di fungere da “organo respiratore” della sovranità popolare, cui è rimessa la scelta di concedere tutela penale a interessi che ne sono ritenuti meritevoli.

Tale processo mostra la vocazione prevalentemente *legittimista* del bene giuridico, che nella sua configurazione tende ad allargare l’orizzonte della copertura penale a condizione che la scelta legislativa del bene da proteggere «*non sia arbitraria, ma razionalmente argomentabile e controllabile*»⁶. Insomma, pur declinato nella sua accezione liberale, il concetto di bene giuridico tende per struttura (politicamente manipolabile) e funzione (descrittivo-classificatoria) a una ermeneutica estensivamente orientata, che viene faticosamente – e con risultati modesti – utilizzata in chiave costituzionalmente selettiva. Si tratta di un possibile impiego del *bene*, in grado di esprimere le sue potenzialità “restrittive” solo in abbinamento ad altri criteri politico-criminali, enfatizzando l’esigenza di razionalità del sistema penale di cui sono diretti corollari la *proporzionalità* e la *meritevolezza* (e necessità) di pena che, unitamente al principio di offensività, improntano il diritto penale all’*extrema ratio*⁷. D’altronde,

qualificazione del reato (contravvenzionale o delittuoso), nonché per l’adeguamento, in via interpretativa e nei limiti consentiti dalla tipicità, della legge penale ai nuovi valori costituzionali, quasi letteralmente F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, 2007, pp. 87 s.

⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estr. da *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pp. 6 ss.

⁶ G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., pp. 124 s.; l’Autore precisa che «*ci si accontenterà di una razionalità procedurale concepita come razionalità “discorsiva”*». Questa il più delle volte garantirà, quantomeno, che il ricorso alla tutela penale non risulti manifestamente irrazionale o incongruo e rientri quindi nell’ambito di una discrezionalità legislativa esente da obiezioni di principio (in termini di irragionevolezza o sproporzione». Sul punto si tornerà nel corso della trattazione.

⁷ Nonostante le diverse funzioni svolte, tra principio di offensività e proporzionalità della pena esistono significative interferenze, che hanno consentito alla Corte costituziona-

anche tale limite negativo presuppone «risolto positivamente il quesito circa la presenza di quell'interesse qualificato omologato come “bene giuridico” (...) che resta, ovviamente, la pietra angolare del sistema anche sotto il profilo politico-criminale»⁸. Senza dimenticare che il ceppo ideologico al quale esso appartiene, lo rende incline a una funzione soprattutto *interpretativa* e suscettibile di un uso *estensivo* della tutela che ci ricorda «l'esigenza di assicurare funzioni critiche, limitatrici e costituzionali ai *principi*, più che alle *regole* ordinarie o alle *categorie*»⁹.

le di «invocare anche il principio di offensività a sostegno di importanti pronunce incidenti sul *quantum* della pena – quelle per intenderci, sul “peso” attribuito alla recidiva reiterata nel bilanciamento tra circostanze –, sotto lo specifico profilo della (in)compatibilità della scelta legislativa rispetto al modello, consacrato nell'art. 25, secondo comma, Cost., di un “*diritto penale del fatto*”: ossia di un diritto penale in cui la pena è concepita, primariamente, come reazione a un fatto offensivo di un interesse individuale o collettiva, e non come (mero) strumento di neutralizzazione o controllo della pericolosità individuale espressa dall'autore. In questa chiave, il principio di offensività – o, ancor meglio, di “*diritto penale del fatto*” – esprime in effetti la quintessenza dell'idea di proporzione della pena (...)», così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 251.

Sulla perimetrazione del campo di applicazione del concetto di proporzione e sulla disambiguazione rispetto agli altri due principi (sussidiarietà e necessità), il rinvio è a C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, pp. 61 ss. il quale, estraendo dal contesto dommatico il *bisogno di pena* e la *meritevolezza della pena* analizzandone le componenti come «connotati identificativi della presenza e del grado di irritabilità sociale di conflitti innescati dai comportamenti formalizzati, o in predicato di essere formalizzati in enunciati deontici penali». L'Autore afferma che «dal punto di vista contenutistico non si tratta di rispettive componenti fra loro antagoniste, ma di identici nuclei di disvalore semplicemente osservati da due prospettive diverse, da due *osservatori sociali* diversi. Qui occorre distinguere tra componenti strutturali, o di sostanza, e componenti *ambientali* o di contesto. Per chiarire, appartiene alla prima specie l'elemento 'lesività' del comportamento (...). Quanto sopra affermato vale segnatamente per le 'variabili' espressive dell'*offensività*» (p. 101).

⁸C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, pp. 16 ss. Non a caso, «la misura della tutela penale può estendersi, in 'ampiezza' e 'profondità', solo proporzionalmente (c.d. *Übermaßverbot*) al rango ed al grado di aggressione *evidenziati dal bene giuridico* (...)». Per tale ragione, l'Autore adotta una concezione gradualistica del sistema dei principi politico-criminali nella quale il *principio di effettività* si colloca cronospazialmente come un *posterius* rispetto ai principi di *laicità*, *sussidiarietà* e (stretta) *necessità*.

⁹M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in G. De Francesco, A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 98.

Da questo punto di vista, è facile comprendere perché le teorizzazioni fondate sulla sufficiente rilevanza costituzionale anche solo implicita del bene giuridico e, ancor peggio, sulla semplice incompatibilità o antiteticità costituzionale (pure declinata in termini di incoerenza con il quadro di civile convivenza sotteso alla Carta fondamentale) deprivano il principio di offensività *in astratto*. Regredendo alla sua configurazione minima, tale principio non può favorire la comparazione tra bene sacrificato dalla pena e bene sacrificato dal comportamento utile alla definizione della soglia di rilevanza penale del fatto. Insomma, non è in grado di attivare «*questo bilanciamento (che) opera dentro all'ermeneutica del fatto tipico*. Attraverso il bene giuridico, ma grazie a principi, come quelli di offensività e proporzione, e dentro a quello di legalità»¹⁰. Sicché, le eventuali prese di posizione della Consulta circa la meritevolezza dell'interesse tutelato nella norma rimessa al vaglio di legittimità sono state fondate sul canone meno preciso (e a volte equivoco) della ragionevolezza.

Queste e altre ragioni hanno indotto a risolvere la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico in una legittimazione negativa del magistrato penale in capo al legislatore ordinario, affermandosi che «*essa intende delimitare il campo al di là del quale non è più legittima l'incriminazione di condotte dell'uomo, ma non pretende di stabilire obblighi di incriminazione di fatti offensivi di interessi che si collocano al di qua di tale soglia*»¹¹. Riconosciuta la illusorietà del rimedio fondato sulla vestizione costituzionale di un vecchio dogma, acquisisce nuovamente centralità la dialettica tra il diritto costituzionale scritto e le dinamiche contingenti che attraverso il filtro democratico possono interpretare il bene giuridico come *topos argomentativo*, in grado di far lavorare correttamente i criteri politico-criminali (come il principio di offensività) in termini selettivi. Insomma, «*dalla Costituzione deriva l'implicito appello al legislatore democratico perché esso, prima di deliberare a favore della creazione (o della modifica o abolizione) di qualche fi-*

¹⁰ M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 97. L'Autore afferma che «*L'antigiuridicità sostanziale, come profilo interno alla legalità, è delimitata, anche se non definita, dal principio di offensività, che costituisce il contributo più originale della dottrina italiana al nostro tema, laddove in altri sistemi di pensiero si è preferito incentrare l'analisi sostanzialistica sulla categoria e la lesione del bene giuridico, sul nesso tra offence e harm, o sui mala in se o mala quia prohibita, sul significato penalistico dell'Unrecht/injusto, sulla contrapposizione tra disvalore (e illecito) di azione e di evento, oppure di intenzione e di risultato, sul superamento di una soglia di rischio consentito, e prima ancora, all'alba del Novecento, sul tema del bilanciamento di interessi, etc.*».

¹¹ G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, p. 120.

gura di reato, ponderi in maniera il più possibile razionale la necessità e meritevolezza di tutela penale del bene o interesse sottostante»¹². Rimane invece al dibattito democratico il compito della effettiva individuazione dell'oggetto di protezione penale, che non deve ricavarsi in via deduttiva, aspirata o implicita da una griglia valoriale (più o meno definita), ma contare su un processo deliberativo espresso che risulterà determinante sia ai fini delle decisioni di politica penale che della verifica in termini di offensività in concreto¹³.

2. Crisi (apparente) della *dogmatica di categorie* e principio di offensività

L'*offensività* può essere raffigurata quale “coefficiente” dipendente (dalle variabili di politica-criminale) che, abbinato all'interesse giuridico, consente di ottenere la *quantità* di penale (astrattamente e) concretamente punibile, ostacolando la sostituzione del *bene* con la *norma* (vigente), che

¹² G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 67. Il chiaro Autore si interroga se ridotto a paradigma argomentativo il bene giuridico sia ancora riconducibile al novero delle cc.dd. concezioni materiali ovvero sconti una sorta di declinazione “procedurale” nel senso che «*gli oggetti riconosciuti meritevoli di protezione sarebbero tali non già in virtù di loro proprietà intrinseche preesistenti all'opzione legislativa, bensì soltanto all'esito di una valutazione compiuta appunto in base alle regole discorsive della ragione pubblica (in senso rawlsiano) e del dibattito democratico*».

¹³ Entrambi i livelli dell'*offensività* sono ricondotti al principio di offensività dalla Corte costituzionale che nella nota sent. n. 265/2005 ha affermato: «*Questa Corte ha già avuto modo di precisare che il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo di un bene protetto 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 (v. le sentenze nn. 360 del 1995, 263 e 519 del 2000, ove viene definita la duplice sfera di operatività, in astratto e in concreto, del principio di necessaria offensività, quale criterio di conformazione legislativa delle fattispecie incriminatrici e quale canone interpretativo per il giudice*». La pronuncia richiama sostanzialmente quanto già affermato dalla Consulta con sent. 26 marzo 1986, n. 62, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1693 con nota di A. PALAZZO, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*. In senso conforme anche Corte cost., 16 luglio 2002, n. 352; 21 novembre 2000, n. 519; 11 luglio 2000, n. 263.

deve rimanere in posizione servente e assicurare la tutela del primo. A impedire che l'illecito penale degradi a mera inosservanza del precetto è dunque il *monomio* bene-offensività, dove la base valoriale (il bene) vincola l'*incriminazione* alla lesione o messa in pericolo di interessi (meritevoli di tutela) e il paradigma dell'offesa ne consente il controllo critico in forza di parametri democraticamente verificabili¹⁴. È questo l'*humus* che permette all'*offensività* di trovare piena attuazione, ispirando precetti che siano orientati alla tutela di beni; diversamente, incriminazioni dedotte da “dogmi” rischiano di fondare un diritto penale autopoietico, disancorato dalla realtà cui invece la tensione dialettica tra principi e regole assicura le fattispecie (elaborate nel rispetto di una ponderata *differenziazione*)¹⁵.

Ecco perché «*la dogmatica di principi presuppone una dogmatica di categorie, ma non la sostituisce, e anzi la implementa, rivitalizzandola*»¹⁶. Sicché, a essere in crisi non è la dogmatica di categorie *tout court* quanto l'approccio formalistico-descrittivo di un diritto penale autoreferenziale, che ne preannuncia l'isolamento dalla politica criminale e dalle scienze contigue, destinandone il sistema alla stagnazione o, ancor peggio, alla strumentale superfetazione¹⁷. D'altra parte, sono proprio situazioni opposte, come quelle appena richiamate, a indebolire l'approccio che affidava alla Costi-

¹⁴ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4-2013, p. 9. In argomento, S. ALEO, *Il sistema penale*, Milano, 2008, per il quale «*il principio di offensività riguarda la possibilità di argomentazione del reato come offesa, cioè lesione o esposizione a pericolo, di un bene o interesse, individuale o collettivo, che attraverso la previsione penale si vuole tutelare; e quindi tende ad evitare la punizione dei fatti, ancorché corrispondenti con il modello formale della previsione incriminatrice, tuttavia sostanzialmente innocui*»; ID, *Istituzioni di diritto penale*, Milano, 2016, p. 66, dove l'Autore richiama la duplice valenza del principio di offensività «*sia al momento della costruzione della norma che per la sua interpretazione e quindi per la ricostruzione della fattispecie penale (del fatto tipico)*».

¹⁵ Sulla falsificazione generata da percorsi di pura deduzione da “dogmi”, M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 338 ss.

¹⁶ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 8. Per questa ragione il chiaro Autore si prefigge l'obiettivo di «*ancorare la semantica del bene giuridico a un fondamento il più solido possibile di dogmatica delle categorie prima, e dei principi poi: ecco la dialettica tra “bene” e “offensività”*», *ivi*, p. 10.

¹⁷ A.R. CASTALDO, *Tradizione e obsolescenza nel diritto penale*, in A. Barbera, A. Loiodice, M. Scudiero, P. Stanzone (a cura di), *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, Tomo II, Collana scientifica dell'Università degli Studi di Salerno, Catanzaro, 2010, pp. 54 ss. Nello stesso senso, G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?* in *Criminalia*, 2010, p. 194.

tuzione il ruolo di legittimazione *positiva* della singola scelta incriminatrice, rendendo asfittico il quadro dei beni tutelabili (nel modello teorico *forte*) ovvero insindacabile il perimetro di discrezionalità politica del legislatore (in quello *debole*)¹⁸. Problematiche divergenti che trovano il loro minimo comun denominatore nella genericità del *format* della tutela di beni giuridici e mettono in risalto la indispensabilità dei *principi* già in sede *prescrittiva*. Insomma, «bisogna cercare di affinare lo strumento disponibile, magari sfruttando la capacità flessibilizzante dei principi quando si calano sul terreno delle regole sui “diritti controversi”»¹⁹. Pertanto, non essendo ammissibile un’accezione del diritto penale in termini giusnaturalistici, né una sua formazione a base esclusivamente politica, la combinazione di categorie e principi deve caratterizzare la produzione di *regole*, prima ancora che la relativa fase ermeneutico-interpretativa.

Non a caso, l’offensività riguarda preliminarmente il legislatore che dovrà calibrare il potere di incriminazione su specifiche esigenze di politica-criminale, generando *fattispecie* di cui possa essere verificata l’applicazione in funzione della tutela del bene giuridico che ne ha legittimato l’introduzione. Così intesa, la funzione del diritto penale rivela un carattere enciclopedico, che trova nel bene giuridico il fulcro sul quale ruota il compasso dell’offensività per tracciarne l’arco operativo²⁰.

¹⁸D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 497 ss.; ID, *Offensività del reato (principio di)* in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, pp. 665 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 147 ss.

¹⁹C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1184 ss.

²⁰Non a caso, emancipato dalla mera funzione di criterio interpretativo della legislazione vigente, il principio di offensività assurge a canone di politica criminale grazie all’acquisito crisma di costituzionalità, in argomento M. ROMANO, *sub. Art. 49 c.p.*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2011, pp. 19 ss.

Ogni ordinamento che attribuisca valore primario ai diritti fondamentali della persona è ispirato a principi politici specificamente attinenti alla produzione o alla applicazione di norme penali. Si tratta dei cc.dd. principi politico-criminali non necessariamente contenuti in norme costituzionali o di rango costituzionale (come il principio di legalità e il principio di irretroattività *in malam partem*), in argomento G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *Riv. it.*, 1991, pp. 702 ss. Autorevole dottrina tiene a classificare quello di *offensività* tra i principi *meramente* politico-criminali, in quanto, come il principio di sussidiarietà e quello di frammentarietà, sfornito di un riconoscimento, espresso o inespresso, in disposizioni costituzionali, o anche legislative, di tale avviso A. PAGLIARO,

Insomma, quell'ancoraggio del bene giuridico alla dogmatica delle *categorie*, prima, dei *principi*, poi, apre il diritto penale alla realtà contingente, preservandolo da indebite sovra-esposizioni politiche. Liberato dall'*aristocrazia* costituzionale e restituito alla *sovranità* popolare, il bene giuridico può svolgere la sua importante funzione dogmatica e conferire la sua carica politico-criminale a un dibattito parlamentare in grado di slatentizzarla con i limiti dei principi prescrittivi propri di un modello discorsivo costituzionalistico moderno, riconquistando così il suo obiettivo di riduzione dell'area del penalmente rilevante in attuazione dell'*extrema ratio* (un obiettivo che solo la politica può realizzare davvero)²¹.

Il recupero assiologico dei principi torna a imporsi nella dimensione ermeneutica, dove essi si tramutano in criteri interpretativi, operando quali coordinate a garanzia di opzioni applicative costituzionalmente conformi²². Tale dimensione rivitalizza il filtro della dogmatica giuridica, che si interpone tra *norma* e *fattispecie*, vincolando al modello legale il giudizio di valore sul caso concreto. In tal modo, essa «imbriglia, per così dire, garantisticamente, spinte a libere creazioni interpretative, contribuendo anche a conferire razionalità nell'inflizione delle sanzioni»²³. Si tratta, quindi,

Principi di Diritto penale. Parte generale, ed. IX riveduta e aggiornata da V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spina, Milano, 2020, pp. 36 s.

²¹ Oltre che nella Costituzione, individua nella scienza della legislazione la fonte di «*un complesso di principi e criteri capaci di orientare la costruzione delle leggi penali anche là dove non sia possibile sottoporle a vincoli di un controllo strettamente giuridico da parte della Corte*» M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 73, il quale richiama concezioni dialogiche e procedural-discorsive dalle quali ricavare le acquisizioni più attuali di un «*modello discorsivo di costituzionalismo penale*».

²² Segnatamente, «il principio di determinatezza, il principio di necessaria offensività, il principio di personalità della responsabilità penale, il principio di sussidiarietà e frammentarietà dell'intervento penale, oltre a conformare il volto costituzionale del diritto penale del fatto, ponendosi quali criteri costituzionali di legittimità del formante legislativo, operano altresì quali vettori ermeneutici al fine di garantire, tra più interpretazioni possibili delle fattispecie penali, la scelta di quella costituzionalmente conforme». Sintetizza così la duplice operatività dei principi V. GIORDANO, *Il paradigma ermeneutico e il sistema penale. Tra principi costituzionali e prassi*, Pisa, 2022, p. 149. In argomento, G. FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2013, pp. 44 ss.

²³ S. MOCCIA, *L'odierna funzione di controllo e orientamento della dottrina*, in *Criminalia*, 2013, p. 416; D. PULITANÒ, *Dommatica e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 4286 ss.

dell'unico schema in grado di valorizzare gli interessi tutelati nel rispetto della certezza del diritto, per cui «occorre proseguire il discorso normativo attraverso *categorie sistematiche* che inglobano al proprio interno *direttive di politica criminale*: in questo modo la dogmatica può porsi quale decodificatore del vincolo testuale al fine di una corretta esegesi da parte del giudice»²⁴.

Un percorso ermeneutico che non intenda sostituirsi a quello legislativo sarà dunque possibile proprio nella misura in cui esso potrà servirsi di una dogmatica adeguatamente nutrita da norme chiare e coerenti²⁵, nella cui applicazione potrà trovarsi riflessa la *ratio* di politica criminale che le ha ispirate.

2.1. L'«*inidoneità dell'azione*» secondo l'art. 49 c.p.

Preservare la capacità contenitiva del bene giuridico rispetto alla struttura formale del reato significa superare l'equazione che ne risolve il contenuto nello scopo della norma incriminatrice (*concezione metodologica*)²⁶, evitando al contempo le tendenze alla *spiritualizzazione* che ne deprivano il sostrato indispensabile per la verifica dell'*offesa penale* nella sua dimensione (oggettivistica) di lesione o messa in pericolo del bene stesso. Da questo punto di vista, il bene giuridico deve rimanere distinto dal disvalore dell'inosservanza e, dunque, coagulare «*l'interesse personale o sociale (bene individuale, collettivo o istituzionale) che la condotta tipica lede o mette in pe-*

²⁴V. GIORDANO, *op. loc. cit.*, p. 189, secondo il quale «si compone così il mosaico del sistema giuridico: vincolo legislativo, direttive di politica criminale, dogmatica e interpretazione giudiziale»; nonché, *ivi* citato, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1986, p. 50.

²⁵Non a caso, le *défaillance* ermeneutiche spesso non sono altro che lo specchio di una crisi della legalità, S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia*, 2012, pp. 299 ss.

²⁶Per tutti, R.M. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Bensheimer, 1919, p. 94. L'appiattimento dell'oggetto giuridico sullo scopo della norma è evidente e trova una sua chiara espressione nella definizione che lo identifica appunto con «*lo scopo di tutela riconosciuto dal legislatore nelle singole norme, nella formula più abbreviata*». Si tratta appunto di una concezione formalistica che si iperbolizza nel diritto penale autoritario degli anni '30 del XX secolo, quando il reato assume i connotati della *mera violazione di un dovere posto da una norma giuridica* politicamente formalizzato nella veste giuridica della *violazione di un dovere d'obbedienza*.

ricolo come effetto conseguente alla condotta stessa»²⁷; solo in tale configurazione è possibile valorizzare adeguatamente anche il disvalore d'azione, cui è strettamente collegato l'illecito penale, dando piena attuazione ai principi di *materialità* e *offensività* (art. 25 cpv. Cost.) che la tutela di beni indubbiamente presuppone²⁸.

In tale ottica, che «*il richiamo all'offesa come contenuto del reato abbia un valore sia costituzionale, sia descrittivo e sia dogmatico*»²⁹ appare evidente, consentendo al bene giuridico di esercitare una funzione selettiva in grado di escludere forme di tutela illegittime in quanto descrittivamente concentrate sulla condotta inosservante *tout court*. Ecco perché autorevole dottrina pone quale obiettivo più ambizioso «*la ricerca, nel codice penale, di una norma di portata generale utilizzabile, in via interpretativa, per arricchire tutte le fattispecie di reato di un requisito di 'offensività' (...)*»³⁰, mettendo in guardia dalle sabbie mobili della *concezione realistica*³¹ del reato fondata

²⁷ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. 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.*, n. 4, 2008, p. 1549.

²⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 118 ss. In argomento, si leggano tuttavia le considerazioni di A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, pp. 1443 ss.

²⁹ M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 1554, il quale ammonisce circa il fatto che «*le possibili divergenze o deviazioni sono di fatto un'eccezione e possono risultare costituzionalmente illegittime*».

³⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1 Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, ed. III, Milano, 2001, pp. 441 s.

³¹ Si tratta della prospettiva che ricava dall'«*azione inidonea*» dell'art. 49, comma 2 c.p. la lesione dell'interesse tutelato quale requisito autonomo di fattispecie, e che perciò enuncia il principio della non punibilità dei fatti conformi al modello legale ma non lesivi. In tal senso, per tutti, M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 786 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, 1965, pp. 200 ss. Secondo tale filone dottrinale, la norma in questione andrebbe interpretata attribuendo all'espressione «*azione*» il significato di fatto conforme al tipo, e all'aggettivo «*inidonea*» il significato di non lesiva degli interessi tutelati, imponendo così al giudice una doppia verifica: sul tipo descrittivo di parte speciale, prima, sull'effettiva lesione del predetto interesse, poi. Tale orientamento è stato sottoposto a rilievi critici, primo fra tutti *l'impossibilità di distinguere la lesione dell'interesse tutelato dal fatto conforme al modello legale*, per tutti: F. STELLA, *Teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 20 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 153 ss.; ID, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?*, in *Foro it.*, 1998, pp. 288 ss.

su una «nozione di bene giuridico che finisce col farne una mera parafrasi della fattispecie incriminatrice». Una premessa che involge il processo argomentativo nell'insuperabile spirale, per cui «chi ritenga che tutti gli elementi del reato concorrano a definire il bene giuridico, dovrebbe approdare alla conclusione che ogni fatto 'tipico', per ciò solo, è necessariamente offensivo del bene tutelato»³².

In verità, l'art. 49, comma 2, c.p. «non può servire per munire di offesa, attinta da valori extranormativi, i reati irrimediabilmente senza offesa»³³, in quanto non ha proprietà "taumaturgiche" in grado di correggere la struttura della fattispecie; tuttavia, la norma condensa un principio-regola (di natura per così dire "dichiarativa" e non costitutiva) che affranca il "reato impossibile" dalla funzione ancillare che nella dottrina tradizionale lo aveva relegato a doppione negativo del tentativo.

Escludendo la punibilità «quando, per la inidoneità dell'azione (...), è impossibile l'evento dannoso o pericoloso», l'art. 49 cpv. c.p. «esprime *si il principio di offensività, ma non lo sostituisce nell'interpretazione ordinaria delle fattispecie*»³⁴, quando a operare è la lettura sostanzialistica del precetto, di cui può farsi garante il bene giuridico in combinazione con la funzione avanguardista – ovvero *de iure condendo* – dell'offensività (in astratto)³⁵.

In maniera *tranchant*, è stata ritenuta verità troppo ovvia per essere contestata da alcuno, a qualsiasi indirizzo dottrinale appartenga, la conclusione per cui in mancanza di offesa all'oggetto sostanziale specifico non vi è reato. Tuttavia, detta verità «è riconosciuta esplicitamente in quelle disposizioni (es: artt. 40, 43), le quali esigono che l'evento del reato sia "dannoso o pericoloso". E, perciò, non dovrebbe esistere neppure una particolare corrente di dottrina che si caratterizzi perché la sostiene. Ma, di fatto, questa corrente esiste e, in modo singolare, non si appoggia alla dizione testuale degli artt. 40 e 43; bensì a una interpretazione dell'art. 49, che ci sembra assai discutibile, e denomina il proprio assunto come "concezione realistica dell'illecito"», letteralmente, A. PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 254.

³² Sono le parole con le quali chiosano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 441. In argomento, F. STELLA, *op. ult. cit.*, pp. 20 ss.

³³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 192; il chiaro Autore sottolinea infatti che «rispetto ad essi si può porre, al limite, solo un problema di costituzionalità».

³⁴ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 40, nonché C.F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Studi M. Gallo*, Torino, 2004, p. 25 (citato anche dal primo).

³⁵ L'offensività è considerata quale «limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore» dalla Corte costituzionale, sent. n. 360/1995, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 2820 ss. e trova ampia conferma nella sent. n. 263/2000, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 2951 ss.

Da questo punto di vista, risulta evidente l'*input* al legislatore di approntare tecniche di tutela idonee a esprimere il disvalore del fatto, di cui il giudice è tenuto ad accertare l'effettiva lesione o messa in pericolo³⁶. Tuttavia, fino al raggiungimento della piena conformazione legislativa, il principio di offensività (oltre al suo contributo in sede di "confezionamento" del modello legale) potrà esercitare sulle fattispecie esistenti un ruolo ermeneutico³⁷, che si atteggerà a funzione "esimente" «quanto più la forma della legge apparirà insuperabile, come nel caso di mera inosservanza procedurale-cautelare, o di fattispecie che tipizzano offese costruite sull'inosservanza di provvedimenti autorizzativi etc. Qui lo spazio esimente riguarderà casi-limite, non già la contestazione dell'*offensività* legale tipizzata», aprendo a «logiche di anti-giuridicità materiale» legalmente controllate³⁸.

Non a caso, il «reato impossibile» impone un giudizio reale *ex post* sull'intera azione posta in essere (il riferimento non è agli atti come nell'art. 56 c.p.) per trarne una valutazione di (in)idoneità offensiva rispetto all'interesse tutelato³⁹. In altri termini, esso richiama l'*incidenza del fatto sul*

³⁶ Per un'analisi sull'interdipendenza tra il piano della offensività *in astratto*, intesa come conformazione legislativa delle fattispecie incriminatrici, e l'*offensività in concreto*, quale canone interpretativo-applicativo, si rinvia a 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 di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, pp. 97 ss.

³⁷ M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 786 s.; A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. 38, 1987, p. 796; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, p. 22; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, 1965, pp. 47 ss. In senso diverso, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 488; per una concezione realistica del tentativo punibile, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note domestiche e politico-criminali*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1223 ss.

³⁸ M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., pp. 40 s. Diversamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 192, spec. nota 11, secondo il quale «nei reati di mero scopo, non può invocarsi l'art. 49 (che esige la impossibilità dell'evento danno o pericoloso)», ma basta una interpretazione teleologica della norma, in funzione cioè dello scopo perseguito dal legislatore: è inidonea l'azione che non realizza quella situazione di fatto che il legislatore ha inteso evitare (...)».

³⁹ Proprio il termine «azione», secondo autorevole dottrina, conferisce autonomia all'art. 49 c.p., «quando sia inteso come indicativo di un comportamento perfettamente rispondente alla descrizione della norma incriminatrice, ma che, per un motivo qualsiasi risulti posto in essere in circostanze tali da rendere assolutamente impossibile il realizzarsi dell'evento-contenuto del reato», M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., p. 787; analogamente: G. L'INNOCENTE, *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961,

piano degli interessi tutelati dal diritto imponendo un giudizio sull'offensività che consente di impiegare come «misura di valutazione del fatto da qualificare i principi che vigono nell'ambito di un dato sistema normativo, in modo che la qualifica attribuita non risulti priva di congruenza con essi»⁴⁰. Si evita così la scissione tra *tipicità* (azione come fatto conforme al tipo) e *offesa* (lesività degli interessi tutelati), senza che quest'ultima venga fagocitata dalla prima⁴¹, assicurando al contempo un diritto penale ricostruito in ossequio al principio di legalità, dove – seppure in un'accezione

pp. 1085 ss. e G. NEPPI MODONA, *I concetti di "idoneità degli atti" e "inidoneità dell'azione". Struttura e accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, pp. 753 ss. Di contrario avviso la Dottrina che non intende riconoscere all'art. 49 c.p. la specifica funzione di escludere il reato ove machi l'offesa all'interesse protetto, «in quanto è sufficiente un'accorta interpretazione delle norme incriminatrici sotto il loro profilo teleologico». In questo senso, si afferma «che il secondo comma dell'art. 49 ripeta, in forma negativa, contrassegni positivi altrove delineati» e «si spiega anche perché mai, pur rappresentando il reato impossibile il limite negativo del delitto tentato, l'art. 49 secondo comma riferisca l'inidoneità all'azione, mentre l'art. 56 la rapporti agli atti». Segnatamente, «incriminando il tentativo, bisognava riferire l'idoneità agli atti, e non all'azione perché si voleva punire a titolo di tentativo anche un'azione incompiuta. Ma nel descrivere il reato impossibile, data la forma negativa impiegata, è necessario riferire l'inidoneità all'azione, perché una inidoneità riferita agli atti condurrebbe ad escludere la configurabilità del reato impossibile, dove l'azione fu compiuta, e, al tempo stesso, consentirebbe l'applicazione di una misura di sicurezza anche in presenza di un'azione incompiuta (ciò che, dal punto di vista della politica criminale, sarebbe inopportuno», A. PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, ed. IX riveduta e aggiornata da V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano, 2020, pp. 461 s.

⁴⁰M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, 2000, p. 36. Contrariamente, chi afferma che «l'offesa è il fatto stesso considerato sotto l'aspetto valutativo», motivo che induce a ritenere come «l'inidoneità dell'azione vada intesa con gli stessi criteri che servono, rovesciati, per giudicare dell'idoneità degli atti nel tentativo», A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale cit.*, p. 462.

⁴¹D'altra parte, «se il bene protetto deve essere desunto – come ritengono i suoi sostenitori – dalla «intima struttura della fattispecie», ne consegue allora che riesce impossibile ipotizzare un fatto conforme a quest'ultima ma non lesivo del primo», così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 487; in senso conforme, tra gli altri, C. FIORE, *Principi di tipicità e "concezione realistica del reato"*, in AA.VV., *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, G. Vassalli (a cura di), Milano, 1982, p. 57 ss., F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss. In maniera netta, si afferma che «la contrapposizione tra tipicità e offensività è illusoria. Essa ha l'effetto deleterio di spingere a ricercare una sfera di offensività al di fuori dell'unico ambito possibile, che è costituito dal significato della incriminazione», A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 227.

lata – il reato è un «*fatto offensivo tipizzato*»⁴² che, arricchito da un *complesso di ulteriori criteri o norme*, impedisce la segregazione a livello costituzionale degli interessi meritevoli di tutela⁴³.

3. La tutela di beni secondo logiche integrate del diritto penale del fatto

Seguendo logiche integrate di sistema, volte a preservare un diritto penale democraticamente filtrato (per via *legislativa*), la Costituzione potrebbe assumere una duplice valenza nella evoluzione e stabilizzazione della protezione di valori. Infatti, alla funzione positiva e fondante degli interessi meritevoli di tutela penale, la Carta fondamentale dovrebbe abbinare quella di limite (-negativo) alle nuove incriminazioni che con detti interessi entrino in tensione (o, addirittura, in conflitto), assicurando un controllo sovraordinato in luogo del criticato “vincolo aristocratico”⁴⁴. In questi termini, i beni giuridici, anziché rigidamente prefissati, risulterebbero a pieno titolo inseriti nella comunicazione dialogica con il tessuto sociale e con le sue sollecitazioni politiche⁴⁵. È del resto proprio la Costituzione a garantire

⁴²L'espressione è di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 192. Tuttavia, l'Autore subordina la dimensione costituzionale del *nullum crimen sine iniuria* alla compenetrazione del bene offeso nella norma, per cui il primo «*deve costituire non un dato esterno alla norma, che il giudice attinga di volta in volta da valori culturali e sociali "sottostanti", ma un elemento interno, cioè tipico*». In questa ottica, «*il reato è il fatto offensivo tipizzato, in quanto l'offesa deve essere prevista come elemento costitutivo, espresso o implicito, della tipicità: nullum crimen sine iniuria et lege*». In ogni caso, l'Autore precisa che la funzione del principio di offensività «*va assicurata, non riducendosi l'offesa alla semplice realizzazione del fatto tipico*».

⁴³L'affresco di un diritto penale improntato (prevalentemente) alla tutela dei beni sulla scorta di un assetto integrale della Costituzione in funzione *positiva e fondante*, che «*non discende dalla concezione del bene in sé, ma da un complesso di ulteriori criteri o norme, costituzionali e non, che arricchiscono la categoria del bene giuridico di vincoli positivi per il legislatore penale*» è offerto da M. DONINI, “*Danno*” e “*offesa*” nella *c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1555. Al riguardo, si rinvia opportunamente anche a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, spec. pp. 129 ss.

⁴⁴Replicando quindi il duplice livello – negativo e positivo – in cui risulta scomponibile la funzione di *paradigma assiologico di contenimento* della sfera di previsione penale, attribuita negli anni al bene giuridico stesso.

⁴⁵V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 158 s. L'Autore indivi-