

Roberto GAROFOLI

**MANUALE di  
DIRITTO  
PENALE**  
**PARTE GENERALE**

**XX EDIZIONE 2023-2024**

  
Neldiritto  
Editore

## SEZIONE V • IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ

**20. Nozione: offensività in astratto e offensività in concreto.**

In forza del principio di offensività, un elemento costitutivo fondamentale del fatto penalmente rilevante è l'*offesa* di un bene giuridico, che può assumere la forma della *lesione*, ossia del nocumento effettivo, ovvero quella dell'esposizione a *pericolo*, ossia del nocumento potenziale.

Il principio di offensività opera su due piani distinti<sup>273</sup>: da un lato, come precetto rivolto al legislatore, diretto a limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, esprimano un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione (“*offensività in astratto*”); dall'altro, come criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, il quale, nella verifica della riconducibilità della singola fattispecie concreta al paradigma punitivo astratto, dovrà evitare che ricadano in quest'ultimo comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva (“*offensività in concreto*”)<sup>274</sup>.

Nonostante l'assenza di una norma costituzionale che lo consacri espressamente, come accade per i principi di legalità e di irretroattività, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha comunque ricavato, dal sistema costituzionale, il principio per cui il reato deve consistere nell'offesa del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

La  
giurisprudenza  
costituzionale

La giurisprudenza costituzionale, inoltre, ha da tempo chiarito in che modo si attinga la ripartizione di competenze tra giudice costituzionale e giudice ordinario<sup>275</sup>.

“*Spetta, in specie, alla Corte – tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità – procedere alla verifica dell'offensività «in astratto», acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo; esigenza che, nell'ipotesi del ricorso al modello del reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'id quod plerumque accidit*”<sup>276</sup>. Ove tale condizione risulti soddisfatta, “*il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico*” (offensività «in concreto»). Esso – rimanendo impegnato ad una lettura “teleologicamente orientata” degli elementi della fattispecie – dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile potenzialità lesiva.

Insomma, l'art. 25 Cost. “*postula un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento della astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice, con conseguente distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e autorità giudiziaria*”<sup>277</sup>.

<sup>273</sup> Nella giurisprudenza costituzionale, si vedano le sentenze n. 139 del 2023, n. 211 del 2022, n. 278 e n. 141 del 2019, n. 109 del 2016, n. 265 del 2005, n. 263 del 2000 e n. 360 del 1995. Nella giurisprudenza di legittimità, si vedano le sentenze delle Sezioni Unite 18 luglio 2013, n. 40354, 25 febbraio 2016, n. 13681, 19 dicembre 2019, n. 12348.

<sup>274</sup> Al riguardo, fondamentale il lavoro di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973. Si veda anche: FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1987; FIANDACA, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Aa.Vv.*, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, 1991, 61 ss.; FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 278 ss.; DOLCINI, MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2022, 10; NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Disc. pen.*, XI, 1996, 259 ss.; 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, 91 ss., 99; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 18 ss.; MANES, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

<sup>275</sup> Corte cost., n. 225 del 2008, n. 265 del 2005, n. 263 e n. 519 del 2000.

<sup>276</sup> Corte cost., n. 225 del 2008, n. 333 del 1991.

<sup>277</sup> *Ex multis*, Corte cost., n. 263 del 2000.

## 21. Il fondamento del principio di offensività a livello costituzionale. L'individuazione dei beni giuridici suscettibili di tutela penale.

Il fondamento costituzionale del principio di offensività viene, tradizionalmente, desunto<sup>278</sup>:

- dall'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale, sicché l'irrogazione di una sanzione penale (limitativa di quel bene) può essere ammessa solo come reazione ad una condotta che offenda un bene di pari rango<sup>279</sup>;
- dall'art. 25, co. 2, Cost., che subordina la sanzione penale alla commissione di un "fatto", sicché è necessario che il legislatore punisca condotte materiali ed offensive e non la mera disobbedienza, atteso che in caso contrario la pena non potrebbe svolgere la sua funzione di orientamento culturale<sup>280</sup>;
- dagli artt. 25 e 27 Cost., che distinguono tra pena e misura di sicurezza: sanzionare con una pena una condotta non offensiva, ma di semplice disobbedienza, seppur sintomatica di pericolosità sociale, significherebbe infatti assegnare alla stessa la funzione propria della misura di sicurezza<sup>281</sup>;
- dall'art. 27, co. 3, Cost., in quanto la condanna per mere violazioni di doveri o per condotte non offensive di alcun bene frustrerebbe la funzione rieducativa della pena: l'applicazione di una sanzione penale per un fatto inoffensivo farebbe percepire la stessa come ingiusta ed il reo non sarebbe predisposto ad accettare l'offerta di recupero sociale di cui essa è portatrice<sup>282</sup>.

La Corte costituzionale ha, anche di recente, ribadito che il rispetto del principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria*) è "desumibile, in specie, dall'art. 25, co. 2, Cost., in una lettura sistematica cui fa da sfondo l'insieme dei valori connessi alla dignità umana"<sup>283</sup>. Questo principio "comporta che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, può reprimere sul piano penale, come fattispecie di reato, soltanto condotte che, nella loro descrizione tipica comunque rispettosa del principio di legalità, consistano, altresì, in comportamenti dal contenuto offensivo di beni meritevoli di protezione, anche sotto il profilo della loro mera esposizione a pericolo"<sup>284</sup>.

Sul pianto "astratto", il principio di offensività si rivolge, pertanto, al legislatore e svolge la funzione di "limite" delle scelte di incriminazione dallo stesso compiute, tanto da poter fondare un giudizio di legittimità costituzionale di dette scelte<sup>285</sup>.

Riconosciuto il fondamento costituzionale del principio di offensività, l'attenzione della dottrina si è concentrata sull'oggetto giuridico del reato, ossia sul "catalogo" dei beni o interessi che possono costituire oggetto di tutela penale<sup>286</sup>. Si tratta, cioè, di verificare la sussistenza di vincoli per il legislatore nella individuazione dei beni suscettibili di tutela penale.

<sup>278</sup> GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8; BRICOLA, *op. cit.*; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 81; STORTONI in PADOVANI-STORTONI in *Dir. pen. e fattispecie criminosa*, Bologna, 1991, 83. È, altresì, importante sottolineare che la Commissione bicamerale per le riforme, istituita con legge cost. 1/97, aveva approvato in data 4 novembre 1997 la riforma dell'art. 129 Cost., con una espressa previsione del principio di offensività: "Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività", vd. FIANDACA, *La giustizia penale in bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, 161. Il fallimento dei lavori della bicamerale ha dunque precluso l'espresso riconoscimento del rilievo costituzionale del principio di offensività.

<sup>279</sup> BRICOLA, *op. cit.*, 15.

<sup>280</sup> *Ibidem*.

<sup>281</sup> GALLO, *op. cit.*

<sup>282</sup> BRICOLA, *op. loc. cit.*

<sup>283</sup> Corte cost., n. 225 del 2008, n. 236 del 2000.

<sup>284</sup> Corte cost. n. 211 del 2022, n. 354 del 2002.

<sup>285</sup> GROSSO, PELLISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale*, pt., Milano, 2023, 55.

<sup>286</sup> Per una esaustiva trattazione del concetto di oggetto giuridico del reato, da non confondersi con quella di oggetto materiale, che indica l'entità fisica o non fisica su cui cade la condotta, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 204 ss.

Teoria dei  
beni giuridici  
costituzionali

Secondo un primo orientamento, poiché la sanzione penale incide direttamente (pena detentiva) o indirettamente (pena pecuniaria) sulla libertà personale, che è costituzionalmente garantita (art. 13 Cost.), il suo sacrificio è giustificato solamente per tutelare beni dotati anch'essi di rilevanza costituzionale. Il limite sostanziale alla potestà punitiva del legislatore va ravvisato, allora, nella lesione di un valore costituzionalmente rilevante<sup>287</sup>. La rilevanza costituzionale va riconosciuta non solamente ai beni espressamente enunciati dalla Costituzione, ma altresì ai beni impliciti, che possono cioè essere desunti da quelli oggetto di espressa menzione, e ai beni presupposti, la cui tutela è in rapporto rispetto a beni espressamente menzionati.

Teoria dei  
beni non  
incompatibili  
con la  
Costituzione

Secondo altro orientamento, invece, la duplice considerazione della mancata catalogazione nel testo costituzionale di un quadro esaustivo dei beni meritevoli di tutela<sup>288</sup> e della inarrestabile evoluzione della realtà e della coscienza sociale<sup>289</sup> portano ad escludere che i beni penalmente tutelabili possano essere limitati a quelli di rilevanza costituzionale. Si tratterebbe, infatti, di un catalogo di beni, da un lato, incompleto, dall'altro, storicamente datato, che comporterebbe l'estromissione dalla tutela dei beni "emergenti"<sup>290</sup>.

L'opinione oggi dominante ritiene, quindi, che i beni suscettibili di tutela penale siano tutti quelli non incompatibili con la Costituzione<sup>291</sup>.

## 22. Il principio di offensività nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ha riconosciuto, da tempo, al principio di offensività in astratto il valore di limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa in materia penale, attribuendosi il compito di accertarne il rispetto.

Le pronunce della Corte possono distinguersi in due macroclassi, a seconda che l'intervento invocato dal giudice remittente si sia appuntato (*i*) sul nucleo stesso della norma incriminatrice, dunque sulla stessa scelta d'incriminazione del legislatore, ovvero (*ii*) sulla cornice sanzionatoria prevista dalla norma incriminatrice, assunta quale sproporzionata rispetto all'effettivo disvalore del fatto-reato.

(*i*) Nell'ambito del primo filone, solamente in ipotesi sporadiche il principio di offensività ha portato la Corte alla declaratoria di incostituzionalità della norma sottoposta al suo vaglio. La giurisprudenza costituzionale ha impiegato in modo cauto il principio in esame come canone di controllo delle scelte di politica criminale, mentre ha sovente utilizzato lo stesso principio come criterio ermeneutico indirizzato al giudice, quale tramite per una rilettura sostanzialistica di fattispecie declinate su una pericolosità meramente astratta, o costruite su vere e proprie presunzioni di pericolo<sup>292</sup> (sul punto, v. *infra*).

(*ii*) Più incisive aperture, invece, si sono manifestate sul piano sanzionatorio delle norme incriminatrici, ove il principio di offensività viene declinato quale parametro di proporzionalità del trattamento sanzionatorio individuato dal legislatore, alla stregua degli artt. 3 e 27 Cost.

<sup>287</sup> BRICOLA, *op. cit.*, 15 ss.

<sup>288</sup> PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 498.

<sup>289</sup> MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *op. cit.*, 10.

<sup>290</sup> PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 1998, 220 ss.

<sup>291</sup> FIORELLA, *op. cit.*, 793; MANTOVANI, *op. cit.*, 207. In realtà, lo stesso BRICOLA, *op. cit.*, 16, definisce in senso ampio i beni costituzionalmente significativi, ricomprendendo tra questi i beni implicitamente ed esplicitamente tutelati dalla Costituzione, i beni tutelati da convenzioni internazionali, i beni ricompresi dei "diritti inviolabili" dall'art. 2 Cost., e i beni presupposti dai beni di rilievo costituzionali. Per una completa trattazione della problematica v. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 111 ss.

<sup>292</sup> GROSSO-PELLISSERO-PETRINI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., Giuffrè, 2023, 68.

**Al primo filone** sono riconducibili *due sottocategorie di pronunce*.

*In primo luogo*, le sentenze interpretative di rigetto, con cui la Corte costituzionale ha rivolto ai giudici *a quibus* un invito alla verifica della concreta lesività delle fattispecie incriminatrici esaminate, contribuendo così alla rilettura del diritto penale alla luce del principio di offensività.

*In secondo luogo*, le pronunce in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma penale per diretto contrasto con il principio di offensività o con parametri costituzionali diversi da detto principio, pure evocato dal giudice remittente.

Conviene analizzare separatamente i due filoni della giurisprudenza costituzionale in materia.

### 22.1. Segue: le sentenze interpretative di rigetto. Spetta al giudice comune l'interpretazione della norma incriminatrice nel rispetto del principio di offensività.

Come accennato, nell'ambito delle pronunce della Corte costituzionale sulla stessa scelta d'incriminazione del legislatore e sul rispetto, da parte di essa, del principio di offensività, un primo gruppo di sentenze si caratterizza per il rigetto della questione di legittimità costituzionale sollevata, con "invito" al giudice comune a ricercare, attraverso una corretta e approfondita esegesi della norma (ritenuta praticabile dalla Consulta), un'interpretazione compatibile con il principio in esame.

In questo primo gruppo si inserisce, ad esempio, la sentenza *n. 62 del 1986*,<sup>293</sup> con la quale è stata dichiarata infondata la questione di legittimità dell'art. 2 della legge n. 895 del 1967 (come sostituito dall'art. 10 della legge n. 497 del 1974). Nel dettaglio, il giudice remittente sosteneva che la norma, sanzionando la detenzione di esplosivo senza indicare il quantitativo minimo idoneo ad integrare il reato, non consentisse l'adeguamento della sanzione alla gravità della fattispecie violando in tal modo il principio di uguaglianza. La Corte ha osservato che *"il problema, posto dall'ordinanza di rimessione, peraltro puramente interpretativo, va risolto mediante il ricorso al principio di offensività... Spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione di una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò (= il quantitativo minimo di esplosivo) che, non raggiungendo la soglia di offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante"*<sup>294</sup>. Importante osservare che, in questa pronuncia, la Corte già ammette la vigenza del principio di offensività, sia esso, o meno, di rango costituzionale, osservando però che esso si pone non come obbligo del legislatore, ma come vincolo per ogni interpretazione di norme penali condotta, innanzitutto, dal giudice, valendosi degli strumenti ermeneutici che il sistema offre e, primo fra tutti, dell'art. 49, comma 2, c.p. Sembra quindi ricondurre l'offensività in concreto alla concezione realistica del reato.

Anche l'ordinanza *n. 30 del 2007* – nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 163, co. 4, del r.d. n. 773/1931, laddove incrimina coloro che, rimpatriati con foglio di via obbligatorio, omettono di presentarsi nel termine prescritto all'autorità di pubblica sicurezza indicata nel foglio di via – pur senza richiamare espressamente l'art. 49, comma 2, c.p., ribadisce che *"spetta al giudice ordinario verificare se la condotta così realizzata, per quanto conforme all'astratto modello punitivo delineato dal legislatore, appaia tuttavia, nella sua specifica concretezza, assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato"*. Sembra, quindi, che la Corte ribadisca che l'assenza di offensività in concreto, ferma restando la tipicità del fatto, lo renda "inidoneo" a mettere anche solo in pericolo il bene tutelato. Tuttavia, la Corte chiarisce poi che compete al giudice *"impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale"*, lasciando intendere che l'assenza di offensività in concreto incide proprio sulla tipicità della fattispecie incriminatrice.

Nella stessa direzione si muove la sentenza *n. 263 del 2000*, che ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell'art. 120 c.p. mil. pace e che, da un lato, riconosce espressamente il rango

Corte cost.  
n. 62/86 e  
detenzione  
di  
esplosivo

<sup>293</sup> In *Giur. cost.*, 1986, I, 408.

<sup>294</sup> A questo argomento si richiama espressamente Corte cost. n. 333 del 1991 (in materia di stupefacenti) in *Giur. cost.*, 1991, II, 2646; anche in *Foro it.*, 1991, I, 2628, con nota di FIANDACA..

costituzionale della offensività in astratto, come limite alla discrezionalità legislativa in materia penale, che spetta alla Corte verificare; dall'altro, ribadisce che compete all'autorità giudiziaria "di impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale".

Emblematiche di questo indirizzo sono le pronunce in materia di coltivazione di "piante stupefacenti", di omesso versamento di ritenute previdenziali e, più recentemente, di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, in caso di reale e libera volontà di chi eserciti tale professione.

### 22.1.2. Segue: la coltivazione di "piante stupefacenti". Interviene Cass., Sez. un., 16 aprile 2020, n. 27.

Centrale, nella giurisprudenza costituzionale in materia, la riflessione sul reato di coltivazione di piante dalle quali si estraggono sostanze stupefacenti, sanzionato dall'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 (testo unico sugli stupefacenti).

Prima di soffermarsi sulle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, sviluppatasi nel corso degli ultimi anni, giova ricostruire con completezza il quadro normativo di riferimento.

Il quadro  
normativo

La disciplina in questione è principalmente quella oggi dettata dagli artt. 73, commi 1 e 2, e 75 del d.P.R. 309/1990, quale risultante da *Corte cost.*, 25 febbraio 2014, n. 32, che ha dichiarato l'illegittimità delle principali innovazioni introdotte dal d.l. 272/2005, convertito con modificazioni in l. 49/2006. Quanto alla delimitazione dei comportamenti incriminati, come è noto, prima del referendum abrogativo del 1993, veniva adoperato un criterio *oggettivo-quantitativo* per discernere tra condotte penalmente o solo amministrativamente rilevanti: costituivano, infatti, mero illecito amministrativo l'acquisto, l'importazione e la detenzione per uso personale, nel limite del quantitativo corrispondente alla "dose media giornaliera".

Un tale limite operava pertanto come elemento negativo della fattispecie, questa identificandosi nella detenzione di sostanze contenenti un quantitativo di principio superiore al massimo consentito.

L'esito del referendum abrogativo del 1993, cui è stata data formale applicazione con il d.P.R. 171/1993, ha comportato l'abrogazione delle norme che sanzionavano penalmente il procacciamento e la detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti ed in particolare dell'inciso, contenuto nel primo comma dell'art. 75, che escludeva la rilevanza penale della sola ricezione e detenzione di sostanza stupefacente in dose non superiore a quella media giornaliera.

Ne consegue che l'acquisto per uso personale di stupefacente è comportamento illegale (perché vietato dal ricordato art. 75, che lo sanziona in via amministrativa) ma in ogni caso penalmente irrilevante; correlativamente, la norma incriminatrice contenuta nell'art. 73 del T.U. va interpretata nel senso che le condotte ivi descritte (limitatamente alla importazione, acquisto o illecita detenzione) sono riferite in via esclusiva all'ipotesi in cui emerga la *destinazione ad uso di terzi*, e non personale, delle sostanze stupefacenti detenute o acquistate.

Per le condotte di ricezione, acquisto e detenzione, l'odierna disciplina adotta quindi, quale indice di rilevanza penale, quello finalistico della destinazione della sostanza stupefacente.

Senonché, il referendum abrogativo del 1993 e il d.P.R. 171/1993 che vi ha dato attuazione non hanno riguardato la coltivazione delle piante indicate nell'art. 26 del d.P.R. 309/1990, destinata così a conservare illiceità penale anche se non finalizzata allo spaccio.

Corte cost.  
n. 360/95

L'articolo in questione è stato sottoposto al vaglio del giudice delle leggi, tra l'altro, per violazione del principio di offensività, nella parte in cui prevede l'illiceità penale della condotta indipendentemente dalla quantità di principio attivo contenuto nel prodotto della coltivazione.

La Corte costituzionale<sup>295</sup> ha dichiarato infondata la questione, sul presupposto l'accertamento circa l'assoluta inidoneità della coltivazione a mettere a repentaglio il bene protetto spetti al giudice di merito.

Nel dettaglio, la Corte costituzionale esclude in primo luogo il contrasto della disciplina con l'art. 3 Cost., dedotta sul rilievo dell'assunta *irragionevolezza* della diversità di trattamento riservato

<sup>295</sup> Corte cost. n. 360 del 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 3083; *Giust. pen.*, 1995, I, 290; *Cass. pen.*, 1995, 2820, con nota di Amato; *Riv. pen.*, 1995, 1302; *Nuovo dir.*, 1995, 981, con nota di Nunziata.