

## Indice

† Giovanni Pioletti . . . . .	335
-------------------------------	-----

### DOTTRINA

EVA MARIUCCI – Principio di offensività e reati con finalità di terrorismo: anticipazione della soglia di tutela penale e rischi di involuzione costituzionale . . . . .	341
GIULIA TONDINI – Gli strumenti di prevenzione e contrasto alla corruzione da parte delle forze di polizia . . . . .	357
SVETLANA STOLIAROVA – Brevi considerazioni medico–legali sul delitto di deformazione dell’aspetto della persona . . . . .	385

### GIURISPRUDENZA

#### CASSAZIONE PENALE

##### MASSIMARIO

Armi – Detenzione abusiva – Pluralità di armi di differente tipologia detenute illegalmente – Condotta accertata in un unico contesto – Configurazione di autonomi reati per ciascuna categoria di armi – Sussistenza – Fattispecie . . . .	393
Armi – Omessa custodia – Dismissione del possesso senza cessione a terzi – Obbligo di diligenza di cui all’art. 20, l. n. 110 del 1975 – Procedura cd. di disattivazione – Osservanza – Necessità – Fattispecie. . . . .	394

Confessione – Confessione stragiudiziale – Prova – Valutazione – Motivazione – Fattispecie (con nota di UGO PIOLETTI, <i>Note in tema di confessione</i> ). . . . .	395
Confessione – Circostanze del reato – Attenuanti comuni – Attenuanti generiche – Confessione giudiziale – “Rilevanza mediata” – Ragioni – Fattispecie (con nota di UGO PIOLETTI, <i>Note in tema di confessione</i> ). . . . .	395
Induzione indebita a dare o promettere utilità – Prospettazione, da parte di un componente del collegio, dell’esito sfavorevole del giudizio in caso di mancato pagamento di una somma – Delitto di induzione a dare o promettere utilità – Configurabilità – Sussistenza – Ragioni. . . . .	396
Maltrattamento di animali – Reato di maltrattamento di animali – Elemento oggettivo – Fattispecie (con nota di PATRIZIA TAVERNITI MAZZA, <i>Una questione controversa in tema di maltrattamento di animali: i rapporti tra gli artt. 544-ter e 727 del codice penale</i> ). . . . .	397
Prove – Mezzi di prova – Perizia – In genere – Accertamento della qualità e quantità della sostanza stupefacente – Perizia o accertamento tecnico – Necessità – Esclusione – Ragioni. . . . .	398
Rapina – Aggravanti – Fatto commesso in luogo destinato a privata dimora – Fattispecie – Reception di albergo – Sussistenza dell’aggravante – Esclusione (con nota di GUSTAVO BARBALINARDO, <i>Brevi osservazioni sull’aggravante del fatto commesso in luogo di privata dimora nel delitto di rapina</i> ). . . . .	399
Rapina – Rapina impropria – Violenza commessa allo scopo di eseguire od occultare altro reato o di assicurare il profitto o l’impunità – Omicidio conseguente alla violenza – Circostanza aggravante del nesso teleologico tra i due reati – Configurabilità – Ragioni. . . . .	399
Reati contro la personalità dello stato – Delitti – Contro la personalità internazionale dello stato – Delitto di arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale – Elemento oggettivo – Arruolamento – Nozione. . . . .	400
Reati contro l’ordine pubblico – Reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico – Propaganda di idee, odio razziale e discriminazione razziale – Nozioni – Individuazione – Fattispecie. . . . .	401

Reati contro l'ordine pubblico – Cd. “saluto romano” o “saluto fascista” – Reato di cui all'art. 2, comma 1, d.l. n. 122 del 1993 – Configurabilità – Ragioni – Fattispecie. . . . .	404
Sicurezza Pubblica – Stranieri – Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore – Successiva richiesta di riconoscimento del diritto di asilo – Rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio – Rilevanza ai fini della configurabilità del reato – Esclusione – Ragioni. . . . .	405
Truffa – Elemento oggettivo (materiale) – Artifici o raggiri – Falsa prospettazione nei confronti della vittima di un legame sentimentale e del proposito di vita in comune – Motivi determinanti l'atto di disposizione patrimoniale – Integrazione del reato – Sussistenza. . . . .	406

#### NOTE A SENTENZA

UGO PIOLETTI – Note in tema di confessione . . . . .	416
PATRIZIA TAVERNITI MAZZA – Una questione controversa in tema di maltrattamento di animali: i rapporti tra gli artt. 544 <i>ter</i> e 727 del codice penale . . . . .	446
GUSTAVO BARBALINARDO – Brevi osservazioni sull'aggravante del fatto commesso in luogo di privata dimora nel delitto di rapina . . . . .	457

#### QUESTIONI E COMMENTI

BARBARA STRAPPATO – La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti. Prime riflessioni sull'introduzione dell'articolo 612- <i>ter</i> del codice penale . . . . .	463
--	-----

#### I LIBRI

##### ANTOLOGIA DI RIVISTE

Giornale di diritto amministrativo, n. 6 del 2018; n. 1 del 2019; n. 3 del 2019; n. 4 del 2019. . . . .	473
Giurisprudenza Italiana, n. 12, dicembre 2018; n. 1, gennaio 2019	475

Rivista trimestrale della Scuola di perfezionamento per le Forze  
di Polizia, anno 2018, n. 4; anno 2019, n. 2. . . . . 479

**RECENSIONI**

SALVATORE OTTOLENGHI, *Una cultura professionale per la polizia  
dell'Italia liberale e fascista. Antologia degli scritti (1883–1934)*,  
a cura di Nicola Labanca e Michele Di Giorgio, con con-  
tributi di Raffaele Camposano e Gabriele Bassi, Edizioni  
Unicopli, 2018, pagg. 434, € 30. . . . . 485

**LEGGI, DECRETI E CIRCOLARI**

**LEGGI E DECRETI**

Codice penale – Codice di procedura penale – Modifiche al  
codice penale, al codice di procedura penale e altre disposi-  
zioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica  
e di genere. Legge 19 luglio 2019, n. 69 (in Gazz. Uff. n. 173  
del 25 luglio 2019; vigente al: 9 agosto 2019) . . . . . 489

**CIRCOLARI**

Armi – Rilascio di licenza di porto d'arma per difesa personale  
agli Ufficiali delle Forze Armate ai sensi dell'art. 75, quarto  
comma, del Regolamento per l'esecuzione del T.U.L.P.S.,  
di cui al Regio Decreto 6 maggio 1940, n. 635. Direttive.  
Ministero dell'Interno – Dipartimento della pubblica sicu-  
rezza – Ufficio per l'Amministrazione generale – Circolare  
n. 557/PAS/U/015017/10100.A (I)3 del 30 ottobre 2019. . . . . 499

## † Giovanni Pioletti

Il 21 aprile di quest'anno decedeva nella sua abitazione romana Giovanni Pioletti, il Direttore di questa Rivista, fondata nel 1947 dal padre Ugo Pioletti, alla quale aveva dedicato sempre per vari decenni preziose energie con un impegno costante affiancato da magistrati, docenti universitari, funzionari ed avvocati tra i più prestigiosi conoscitori delle materie di interesse del periodico, che mensilmente affrontava temi di viva e palpitante attualità.

Giovanni Pioletti era nato a Genova il 9 gennaio 1933 e si laureava in giurisprudenza presso l'Università di Roma La Sapienza nel discutendo una tesi in diritto penale. Vincitore del concorso per uditore giudiziario nel 1959, conseguiva la nomina ad aggiunto giudiziario ed era assegnato con funzioni giurisdizionali alla prima Sezione penale della Pretura di Roma ove acquisiva una notevole esperienza professionale. Successivamente, divenuto magistrato di Tribunale, era trasferito alla Pretura di Valentano e quindi al Tribunale di Avezzano per poi essere applicato all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione dove ha anche redatto schemi di classificazione dei reati adatti al sistema Italgire–find tuttora in vigore ed ove conseguiva la nomina a magistrato di appello e, nel 1985, a magistrato di Cassazione della quale Corte è stato nominato Presidente di Sezione prestando servizio prima presso la III e poi presso la IV Sezione penale sino alla nomina di Presidente titolare della VII Sezione penale. È stato designato dal luglio 1987 quale componente delle Sezioni Unite penali della Corte, incarico che ha mantenuto sino al collocamento a riposo con il titolo di Primo Presidente Onorario della Suprema Corte, mantenendo peraltro l'incarico di Direttore dell'Ufficio informatizzazione dei reati. Ha, quindi, percorso senza interruzioni oltre quaranta anni presso la massima magistratura acquisendo così una conoscenza "storica" dei vari uffici e servizi di tale Corte, delle relative problematiche, del loro evolversi e modificarsi, anche a fronte di una legislazione in sempre più rapido mutamento.

Al suo impegno come Magistrato, Giovanni Pioletti ha affiancato una parimenti costante opera di docente presso l'Istituto Superiore di Polizia, la Scuola Ufficiali dei Carabinieri e la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione ed una partecipazione a Convegni e Seminari in materia penale seguendo sempre con attenzione i cambiamenti intervenuti nella giurisprudenza della Suprema Corte di cui sono testimonianza le rassegne annuali da lui curate e pubblicate anche sulla rivista Cassazione Penale. Né, in questo rapido *excursus*, deve essere dimenticato l'incarico a lui attribuito di Presidente della Commissione interministeriale per la predisposizione di un testo unico in materia di armi, munizioni ed esplosivi la quale presentava al Ministro uno schema di disegno di legge delega ed un separato disegno di legge avente ad oggetto la revisione delle norme in materia di porto e detenzione di armi, di accertamento dei requisiti psicofisici dei detentori di armi ed in materia di custodia delle stesse.

Il suo nome è anche legato alla menzionata istituzione dell'U.I.R. il cui principale compito è consistito nella realizzazione del progetto Itaca (Information Technology Application for Crimes) che deve soddisfare l'esigenza pratica di un applicativo informatico in grado di calcolare, durante la pendenza del ricorso per Cassazione, il termine di prescrizione del reato e quello di scadenza della misura cautelare e darne tempestivo avviso.

La produzione scientifica non si limita alle indagini sul giuoco nel diritto penale racchiuse in un volume edito nel 1970 ed alla evoluzione normativa della materia, testimoniata anche da numerose note apparse su *Massimario penale*, Rivista da lui diretta sino alla cessazione della pubblicazione nel 2007, ma tocca, tra i vari temi di diritto penale sostanziale e processuale sui quali ha pubblicato, pure quello della tutela penale dei beni culturali e del territorio, con numerosi contributi editi sia in questo periodico sia in altri volumi e pubblicazioni.

Ha, infatti, anche curato numerose pubblicazioni su svariati temi di diritto e procedura penale, tra le quali alcune importanti voci per l'Enciclopedia del diritto e per il Novissimo Digesto italiano e per il Digesto delle discipline penalistiche. Tra le tante meritano di essere ricordate, quelle sulla Concussione, sulle Società segrete e sulla Pena pecuniaria. Ha tenuto in Italia ed all'estero notevoli relazioni tra le quali vanno menzionate quelle sui *Lineamenti della fattispecie delittuosa*

*di associazione di tipo mafioso nel quadro dei reati associativi* (Budapest, 1993) e sugli *Strumenti penali contro la corruzione* (Sofia, 1998).

La memoria di Lui resterà sempre viva in quanti hanno avuto la fortuna di conoscerlo e di frequentare la sua casa romana di Monte Mario, anche al di là delle periodiche riunioni del comitato di redazione delle citate Riviste, e sarà tramandata alle generazioni future le quali, nel solco della continuità affidata al figlio Ugo, troveranno in essa un autorevole punto di riferimento nel ricordo della profondità e della vigoria intellettuale dei suoi insegnamenti e per l'esempio di una operosità senza pari, per la dimensione umana della sua persona, per il calore di simpatia che sapeva sprigionare, per l'affabilità che sempre dimostrava in ogni occasione. Per questo e non solo lascia in noi tutti un vuoto incolmabile nel ricordo del suo duplice impegno di magistrato integerrimo e di studioso.

LEONARDO MAZZA



**DOTTRINA**



# Principio di offensività e reati con finalità di terrorismo

Anticipazione della soglia di tutela penale  
e rischi di involuzione costituzionale

Eva Mariucci

Avvocato del Foro di Roma.

**SOMMARIO:** 1. Il principio di necessaria offensività del reato: dal fondamento costituzionale alla rinnovata pervasività applicativa. Rilievi introduttivi, 341 – 1.1. *Il fondamento normativo dell’offensività nella trama costituzionale, nelle fonti sovranazionali, nelle disposizioni codicistiche e la sua valorizzazione in sede giudiziaria*, 343 – 2. Modelli anticipatori e principio di offensività nello storico dibattito sui reati di attentato, 347 – 3. L’anticipazione della tutela nel reato di associazione con finalità di terrorismo (art. 270 bis c.p.), 350 – 3.1. *La c.d. oggettivizzazione del dolo specifico: un argine all’anticipazione della punibilità “contra constitutionem”*, 351 – 4. Tecnica di anticipazione della tutela per la punibilità degli “esoassociati”: il difficile bilanciamento tra frenesia anticipatoria e rischi di involuzione costituzionale, 352.

## **1. Il principio di necessaria offensività del reato: dal fondamento costituzionale alla rinnovata pervasività applicativa. Rilievi introduttivi**

Appare quasi scontato iniziare la trattazione affermando che il legislatore compie scelte di politica criminale, ricorrendo allo strumento sanzionatorio più severo, la pena, al fine di tutelare la convivenza giuridicamente organizzata <sup>(1)</sup>. Senza questa premessa, tuttavia, a prescindere per il momento dal quadro costituzionale e normativo, non sarebbe possibile ricostruire né la portata né i corollari del principio

1. In argomento, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2019, *passim*.

di legalità, ma neppure il fondamento per così dire “*extra ordinem*” dell’offensività.

L’elevazione di un fatto ad illecito muove da ragioni di protezione generale e per questo la pena assume un doppio connotato funzionale: di dissuasione e deterrenza nei confronti dei consociati (*ratio general-preventiva*); e, in un ordinamento liberale e democratico, di recupero della persona, che con la propria condotta ha violato il precetto antiggiuridico (*ratio special-preventiva*) (2).

La pena è dunque un’estrema necessità, «la sanzione più energica di cui dispone l’ordine giuridico» (3), e alla quale ci si appella per reprimere, *ex ante*, le condotte dei consociati lesive dei beni fondamentali per la preservazione della giuridica convivenza sociale e, *post delictum*, per tentare un recupero della persona.

In questa ottica, il principio di offensività è il criterio che governa le scelte di politica criminale, imponendo al legislatore di accordare rilievo solo a quelle condotte effettivamente lesive di beni meritevoli di una adeguata tutela penale (4).

Storicamente, non va comunque dimenticato che la selezione dei beni giuridici è stata frutto di scelte ideologicamente orientate; si pensi allo Stato totalitario, ove la teoria del bene giuridico è stata asservita alle politiche autoritative del tempo, consentendo di elevare ad illecito penale condotte addirittura lesive dell’evanescente “bene giuridico” dell’infedeltà allo Stato. La violazione del dovere di fedeltà diveniva il tratto riprovevole della condotta umana: infatti, la lesione del bene giuridico retroagiva ad elemento secondario e restava assorbito nell’offesa diretta allo Stato etico (5).

L’entrata in vigore della Costituzione ha rappresentato una tappa fondamentale per la selezione dei beni meritevoli di tutela. In questo senso, è possibile affermare che la Carta fondamentale sia “tavola assiologica” dei valori statuali, alla quale attingere per la selezione degli interessi cui l’ordinamento deve apprestare massima protezione. Fino ad un recente passato, era invalsa la c.d. “teoria della costituzionalizza-

2. Cfr. V. SCORDAMAGLIA, *Colpa, responsabilità, pena*, in *Riv. it. fil. d. dir.*, 2004, 3, pagg. 379 e ss.

3. Cfr. V. SCORDAMAGLIA, *Colpa, responsabilità, pena*, op. ult. cit., pag. 380.

4. Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pagg. 1 ss.

5. Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico*, op. ult. cit., pagg. 1 ss.

zione” dei beni giuridici, secondo cui la Carta fondamentale è fonte esclusiva di scelta dei valori meritevoli di tutela. L’impostazione, tuttavia, risente di un certo formalismo; seppur apprezzabile in un’ottica di condivisione dei valori e prevedibilità delle scelte criminali, rischia di irrigidire il catalogo dei beni meritevoli posti a presidio dall’ordinamento. Attualmente, è stata così prospettata una “lettura aperta” dei valori costituzionali, in grado di ricomprendere anche quelli non ancora oggetto di avveduta riflessione all’epoca della stesura del testo costituzionale (6). Del resto, l’art. 2 Cost., nel richiamare i diritti inviolabili, è oggi pacificamente interpretato in senso estensivo: si è riconosciuta difatti dignità anche a diritti non espressamente declinati in Costituzione, come identità sessuale, ambiente e privacy (7).

#### 1.1. *Il fondamento normativo dell’offensività nella trama costituzionale, nelle fonti sovranazionali, nelle disposizioni codicistiche e la sua valorizzazione in sede giudiziaria*

Nell’intelaiatura costituzionale, dall’art. 25, comma 2, Cost. emerge la necessità di reprimere il “fatto” umano nella sua materialità, non potendo assumere rilievo le forme di ribellione interne, manifestazione di un atteggiamento impercettibile *ab externo (cogitationis poenam nemo patitur)*. La disposizione va peraltro coniugata con l’art. 27, comma 3, Cost., nella parte in cui è sancito il principio del finalismo rieducativo della pena; la comminatoria, a fronte di un fatto sprovvisto di connotazione offensiva, sarebbe prerogativa ordinamentale intrinsecamente sproporzionata e, dunque, inidonea *in nuce* a determinare quell’aspirazione rieducativa che il costituente conferisce alla sanzione penale. Completa il quadro costituzionale, l’art. 13: la doppia garanzia, che si palesa nella riserva di legge e di giurisdizione, è un presidio a tutela della libertà personale che postula inscindibilmente una offesa al bene giuridico: la lesione deve pertanto essere carica di reale disvalore, per potere concretizzare almeno una possibilità rieducativa.

A ciò aggiungasi, che nelle fonti sovranazionali, il principio trova ulteriore celebrazione nell’art. 49, comma 3, Carta di Nizza, ove è

6. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pagg. 24–25.

7. A titolo esemplificativo: C. cost. n. 561/1987; C. cost. n. 223/1996; C. cost. n. 50/1998; C. cost. n. 189/1990; C. cost. n. 120/2001; C. cost. n. 494/2002, tutte reperibili in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

sancita la proporzionalità tra reato e pena, così come nell'art. 52, comma 1, che, nel precisare l'*extrema ratio* delle limitazioni delle libertà fondamentali, adotta il criterio dell'effettiva esigenza di protezione dei diritti e delle libertà.

Queste coordinate, peraltro, rilevano non solo con riferimento alla sanzione penale *stricto sensu*, ma anche in ambito cautelare, segnatamente nella delicata materia delle misure *de libertate* di carattere personale. Sebbene la tesi dominante è nel senso di ritenere che la custodia cautelare in carcere presenti i connotati di un istituto processuale<sup>(8)</sup>, la stessa è in ogni caso un'*extrema ratio*, cui ricorrere nei casi di inadeguatezza di ogni altra misura, in accordo alla cosiddetta massima del minor sacrificio possibile. Il principio di proporzionalità in materia cautelare assume pertanto le fattezze di un criterio di scelta, a fronte delle intrinseca incidenza sulla libertà personale *ex art. 275, comma 2, c.p.p.* Di recente, le numerose falci di incostituzionalità dell'art 275 c.p.p. sono state la naturale conseguenza dinanzi all'impiego del legislatore di azzardati automatismi applicativi per numerose fattispecie delittuose<sup>(9)</sup>. Dopo l'intervento costituzionale, il medesimo legislatore, con L. 16 aprile 2015, n. 47, ha preso atto della necessità di apportare le opportune modifiche: ad oggi, la presunzione assoluta di adeguatezza, salva in ogni caso l'insussistenza delle esigenze cautelari, è rimasta per i soli reati di associazione di stampo mafioso (art. 416 *bis* c.p.), nonché per le fattispecie di cui agli artt. 270 e 270 *bis* c.p., quest'ultima in materia di terrorismo ed oggetto di analisi nel seguito della trattazione.

Per completezza, non va trascurato che, in linea generale, è proprio il ricorso indiscriminato a meccanismi di automatica inflizione sanzionatoria che rende *ex se* le fattispecie di tale portata incompatibili con il principio di offensività: si pensi ai cosiddetti automatismi sanzionatori incentrati sulle qualità personali dell'autore<sup>(10)</sup>; o, più di recente, alla

8. Cfr. Sez. Un., sent. 17 luglio 2014, n. 44895, in *CED Cass.* n. 260927.

9. A partire dal Decreto Sicurezza 2009 (D.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in L. 23 aprile 2009, n. 38), la tendenza all'automatismo cautelare è stata stigmatizzata dalla Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. Cost.*, 2010, pag. 3169.

10. In tema di automatismi sanzionatori, sull'aggravante della clandestinità *ex art. 61, co. 11 bis, C. cost.*, sent. 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. it.*, 2011, 4, con nota di A. MATERIA, *Gli extracomunitari tra discrezionalità penale, diritti fondamentali e principio di offensività*; in riferimento all'art. 69, co. 4, c.p. sul divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sul-

declaratoria di incostituzionalità delle pene accessorie fisse in materia di bancarotta fraudolenta <sup>(11)</sup>.

Del resto, allo stadio attuale, la consacrazione del principio di proporzionalità a livello unionale (art. 49, comma 3, Carta di Nizza) consente alla Corte costituzionale di superare la primigenia impostazione che ha fatto leva sull'art. 3 Cost. (in specie, sulla ragionevolezza) per addivenire alle declaratorie di incostituzionalità di trattamenti punitivi sproporzionati. La Corte infatti ha già avuto modo di valutare il reale disvalore del fatto a prescindere da un *tertium comparationis*, assestando il metro di giudizio su una ponderazione di intrinseco equilibrio tra reato e pena <sup>(12)</sup>.

A livello codicistico, chiude il quadro dei riferimenti normativi dell'offensività, l'art. 115 c.p., ove si esclude il rilievo penale dell'accordo criminioso che non sfoci nella commissione del reato oggetto di pattuizione, salva l'applicazione di una misura di sicurezza, o la previsione di specifici modelli derogatori, in cui si assiste all'anticipazione della tutela, punendo l'accordo *ex se* (come si vedrà nel prosieguo, tali sono le ipotesi in cui l'ordinamento, in presenza di interessi di particolare rilievo, ricorre a tecniche di anticipazione della soglia di tutela penale, incriminando condotte addirittura antecedenti lo stadio del tentativo di delitto: come il mero accordo o l'istigazione *ex artt.* 302, 304 e 322 c.p.).

Ad ogni modo, la norma che a livello di legislazione primaria più di tutte dà motivo di ritenere necessaria l'offensività della condotta è

l'aggravante della recidiva reiterata, C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 205, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); sull'art. 62 *bis*, co. 2, c.p. sul divieto di concessione delle attenuanti generiche per i recidivi reiterati che avessero commesso uno dei delitti di cui all'art. 407, co. 2, c.p.p., C. cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. cost.*, 2011, 3, pag. 2359; sull'art. 99, co. 5, c.p. sulla dichiarazione obbligatoria di recidivanza nel caso in cui il nuovo reato fosse tra quelli inclusi nell'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., C. cost. 23 luglio 2015, n. 185 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

11. C. cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). In materia di bancarotta fraudolenta, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 216, ultimo comma, regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 nella parte in cui dispone: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa *fino a dieci anni*».

12. C. cost. 10 novembre 2016, n. 236, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*.

l'art 49, comma 2, c.p. Nel reato impossibile il legislatore prende in considerazione l'eventualità di una condotta corrispondente al tipo (dunque astrattamente offensiva), ma in concreto — per inidoneità dell'azione o inesistenza dell'oggetto — priva di un'efficacia lesiva nei confronti del bene giuridico presidiato. Quanto ai parametri di accertamento, l'orientamento maggioritario della prevalente giurisprudenza sembra ad oggi ancora disposto a favore del criterio della prognosi postuma a base parziale <sup>(13)</sup>. Non mancano tuttavia opinioni divergenti le quali, muovendo dall'autonomia dell'art. 49 c.p. rispetto all'art. 56 c.p., propendono addirittura per una valutazione *ex post* a base totale, tenuto conto delle circostanze anche non conosciute ma obiettivamente rilevanti nel giudizio di impossibilità <sup>(14)</sup>. Meritevole di attenzione è la tesi dottrinale che propende invece per l'accertamento *ex ante* ed in concreto, ma su base totale <sup>(15)</sup>.

Terminando l'analisi sull'attuale panorama normativo, va, seppur per inciso, dato atto della manifestazione del principio di offensività anche in peculiari istituti conosciuti dalla nostra legislazione penale: spicca l'art. 27 D.P.R. n. 448/88 nel processo minorile, ove la tenuità del fatto è presupposto per la richiesta di non luogo a procedere; l'art. 34 D.lgs. n. 274/00 che, nella giurisdizione di pace, contempla l'ipotesi della tenuità in ottica conciliativa. Infine, seppur con differente finalità e condizioni applicative rispetto all'art. 34 citato, non può non richiamarsi l'art. 131 *bis* c.p. che, al ricorrere dei presupposti oggettivi e soggettivi ivi declinati, disciplina la causa di non punibilità per tenuità del fatto, introdotta dal legislatore nel 2015 con chiaro intento deflattivo <sup>(16)</sup>.

In conclusione alle osservazioni che precedono, giova evidenziare che, quello che si è lasciato intendere sulla significativa rilevanza del principio di offensività a partire dal momento in cui è compiuta la scelta di politica criminale, ossia all'atto di formulazione delle fattispecie (c.d. offensività in astratto), non è l'unico momento in cui il canone

13. Cass. pen., sez. II, 6 settembre 2013, n. 36631, in *CED Cass.* n. 257063; Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 1993, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, f. 4, pag. 81; Cass. pen., sez. I, 31 marzo 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, pag. 461.

14. Cass. pen., sez. I, 14 giugno 1989, n. 8527, in *Cass. pen.*, 1991, I, pag. 572.

15. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., pagg. 431 e ss.

16. Sul punto, si veda la recente presa di posizione della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 28 novembre 2017, n. 53683, in *Riv. Pen.*, 2018, 3, pag. 224.

*de quo* assume rilievo giuridico. Nella dinamica processuale, infatti, il principio torna ad avere un ruolo preminente all'atto dell'accertamento sulla sussistenza del fatto, quando dà la stura ad un'operazione ermeneutica compiuta dalla stessa autorità giudicante (c.d. offensività in concreto) <sup>(17)</sup>.

## 2. Modelli anticipatori e principio di offensività nello storico dibattito sui reati di attentato

In numerose fattispecie di parte speciale, il legislatore ricorre al modello del delitto di attentato, punendo la condotta di chi semplicemente compia atti diretti ad offendere il bene giuridico presidiato dalla norma. L'anticipazione della relativa tutela si lega al particolare rilievo dei valori meritevoli di protezione, quali ordine pubblico, pubblica incolumità, personalità dello Stato.

In passato, a proposito di tale paradigma anticipatorio, si è sostenuto che vi fosse un chiaro intento del legislatore di punire gli atti meramente preparatori, precorrendo il momento della punibilità rispetto al tentativo di delitto che, come noto, incarna il modello tradizionale di anticipazione della tutela penale, posto che l'art. 56 c.p. delinea una vera e propria clausola generale per punire condotte non consumative, univocamente ed idoneamente dirette alla realizzazione dell'evento. L'istituto è frutto di una precisa scelta di politica criminale, in discontinuità rispetto alla previsione contenuta nella previgente legislazione del 1889.

Il codice Zanardelli, muovendo da istanze liberali, operava una netta distinzione tra i cosiddetti atti preparatori ed esecutivi, non riservando ai primi alcun rilievo penale. Il codice Rocco, viceversa, elide la differenziazione, al fine di determinare un arretramento della soglia

17. I recenti approdi giurisprudenziali mostrano una significativa attenzione al principio *de quo*, tanto che nei caso di coltivazione di sostanze stupefacenti, la Corte costituzionale ha espressamente richiamato il canone di offensività per l'accertamento del concreto disvalore del fatto (C. cost., 20 maggio 2016, n. 109, in *Cass. pen.*, 2016, 9, con nota di E. APRILE. Parimenti, in tema di peculato d'uso, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite 2 maggio) 2013, n. 19054, in *CED Cass.* ha richiamato il canone, allorché la condotta del pubblico dipendente non abbia arrecato un danno economico all'amministrazione, avendo questi utilizzato per fini personali un telefono di servizio oggetto di contratto con tariffa "tutto compreso".

di rilevanza penale del fatto: in questo modo, anche gli atti preparatori assumono una valenza offensiva tale da legittimare la sanzione penale; viene tuttavia inserito un “correttivo–freno” alla generalizzata anticipazione della soglia di punibilità, postulando l’idoneità ed univocità direzionale degli atti compiuti.

Sotto il profilo dell’inquadramento dogmatico, il tentativo di delitto, così come delineato nell’art. 56 c.p., incarna il prototipo del reato di pericolo concreto, poiché il rischio di lesione all’integrità del bene giuridico è accertato sulla base di una verifica empirica: *ex ante* ed in concreto (18). Questo modello anticipatorio risulta pertanto in linea con il principio di offensività (*ex art. 25, comma 2, Cost.*), poiché la condotta anti-giuridica non si traduce in una mera disubbidienza dell’agente rispetto al precetto penale, come sovente accade nelle fattispecie, peraltro sempre più diffuse, di pericolo presunto, ove il recupero della dimensione offensiva, se non rimediabile attraverso interpretazioni giurisprudenziali correttive, palesa un *deficit* strutturale genetico costituzionalmente inaccettabile (19).

Tornando ai rapporti tra fattispecie di attentato e art. 56 c.p., è bene evidenziare come le prime non possano ontologicamente combinarsi con la clausola generale, poiché altrimenti l’arretramento della punibilità sarebbe tale da determinare secondo la costante dottrina il c.d. “pericolo del pericolo”, forzando il dettato costituzionale, al punto da prescindere completamente dal principio di necessaria offensività.

18. I presupposti *de quibus*, nell’interpretazione oggi accolta dalla maggioritaria giurisprudenza, vengono accertati ricorrendo al criterio della c.d. prognosi postuma: un giudizio *ex ante* ed in concreto, tenuto conto delle circostanze conosciute o conoscibili dall’agente (c.d. base parziale). Cass. pen., sez. II, 23 ottobre 2014, n. 44148, in *CED Cass.*; Cass. pen., sez. I, 19 luglio 2010, n. 27918, in *Riv. Pen.*, 2011, II, pag. 1222; Cass. pen., sez. IV, 20 settembre 2002, n. 31449 in *Guida dir.*, 2002, 43, pag. 88.

19. Nei reati di pericolo presunto, il legislatore sottrae l’accertamento del pericolo alla valutazione giudiziaria. La legittimità di tali fattispecie all’interno dell’ordinamento, seppur discussa per le ragioni evidenziate in narrativa, è fatta salva a fronte di quella sentita aspettativa sociale di evoluzione scientifica, che tuttavia nei propri esiti non può essere preventivamente oggetto di controllo; le fattispecie di pericolo presunto sono pertanto, nell’attuale contesto giuridico, considerate legittime nei limiti in cui l’incriminazione abbia ad oggetto condotte pericolose di carattere per così dire seriale per l’integrità di beni collettivi di rango primario, come ambiente e salute; cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2018, pag. 613.

Ad ogni modo, non può dirsi che le due tecniche anticipatorie presentino oggi, dopo un travagliato *iter* giurisprudenziale e normativo, punti di contatto.

Storicamente, nella primigenia lettura dei delitti di attentato era prevalsa una tesi soggettivistica: muovendo dal dato meramente formale, si riteneva punibile anche la sola intenzione di ledere il bene giuridico. La finalità di terrorismo od eversione dell'ordine democratico, in quanto connotato distintivo del delitto, veniva reputata sufficiente per la sussistenza del reato, semplicemente quando fosse stata contraddistinta dal proposito di far valere, attraverso gli atti di violenza compiuti, istanze politiche destabilizzanti (20).

Successivamente, attraverso una valorizzazione in sede giurisprudenziale del principio di offensività, le fattispecie di attentato sono state rilette alla stregua dei canoni di idoneità ed univocità previsti per il tentativo di delitto (21).

Nel 2006, il legislatore, recependo gli arresti giurisprudenziali che avevano consentito una interpretazione costituzionalmente conforme di alcune delle disposizioni contenute nel libro II, titolo I del codice penale, con la legge n. 85 del 2006 ha espressamente inserito il requisito della idoneità in talune delle fattispecie ivi previste: tra le altre, quelle di cui agli artt. 241, 283 e 289 c.p. All'esito dell'intervento legislativo, questi delitti presentano la medesima struttura delle fattispecie di pericolo concreto, con un conseguente recupero della dimensione di effettiva offensività, alla stregua del modello delineato dall'art 56 c.p. per il tentativo di delitto.

20. Cass. pen., sez I, 9 maggio 1986, n. 3526, in *Cass. pen.*, 1987, pag. 1106, secondo cui: «Caratteristica indispensabile dei delitti di attentato, previsti dall'art. 280 c.p. è la finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, che deve improntare l'azione astrattamente ipotizzata nel precetto e che costituisce, perciò, il connotato distintivo del reato. pertanto, poiché tale finalità si sostanzia nel proposito di far valere, attraverso gli atti di violenza compiuti, istanze politiche destabilizzanti, ne deriva che, perché possa ritenersi sussistente la finalità medesima, è necessario che l'affermazione delle istanze politiche costituisca oggetto immediato e diretto della intenzione dell'agente. (Nella specie è stata esclusa la ricorrenza di detta finalità, poiché il fine perseguito dagli imputati nel cagionare la morte di due carabinieri fu unicamente quello di impedire che "fosse ostacolato od escluso" il recupero di armi e "comunque di assicurarsi l'impunità dei reati relativi alle armi")».

21. Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2003, 7, pag. 1432 con nota di S. FERRARI.