

Tullio Padovani

DIRITTO PENALE

XI EDIZIONE



GIUFFRÈ EDITORE

Capitolo I

INTRODUZIONE

Sommario: 1. Sanzione e norma penale. - 1.1. Materia penale e tipo di sanzione. - 1.2. Autonomia, frammentarietà e sussidiarietà del diritto penale. - 1.3. Il contenuto della sanzione penale. — 2. La legislazione penale italiana. - 2.1. I codici penali dell'Italia unita. - 2.2. Il codice penale e le sue partizioni. La legislazione penale « complementare ». - 2.3. I diritti penali speciali. - 2.4. Il diritto penale internazionale e il diritto internazionale penale. - 2.5. Diritto penale ed Unione Europea.

1. Sanzione e norma penale.

1.1. Materia penale e tipo di sanzione. — Le norme dell'ordinamento si distinguono solitamente in base alla *materia* ch'esse disciplinano e al *tipo di rapporti* ch'esse intendono regolare: le relazioni tra privati costituiscono l'oggetto del diritto civile e del diritto commerciale; quelle tra soggetti pubblici o tra privati e soggetti pubblici attengono, secondo i casi, al diritto costituzionale o al diritto amministrativo; quelle fra stati al diritto internazionale, e così via dicendo, con ampie possibilità di individuare, all'interno di ciascuna « branca », sottosettori caratterizzati da specifiche peculiarità dei rapporti regolati (ad es., il diritto agrario rispetto al diritto privato), o di riconoscere, per le stesse ragioni, sottosettori « ritagliati », per così dire, ai confini di rami diversi (ad es., il diritto ecclesiastico rispetto al diritto costituzionale, internazionale ed amministrativo). D'altro canto, è ben noto come la complessità e l'interrelazione di numerosi rapporti determinati dall'esperienza giuridica contemporanea (ad es., nell'ambito dell'intervento pubblico nell'economia e della disciplina comunitaria dell'attività imprenditoriale) tendano a mettere in costante discussione i confini dei vari rami dell'ordinamento e delle discipline giuridiche ad essi relative, e a prospettare talora estenuanti *actiones finium regundorum*, destinate per lo più a risolversi nella sovrapposizione dei rispettivi campi di materia. Basterebbe ricordare in proposito l'espansione privatistica in ambiti tradizionalmente propri del diritto pubblico (ad es., tutela dell'ambiente, della salute; materia edilizia), e

la correlativa dilatazione amministrativistica in settori tradizionalmente propri del diritto privato (ad es., in numerosi aspetti dell'attività commerciale).

Per il diritto penale il discorso è completamente diverso: dal punto di vista formale, le sue norme non si individuano in base alla *materia* regolata dal comando o dal divieto, bensì in base al *tipo di sanzione* comminata per la sua inosservanza. Perché una norma sia « penale » è sufficiente che alla sua violazione consegua una delle « pene principali » indicate dall'art. 17 c.p. (l'ergastolo, la reclusione e la multa, per i delitti; l'arresto e l'ammenda per le contravvenzioni. Per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace: *infra*, IX, 1.3.2). La riconoscibilità di una norma come « penale » prescinde quindi dal peculiare atteggiarsi della materia oggetto del comando o del divieto, che può, dal canto suo, riferirsi ai settori più disparati: al diritto commerciale come al diritto del lavoro, al diritto civile come al diritto amministrativo. In effetti, norme penali sono sparse e disseminate ovunque nell'ordinamento, in numero ben superiore a quelle contenute nel codice penale, nel quale sono (o dovrebbero essere: *infra*, 2.2) ricomprese le incriminazioni di maggiore significato sociale, quelle in cui si identifica l'area, per così dire, « tradizionale » del diritto penale (ad es., omicidio; rapina; furto; falsi, e così via dicendo). In ogni modo, è chiaro che la sanzione penale rende « penale » qualsiasi precetto cui venga riferita. Correlativamente, assumono natura penale tutte le norme che incidono sull'applicabilità della sanzione penale, consentendo in determinati casi la realizzazione di un fatto altrimenti vietato (*norme permissive*, quali, ad es., le cause di giustificazione: *infra*, VI, 1.2), escludendo o estinguendo la punibilità di determinati fatti (*infra*, IX, 3.3), o semplicemente attenuando od aggravando le conseguenze punitive (*infra*, VIII, 2).

1.2. Autonomia, frammentarietà e sussidiarietà del diritto penale. — Questa peculiarità del diritto penale condiziona, secondo alcuni, la sua natura, che si risolverebbe, in ultima analisi, nel suo stesso carattere sanzionatorio. Il diritto penale, mutuando precetti riferibili ai vari rami dell'ordinamento, si limiterebbe a predisporre l'unica sanzione, od una sanzione ulteriore rispetto a quella eventualmente già prevista nel settore di pertinenza del precetto (ad es., il risarcimento dei danni).

Alle teorie della natura sanzionatoria (od ulteriormente sanzionatoria) del diritto penale si è opposta la tesi autonomistica, oggi dominante. Se un precetto munito di sanzione penale diviene penale, la determinazione dei destinatari, del contenuto, dei limiti di applicabilità si uniforma alle regole ed

alle esigenze proprie del diritto penale. Così, se una norma lavoristica impone al « datore di lavoro » di astenersi da determinati comportamenti (ad es., atti di discriminazione sindacale), essa è riferita a qualsiasi soggetto, persona fisica, giuridica od ente non personificato, che rivesta la qualifica in senso civilistico. Ma poiché tale norma è munita di sanzione penale (artt. 15 e 38¹, L. 300/1970) è sempre necessario procedere all'individuazione di una persona fisica, perché la responsabilità penale non può essere addossata a persone giuridiche o ad enti collettivi (*infra*, IV, 3.1). Se il datore di lavoro in senso civilistico è una società di capitali, occorrerà determinare quale fra i suoi organi costituiti da persone fisiche possa considerarsi il « datore di lavoro » cui si rivolge il precetto penale. È chiaro dunque come la sanzione penale non costituisca una mera « appendice » del precetto, ma ne comporti la « trasformazione » in un nuovo precetto che, nell'esempio formulato, assume addirittura destinatari diversi.

Negare la *natura* meramente (o ulteriormente) sanzionatoria del diritto penale, ed affermarne l'autonomia, non significa però negare la *funzione* sanzionatoria che, in realtà, il diritto penale è chiamato a svolgere — come già si è osservato — rispetto a precetti pertinenti ai più svariati rami dell'ordinamento. Lo scopo per il quale un precetto civile o amministrativo viene munito di sanzione penale (e quindi trasfuso in una norma penale) è quello di approntare o rafforzare una sanzione, allorché non siano concretamente praticabili, o non siano sufficienti, le sanzioni civili o amministrative. Così, è evidente che l'omicidio, anche se colposo, non possa essere represso soltanto mediante il risarcimento del danno, essendo tale sanzione manifestamente insufficiente a garantire un'efficace tutela del bene della vita. Secondo i più moderni orientamenti di politica criminale, la valutazione circa l'effettiva necessità della sanzione penale costituisce anzi un criterio fondamentale per arginarne razionalmente l'abuso indiscriminato in sede legislativa, che costituisce una caratteristica negativa di molti sistemi giuridici moderni (e soprattutto di quello italiano). Questo criterio assume il nome di *principio di sussidiarietà* (dell'intervento punitivo penale, che dovrebbe per l'appunto aver luogo soltanto quando difettino strumenti sanzionatori di diversa natura, ma di pari efficacia repressiva e preventiva).

D'altro canto, il diritto penale, per quanto esteso possa risultare, conserva un ineliminabile *carattere frammentario*, in un triplice senso. In primo luogo, esso non coincide mai con l'area dell'illecito giuridico (ad es., l'indempimento contrattuale è di regola irrilevante per il diritto penale): non tutto ciò che è illecito, lo è anche dal punto di vista penale. In secondo luogo, esso non coincide necessariamente con l'area dell'illiceità morale (ad es.,

negare pretestuosamente un aiuto economico ad un amico in difficoltà non rientra nella fattispecie dell'art. 593 c.p.): non tutto ciò che è moralmente riprovevole, è penalmente illecito. In terzo luogo, la tutela offerta dal diritto penale è per lo più correlata a determinate modalità di aggressione del bene protetto (ad es., è represso a titolo di truffa il solo fatto di procurarsi un ingiusto profitto mediante induzione in errore: art. 640¹ c.p., e non anche limitandosi a profittare dell'errore altrui non determinato da alcun inganno).

1.3. Il contenuto della sanzione penale. — L'identificazione della norma penale procede dunque dal tipo di sanzione e non dall'oggetto del comando o del divieto. Ma il tipo di sanzione risulta definito in termini formali, sulla scorta dell'elencazione contenuta nell'art. 17 c.p. Ora, è evidente che se un determinato illecito non è punito con l'ergastolo, o con la reclusione, o con la multa, non è un delitto; e se non è previsto nemmeno l'arresto, o l'ammenda, non è neanche una contravvenzione: non è quindi un « reato ». Potrà costituire illecito civile, amministrativo, fiscale, ma non costituirà un illecito penale.

Ma poiché l'elenco delle sanzioni penali è dettato dal legislatore, il criterio di identificazione della norma penale finisce con l'essere formalmente certo, ma sostanzialmente tautologico: in definitiva è « penale » la sanzione (e la norma relativa) che è stata dichiarata « penale ». Spostando allora l'attenzione sul suo piano sostanziale, del *contenuto* della sanzione (ciò in cui essa consiste), si prospetta una questione fondamentale: l'indicazione di talune sanzioni come « penali », da parte dell'art. 17 c.p., è il risultato di una scelta arbitraria? Il legislatore potrebbe, a suo piacimento, mutare l'etichetta, e considerare la reclusione, ad es., come sanzione amministrativa, affidandone l'applicazione al prefetto o al questore? In altri termini, si tratta di verificare se le sanzioni elencate nell'art. 17 c.p. presentino un *contenuto* che le caratterizzi come necessariamente « penali »; se l'indicazione normativa sia cioè in qualche modo *vincolata*.

Per rispondere alla domanda, dobbiamo prima di tutto rilevare come le varie pene previste dall'art. 17 c.p., al di là delle loro specifiche differenze contenutistiche (l'ergastolo consiste nella privazione perpetua della libertà personale; la reclusione e l'arresto nella privazione temporanea, variamente diversificata sul piano applicativo; la multa e l'ammenda nel pagamento di una somma di danaro), presentino una sorta di minimo comune denominatore rappresentato dal fatto ch'esse sono tutte idonee ad incidere — *attualmente o potenzialmente* — sulla libertà personale del reo: *attualmente* le pene

Termine estratto capitolo

Capitolo II

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Sommario: 1. Introduzione. - 1.1. Concetto e funzione del principio di legalità. - 1.2. Aspetti e fonti del principio di legalità. — 2. Il principio della riserva di legge o di « stretta » legalità. - 2.1. Il concetto di « legge »: decreti-legge e decreti legislativi. - 2.2. Legge statale e legge regionale. - 2.3. Riserva « assoluta » e riserva « relativa »: i rapporti tra legge e regolamento. - 2.4. La consuetudine. — 3. Il principio di determinatezza e di tassatività. - 3.1. Nozione di determinatezza e di tassatività. - 3.2. Fonti del principio di determinatezza e di tassatività. - 3.3. La determinatezza della fattispecie incriminatrice. - 3.4. La giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di determinatezza della fattispecie. - 3.5. Il principio di determinatezza in rapporto alla pena. - 3.6. Il principio di tassatività: il divieto di analogia *in malam partem*. - 3.7. L'analogia e le norme favorevoli. — 4. Il principio di irretroattività. - 4.1. Fonti e concetto del principio di irretroattività. - 4.1.1. La disciplina della successione di leggi penali secondo l'art. 2 c.p. - 4.1.2. Depenalizzazione e successione di leggi. - 4.2. Le modificazioni « mediate » della fattispecie incriminatrice. - 4.3. Le deroghe al principio della retroattività della legge più favorevole. - 4.4. Decreto-legge non convertito o convertito con emendamenti. - 4.5. Dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale. - 4.6. La dimensione interordinamentale del principio di retroattività della legge penale più favorevole (artt. 7 CEDU e 49 CDFUE). - 4.7. Il *tempus commissi delicti*. — 5. Le due legalità, interna (art. 25 Cost.) e convenzionale (art. 7¹ CEDU). - 5.1. La dimensione autonoma della legalità convenzionale: la giurisprudenza come fonte del diritto e la frizione con il principio della riserva di legge. - 5.2. Le due legalità sotto il profilo della determinatezza e tassatività della norma penale. La prevedibilità (soggettiva e oggettiva) dell'esito applicativo. Rilievi critici.

1. Introduzione.

1.1. Concetto e funzione del principio di legalità. — Il principio di legalità rappresenta uno degli aspetti fondamentali del diritto penale. Esso corrisponde all'esigenza che la produzione e l'applicazione delle norme penali siano sottoposte al monopolio della legge. Il principio — espresso da un brocardo latino coniato agli inizi dell'Ottocento da A. von Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege* — è di derivazione illuministica, anche se qualche sua traccia può essere rinvenuta in epoche anteriori (in particolare: nel Cap. 39 della *Magna Charta* di Re Giovanni, del 1215, secondo cui

« nessun uomo libero sia arrestato o imprigionato o multato o messo fuori legge o esiliato o danneggiato in alcun modo, né ci volgeremo o manderemo alcuno contro di lui, eccetto che per legale giudizio di suoi pari o secondo la legge del regno »). Le prime consacrazioni normative del principio modernamente inteso risalgono ai testi normativi della Rivoluzione francese (a partire dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino: « la legge non deve stabilire che pene strettamente ed evidentemente necessarie, e nessuno può essere punito che in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al reato e legalmente applicata »).

L'idea di fondo intorno alla quale ruota il principio di legalità è che in materia di responsabilità penale, trattandosi di incidere sulla libertà della persona, l'unica fonte abilitata ad intervenire sia la legge, in quanto atto normativo promanante dall'organo che è diretta espressione della sovranità popolare, e cioè dal parlamento, nel quale a definire natura e limiti dei fatti punibili concorrono i rappresentanti dell'intera comunità. In questo senso, il principio di legalità assume, nel diritto penale, una portata assai più vasta ed intensa del principio di legalità inteso quale attributo dello stato di diritto. In tale ultima accezione, il principio di legalità designa la subordinazione del potere alla legge ed il primato della legge sulle altre fonti del diritto, il cui spazio normativo è da essa definito, circoscritto e vincolato; mentre nel diritto penale il principio di legalità indica l'esclusività monopolistica della legge nello stabilire fondamento, limiti e conseguenze della responsabilità penale.

Dall'idea di fondo che ispira il principio di legalità si trae il suo significato funzionale: esso è destinato a garantire la libertà delle persone coinvolte nell'applicazione di una norma penale. Ciò spiega la sua eliminazione negli ordinamenti degli stati totalitari, dove non si tratta di assicurare una libertà contro le esigenze pubbliche o collettive, ma di piegare il singolo ad esse nelle forme più duttili ed intense (e quindi anche prospettando l'infrazione di una pena per comportamenti disfunzionali non espressamente stabiliti dalla legge). Emblematica appare in questo senso l'esperienza della Germania nazista, che nel 1935 introdusse la regola dell'estensione analogica delle norme incriminatrici, sulla base del « sano sentimento del popolo tedesco » (eliminata nel 1946 dalla Commissione Alleata di controllo).

In Italia, il c.p. del 1930, nonostante sia stato emanato durante il regime fascista, ha mantenuto il principio di legalità (art. 1), attribuendogli tuttavia un significato riduttivo, come garanzia di una norma scritta in funzione di certezza. Nessuno dubita che la legalità in materia penale assicuri anche un tale valore, che è del resto coesenziale all'idea stessa di diritto; ma si tratta

di un valore strumentale alla più alta esigenza che, attraverso la certezza (nella delineazione dei reati e nella determinazione delle pene), sia protetta la libertà delle persone. E, da questo punto di vista, la certezza è condizione senza dubbio necessaria per garantire la libertà (un'incriminazione di tenore indeterminato, non consentendo la definizione *a priori* dei confini tra lecito ed illecito, espone evidentemente al rischio che la punibilità si fondi su di un incontrollabile apprezzamento *a posteriori*, da parte del giudice); ma non è peraltro condizione sufficiente per fornire una tale garanzia. Un'incriminazione « certa » può risultare del tutto arbitraria e vessatoria; ed è per l'appunto contro un tale pericolo che si afferma la necessità di un atto normativo — la legge — qualificato per la sua derivazione da un organo dotato della massima rappresentatività.

Appare allora chiaro che il principio di legalità può dispiegare per intero la sua valenza funzionale di presidio della libertà soltanto in un ordinamento democratico, perché soltanto in un ordinamento democratico si prospetta l'esistenza di un parlamento in grado di valutare dialetticamente le esigenze punitive della comunità.

1.2. Aspetti e fonti del principio di legalità. — Il principio di legalità assume tre aspetti, o profili, che attengono rispettivamente alla fonte della norma penale, al contenuto della previsione normativa e sanzionatoria, ed alla sua efficacia nel tempo. Si distinguono in questo senso il *principio di « stretta » legalità* (o della *riserva di legge*), in base al quale la competenza in materia penale spetta alla legge; il *principio di determinatezza e di tassatività*, in base al quale la previsione incriminatrice e la sanzione ad essa correlata devono essere di contenuto definito, e non possono essere riferite a casi non espressamente ricompresi nell'ambito normativo così circoscritto; il *principio di irretroattività*, in base al quale la norma incriminatrice non può essere applicata a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

I tre aspetti del principio di legalità corrispondono ad esigenze garantistiche relativamente differenziate. La *riserva di legge* impedisce in particolare l'intervento normativo penale del potere esecutivo (attraverso atti di natura regolamentare); essa assicura quindi la libertà contro i possibili arbitrii del governo, che, anche in un sistema democratico, è sempre espressione di una maggioranza (e non della comunità nel suo complesso). La *determinatezza* e la *tassatività* tendono invece precipuamente ad evitare l'arbitrio del giudice, il cui vincolo di soggezione alla legge sarebbe vanificato se la norma da riferire al caso concreto risultasse di contenuto vago o indeterminato; mentre

la possibilità di applicare le norme incriminatrici in via analogica implicherebbe in sostanza un potere creativo sottratto al vaglio dell'organo parlamentare. L'*irretroattività* garantisce infine contro gli arbitrii dello stesso legislatore che, comminando una pena « ora per allora », minerebbe la sicurezza nell'esercizio della libertà (dato che nessuno potrebbe più essere certo che un fatto, pur se pienamente legittimo al momento in cui è realizzato, non sia in seguito considerato illecito penale).

D'altro canto, a questa distinzione di profili funzionali corrisponde una sostanziale interdipendenza dei tre aspetti, nel senso che l'uno non potrebbe essere pretermesso senza compromettere anche gli altri. Una legge di contenuto indeterminato si risolve anche in una negazione dell'*irretroattività*, perché la sua applicazione finisce sempre col risolversi in una valutazione di rilevanza espressa *a posteriori* dal giudice, rispetto ad un fatto che, nel momento in cui viene commesso, non può essere ricondotto con certezza alla fattispecie incriminatrice. La retroattività di una norma incriminatrice, pur se di contenuto determinato, vanificherebbe dal canto suo la garanzia della riserva di legge, perché ben poco importerebbe che a comminare la pena fosse una norma di rango legislativo, se la sua applicazione retroattiva, conculcando la libertà già legittimamente esercitata, finisse col contraddire l'istanza di tutela della libertà insita nel monopolio della legge.

L'indivisibilità dei tre aspetti del principio di legalità consente di ritenere che la formula con cui esso è sancito dall'art. 25² Cost. (« nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso ») li ricomprenda tutti, anche se il tenore della disposizione sembra riferirsi essenzialmente al principio della riserva di legge (« ... forza di una legge ... ») ed a quello di *irretroattività* (« ... entrata in vigore prima ... »). La connessione funzionale del principio di determinatezza al principio della riserva di legge ed a quello di *irretroattività* — poc'anzi sottolineata — consente di ritenere senz'ombra di dubbio che la Costituzione repubblicana abbia inteso attribuire rilevanza costituzionale a tutti gli aspetti del principio di legalità. In questo senso, l'art. 1 c.p., che già sanciva il principio (ma nel contesto di un ordinamento profondamente diverso dall'attuale), costituisce una riconferma ermeneutica di tale conclusione. Stabilendo che « nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite », l'art. 1 c.p. sottolinea in particolare l'esigenza di determinatezza della previsione normativa e delle conseguenze sanzionatorie (mentre l'art. 2¹ c.p. ribadisce il principio di *irretroattività*): un'esigenza che è implicita nella formula dell'art.

Termine estratto capitolo

Capitolo III

LIMITI DI EFFICACIA DELLA LEGGE PENALE

Sommario: 1. I limiti di efficacia della legge penale nello spazio. - 1.1. Introduzione. I criteri di applicazione della legge penale nazionale. - 1.2. Il criterio di territorialità. Il luogo di commissione del reato. - 1.3. I reati commessi all'estero: le ipotesi dell'art. 7 c.p. - 1.4. Il delitto politico commesso all'estero. - 1.5. Il delitto comune commesso all'estero. - 1.6. Il rinnovamento del giudizio e il riconoscimento delle sentenze penali straniere. - 1.7. L'estradizione. — 2. I limiti di efficacia della legge penale rispetto alle persone. - 2.1. Le immunità. - 2.2. Le immunità derivanti dal diritto pubblico interno. - 2.3. Le immunità derivanti dal diritto internazionale. - 2.4. La natura giuridica delle immunità.

La legge penale incontra limiti di efficacia in rapporto al tempo, allo spazio e alle persone. I limiti di efficacia in rapporto al tempo sono già stati esaminati a proposito del principio di irretroattività (*retro*, II, 4), nel cui contesto sono stati considerati, per evidente connessione di materia, anche i profili concernenti la retroattività della legge più favorevole.

1. I limiti di efficacia della legge penale nello spazio.

1.1. Introduzione. I criteri di applicazione della legge penale nazionale. — Ogni ordinamento giuridico statuale è caratterizzato — come è noto — da un territorio sottoposto alla sovranità e da un popolo. In linea di principio, le norme che lo compongono sono dunque destinate a valere in riferimento, o all'ambito spaziale nel quale si è verificato il fatto o l'atto da disciplinare (*principio di territorialità*, di derivazione romanistica: *lex loci*), o alla persona cui l'atto o il fatto sono riferibili (*principio di personalità*, di derivazione germanica: *lex personae*). Per quanto riguarda la legge penale, poiché i suoi precetti si riferiscono ad aspetti particolarmente significativi della vita associata, è evidente che nessuno stato può rinunciare in linea di principio ad esercitare la propria potestà punitiva (che è coessenziale alla sovranità) sui fatti di reato commessi nel proprio territorio. Anche gli ordinamenti che, come quello tedesco, muovono dal criterio di personalità

della legge penale, si affrettano ad integrarlo con il principio di territorialità, nell'ipotesi che il reato sia stato commesso da uno straniero nel territorio dello stato.

D'altro canto, può ben darsi che anche un fatto commesso all'estero possa sottostare alla potestà punitiva dello stato in base ad un *criterio di collegamento* idoneo a fondare l'interesse dello stato stesso a reprimerlo: così, ad es., se un italiano viene ucciso all'estero, la cittadinanza della persona offesa rappresenta un elemento sufficiente per giustificare l'intervento repressivo del nostro ordinamento.

In termini astratti e di principio, i criteri cui il diritto penale internazionale (*retro*, I, 2.4) può ispirarsi sono *a*) il *criterio di territorialità*, nel quale il collegamento tra potestà punitiva e fatto è di per sé evidente (anche un reato commesso in Italia da uno straniero ad esclusivo danno di un altro straniero, oltre a ripercuotersi sulla vita della comunità nazionale, rappresenta pur sempre l'offesa di un interesse cui il nostro ordinamento è impegnato ad offrire indiscriminata tutela nel proprio ambito di sovranità); *b*) il *criterio di personalità attiva* o dello *statuto personale del reo*, nel quale il collegamento è rappresentato dalla cittadinanza dell'autore del reato, sul presupposto che *rei publicae interest habere bonos subditos* (Bartolo); *c*) il *criterio di personalità passiva* o della *difesa*, nel quale il collegamento è costituito dalla cittadinanza della persona offesa o dal carattere strettamente nazionale dell'interesse leso (come nel caso dei delitti politici), situazioni che impegnano in modo peculiare la tutela offerta dall'ordinamento al bene aggredito; *d*) il *criterio di universalità* riferisce l'applicazione della legge penale nazionale a chiunque abbia commesso un reato, dovunque l'abbia commesso: secondo l'espressione di Grozio, lo stato nel quale il reo si trova dovrebbe *aut dedere aut punire* (e cioè: o consegnarlo ad altro stato per la punizione, o punirlo direttamente). Si tratta di un criterio che postula sia una piena integrazione della comunità internazionale, sia una piena coincidenza nella valutazione di rilevanza penale dei fatti: condizioni che sono ben lungi dal verificarsi in concreto. Il criterio di universalità può essere utilizzato soltanto in relazione a fatti di reato la cui repressione è di interesse comune per tutti gli stati, secondo norme di diritto internazionale, come ad es. nel caso di genocidio, pirateria, tratta di persone o di prostitute ecc. (*infra*, 1.5).

1.2. Il criterio di territorialità. Il luogo di commissione del reato. — L'art. 3¹ c.p. stabilisce che «la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato...»; l'art. 6¹ c.p.

ribadisce che « chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana », sottolineando altresì (rispetto all'art. 3¹ c.p. che si riferisce soltanto alla legge penale sostanziale) la necessaria sottoposizione alla potestà giurisdizionale italiana dell'autore di reati commessi nel territorio dello Stato (art. 11¹ c.p.: *infra*, 1.6). In linea di principio, il diritto penale internazionale italiano si ispira dunque al criterio di territorialità.

La nozione di « territorio dello Stato » è data, in termini generali, dall'art. 4² c.p., che deve essere integrato dall'art. 2 c.nav. per quanto concerne il *mare territoriale*, e dall'art. 3 c.nav. per quanto riguarda lo *spazio aereo soggetto alla sovranità dello Stato*, nonché dall'art. 29, D.P.R. 43/1973, per quanto si riferisce alla vigilanza doganale sino al limite delle dodici miglia marine ed ai reati di contrabbando commessi entro tale limite.

L'art. 4² c.p. assimila al territorio dello Stato (c.d. *territoire flottant*) « le navi e gli aeromobili italiani », « ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera » (*legge della bandiera*). In pratica, le navi e gli aeromobili *militari* italiani sono sempre sottoposti (per i fatti di reato accaduti al loro interno) alla legge penale nazionale, dovunque si trovino; mentre le navi e gli aeromobili *civili* sono equiparati al territorio quando si trovino in acque o in uno spazio aereo internazionali; mentre se si trovano in un ambito soggetto alla sovranità di uno stato straniero, occorre distinguere: se si tratta di fatti « interni », non suscettibili di ripercuotersi sugli interessi di tale stato, si applica senz'altro la legge della bandiera; se si tratta invece di fatti « interni » suscettibili di ripercussioni, o di fatti « esterni » (che interferiscono con la vita della comunità statuale presso cui si trova la nave o l'aeromobile), si applica il principio di territorialità in favore dello stato estero.

Nessuna disposizione è dettata per le navi o gli aeromobili stranieri: in materia di infrazioni commesse a bordo di aeromobili, con la Convenzione di Tokyo del 14.9.1963 (resa esecutiva con L. 468/1967) è peraltro stabilito un « riparto » di giurisdizione corrispondente alle regole poc'anzi enunciate (artt. 3 e 4). Sembra in ogni caso ovvio che tali regole debbano valere nei confronti dei natanti e dei velivoli stranieri, in quanto internazionalmente vincolanti (art. 10¹ Cost.). In proposito, è ben vero che, in linea di principio, il reato a bordo di navi o di aeromobili presenti in luogo di sovranità italiana dovrebbe pur sempre considerarsi commesso nel territorio dello stato e soggiacere quindi alla regola dell'art. 6¹ c.p.; ma un'applicazione indiscriminata di tale regola, determinandone il contrasto con norme di diritto

internazionale generalmente riconosciute, finirebbe col condurre alla parziale incostituzionalità dell'art. 6¹ c.p., in relazione all'art. 10¹ Cost.

Non costituiscono territorio italiano le nostre sedi diplomatiche all'estero, né, per converso, sono territorio straniero le sedi diplomatiche in Italia. Parlare di « extraterritorialità » a proposito di tali luoghi è improprio: in realtà tali sedi beneficiano di immunità particolari, che limitano l'esercizio dei poteri coercitivi da parte dello Stato; ma esse continuano a far parte del territorio cui attengono.

Definiti i limiti materiali di applicazione del criterio di territorialità, si tratta poi di stabilire a quali condizioni il reato possa dirsi « commesso nel territorio dello Stato » (determinazione del *locus commissi delicti*). Oltre al caso (di per sé ovvio) in cui l'intero processo esecutivo del reato si sia verificato esclusivamente in Italia, il reato « si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione » (art. 6² c.p.). È così accolto il *criterio dell'ubiquità*, che si richiama indifferentemente al luogo della condotta o a quello dell'evento, scartando il *criterio della condotta*, che, riferendosi al luogo dell'azione o dell'omissione, privilegia in via esclusiva un'esigenza di prevenzione generale (*infra*, IX, 1.1.), e il *criterio dell'evento* che, basandosi sul luogo della lesione all'interesse, è ispirato in modo unilaterale da una esigenza di difesa.

I problemi interpretativi più rilevanti sollevati dall'art. 6² c.p. sono due. Il primo attiene all'identificazione della « parte » di azione sufficiente a determinare la commissione del reato nel territorio dello Stato. Secondo un'interpretazione, deve trattarsi di una « parte » penalmente rilevante (e quindi, suscettibile di costituire, di per sé, gli estremi del tentativo: *infra*, VIII, 3); secondo una diversa interpretazione (seguita dalla giurisprudenza prevalente) basta invece un qualsiasi frammento dell'*iter criminis*, anche se soltanto preparatorio (ad es.: l'acquisto in Italia di un veleno che sarà utilizzato per uccidere in Messico). Sembra fuori di dubbio che parlando di « azione » avvenuta almeno « in parte » in Italia, l'art. 6² c.p. non può non riferirsi all'azione destinata a costituire la fattispecie obiettiva del reato, e cioè all'*azione tipica*. Ciò significa che in Italia deve essersi realizzato un momento del processo esecutivo; non è peraltro indispensabile ch'esso assuma la rilevanza autonoma del tentativo (anche il tentativo è un reato la cui condotta potrebbe solo « in parte » essere realizzata in Italia a norma dell'art. 6² c.p.): è piuttosto necessario che, considerando *ex post* l'intero sviluppo dell'attività criminosa, risulti commesso in Italia un atto dalla cui valutazione non si possa

Termine estratto capitolo

Capitolo IV

IL REATO IN GENERALE

Sommario: 1. Il concetto di reato. - 1.1. Il concetto formale di reato. - 1.2. Delitti e contravvenzioni. - 1.3. Il concetto sostanziale di reato. — 2. L'oggetto giuridico del reato. - 2.1. Concezione oggettiva e concezione soggettiva del reato. - 2.2. Il reato come offesa di un bene giuridico. - 2.3. Il reato come offesa di beni giuridici costituzionalmente rilevanti. - 2.4. La nozione sostanziale di reato nella prospettiva politico-criminale: la circolare 19.12.1983. — 3. Il soggetto attivo del reato. - 3.1. Nozione di soggetto attivo del reato. Persone fisiche ed enti collettivi. - 3.2. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni. - 3.3. La c.d. capacità penale. - 3.4. Reati comuni e reati propri. - 3.5. Il soggetto attivo nei reati concernenti l'attività di un ente o di un'impresa. — 4. Il soggetto passivo del reato. - 4.1. Nozione di soggetto passivo del reato. - 4.2. Rilevanza del soggetto passivo. — 5. Analisi del reato. - 5.1. Concezione unitaria e concezione analitica del reato. - 5.2. La teoria bipartita classica. - 5.3. La teoria tripartita e la nuova bipartizione. Il metodo della « costruzione separata » delle fattispecie.

1. Il concetto di reato.

1.1. Il concetto formale di reato. — Il termine « reato » per indicare genericamente l'illecito penale, è invalso nel linguaggio legislativo italiano a partire dal codice del 1889. Durante i lavori preparatori di tale testo si prospettò anche il ricorso al termine « delitto »; ma prevalse appunto la soluzione ancor oggi seguita, mentre le voci « delitto » e « contravvenzione » vennero riservate per indicare le due categorie in cui i reati si distinguono normativamente (*infra*, 1.2).

« Reato » equivale ad « illecito penale », e cioè alla violazione di una norma sanzionata con una delle pene principali indicate dall'art. 17 c.p. rispettivamente per i delitti e per le contravvenzioni (e, nel caso di « reato militare » con una delle pene principali elencate nell'art. 22 c.p.m.p.). Tale concetto, basato sul riscontro del tipo di sanzione comminata dalla legge, consente di distinguere in modo formalmente certo il reato da qualsiasi altro illecito giuridico, garantendo quindi la condizione preliminare per l'applicazione tassativa della legge penale (*retro*, II, 3).

Nel caso dei reati attribuiti alla competenza del giudice di pace (*infra* IX, 1.8.1), l'indicazione delle pene principali si modifica (per effetto dell'art. 52, D.Lgs. 274/2000) nel senso che alla pena della multa o dell'ammenda si affiancano non già la reclusione o l'arresto, bensì la « permanenza domiciliare » o il « lavoro di pubblica utilità » (indifferentemente per i delitti e le contravvenzioni).

Per verità, il criterio di identificazione formale non può sempre essere applicato senza considerare il contenuto materiale dell'illecito. La L. 689/1981 ha infatti proceduto alla depenalizzazione di tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria, trasformandoli in violazioni amministrative; sono tuttavia previste numerosissime eccezioni (art. 34), espresse talvolta per categorie generali (ad es.: art. 34, lett. *n*: « leggi relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro ed all'igiene del lavoro »). In questi casi, per stabilire se un illecito è (ancora) reato, bisogna evidentemente accertare se il suo contenuto è riconducibile o meno alla categoria di leggi eccettuate dalla depenalizzazione. Ciò che peraltro non è sempre agevole. Nel dubbio, un rigoroso rispetto del principio di legalità induce a ritenere che si debba preferire la qualificazione in termini di illecito amministrativo, dato che non risulta « espressamente » mantenuto il carattere di reato.

1.2. Delitti e contravvenzioni. — Strettamente correlata alla nozione formale di reato è la distinzione fra « delitti » e « contravvenzioni », che rappresentano le due figure legislative in cui si esprime la previsione normativa di qualsiasi reato. In questo senso il termine « reato » indica sinteticamente l'insieme dei delitti da un lato e l'insieme delle contravvenzioni dall'altro. La distinzione è assai rilevante sul piano applicativo, perché il regime giuridico delle due categorie è notevolmente differenziato: rispetto al criterio di imputazione soggettiva (art. 42²⁻⁴ c.p.); rispetto al tentativo (art. 56¹ c.p.); rispetto alle cause estintive (art. 157¹ c.p.; artt. 162 e 162 *bis* c.p.), per limitarsi soltanto alle indicazioni più significative.

Secondo l'art. 39 c.p. la distinzione dipende dalla « diversa specie delle pene » rispettivamente stabilite dal c.p.: l'ergastolo, la reclusione, la multa per i delitti; l'arresto o l'ammenda per le contravvenzioni (art. 17 c.p.). Si tratta dunque di uno svolgimento del concetto formale di reato.

Dal punto di vista sostanziale, si ritiene comunemente che il fondamento della distinzione poggia sulla diversa gravità dei reati: alla qualificazione delittuosa corrisponderebbero le ipotesi più rilevanti, mentre la qualificazione contravvenzionale si adatterebbe agli illeciti minori (c.d. delitti

« nani »). Ma, a ben guardare, questo modo di affrontare la distinzione non è convincente. Se è vero che il delitto può essere sanzionato in modo assai più pesante, non è peraltro detto che ciò si verifichi sempre: una contravvenzione punibile con l'arresto fino a tre anni non appare certo meno grave di un delitto punibile soltanto con una modesta multa. E, d'altro canto, la circostanza che le contravvenzioni siano di regola imputabili sia a titolo di dolo che a titolo di colpa (art. 42⁴ c.p.), mentre nei delitti è normalmente necessario il dolo (art. 42² c.p.), implica una maggiore estensione della rilevanza attribuita alle condotte contravvenzionali rispetto a quelle delittuose: ciò che non sembra corrispondere alla minore gravità delle prime rispetto alle seconde.

In realtà, bisogna tener conto che le contravvenzioni scaturiscono storicamente dai c.d. « reati di polizia », con cui si esprimeva, in forma coercitiva, la regolamentazione disciplinare della vita associata da parte dell'autorità amministrativa preposta alla cura dei diversi settori (sanità, commercio, industria ecc.). Tali reati non venivano considerati sullo stesso piano di quelli stabiliti per la tutela di diritti « naturali » (vita, incolumità, libertà ecc.): mentre questi ultimi erano *mala in se* (e cioè intrinsecamente lesivi di un bene preesistente), i primi rappresentavano *mala quia prohibita* (e cioè repressi soltanto in rapporto a mutevoli esigenze di comune sicurezza o di ordine, quali, ad es., la necessità di una licenza per esercitare determinate attività pericolose o il rispetto di determinate prescrizioni nella circolazione delle persone o delle merci, e così via dicendo).

Da questo punto di vista si può rilevare come la maggior parte delle contravvenzioni sia ancor oggi costituita: *a*) dall'inosservanza di norme a carattere prevenzionistico-cautelare (v., ad es., l'art. 673 c.p.); *b*) dall'inosservanza di norme concernenti la disciplina di attività soggette ad un potere amministrativo (v., ad es., l'art. 678 c.p.). Sono naturalmente rinvenibili ipotesi in cui il legislatore, sfruttando le maggiori potenzialità repressive insite nella qualificazione delittuosa, opta per quest'ultima anziché per quella contravvenzionale, quando si tratti di inosservanze cautelari o amministrative particolarmente connotate in termine di gravità (v., ad es., gli artt. 437 e 451 c.p.). Ma non vi è dubbio che il regime giuridico della contravvenzione sia funzionalmente concepito e modellato per corrispondere alle peculiari esigenze repressive dei due gruppi di violazioni poc'anzi individuati. Così, ad esempio, l'imputabilità delle contravvenzioni alternativamente a titolo di dolo o di colpa ben si adegua ad illeciti di tipo cautelare o concernenti un'attività sottoposta ad un potere amministrativo, nei quali conta essenzialmente che l'agente abbia disatteso, con un atteggiamento riprovevole di

qualsiasi specie (e cioè indifferentemente doloso o colposo), le cautele prevenzionistiche o le esigenze di controllo amministrativo sancite dalla norma. Analogamente, l'irrilevanza del tentativo nelle contravvenzioni (art. 56¹ c.p.) ben si spiega nel caso delle violazioni cautelari, che già realizzano di per sé la tutela anticipata di un interesse (o di una serie di interessi), e nel caso delle inosservanze concernenti le attività soggette ad un potere amministrativo, dato che il potere amministrativo non si esercita su « atti diretti » a compiere un'attività (ad es.: la predisposizione dei mezzi per esercitare un'attività senza la prescritta autorizzazione), ma solo sull'effettivo compimento di essa.

In linea di principio, dunque, la qualificazione contravvenzionale dovrebbe essere utilizzata soltanto nei limiti poc'anzi precisati. Si tratta di un indirizzo politico-criminale emergente dal sistema, ma significativamente riconosciuto anche dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 5.2.1986 che, prospettando agli uffici legislativi dei vari ministeri (in sede di redazione tecnica di disegni di legge) « criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni », ha sviluppato e argomentato queste stesse indicazioni.

1.3. Il concetto sostanziale di reato. — La nozione formale di reato, incentrata sul tipo di sanzione legislativamente prevista, consente di individuare *prima facie* l'illecito penale (delitto o contravvenzione) rispetto a qualsiasi altro illecito giuridico. Essa non chiarisce tuttavia quale ragione ispiri la scelta e quale fondamento sostanziale essa presenti. Che cosa significa la comminatoria della più grave sanzione prevista nell'ordinamento, per determinati illeciti piuttosto che per altri?

Il tentativo di fornire del reato un'immagine sostanziale si riduce — secondo una parte consistente della dottrina — alla ricerca di un *minimo comun denominatore*, e cioè della « cifra » ricorrente in tutte le diverse figure criminose, al di là del dato formale rappresentato dalla comminatoria di una sanzione penale. Si tratta di sforzi diffusi soprattutto nella dottrina a cavallo tra Otto e Novecento. Se si considerano le varie definizioni proposte, si nota non soltanto una grande varietà di opinioni, ma soprattutto la loro inadeguatezza a cogliere il « precipitato comune », racchiudendolo in una determinata formula espressiva. Non sarebbe il caso di passare in rassegna analiticamente tutte queste varie definizioni, nessuna delle quali è in grado di resistere alla critica. Posto un dato concetto sostanziale, basta infatti rinvenire un esempio che lo contraddica per smentire il suo carattere di « minimo

Termine estratto capitolo

Capitolo V

IL FATTO TIPICO

Sommario: 1. Gli elementi del fatto tipico in generale. - 1.1. Concetto e funzioni del fatto tipico. - 1.2. Elementi descrittivi ed elementi normativi. - 1.3. Elementi obiettivi ed elementi soggettivi. Il dolo specifico. — 2. La condotta. - 2.1. Concetto e funzioni della condotta. - 2.2. I reati « senza condotta » (o di mero sospetto, o di posizione). - 2.3. I reati a condotta plurima o abituali. - 2.4. Concetto e tipologia dell'azione. - 2.5. L'unità dell'azione. - 2.6. Concetto di omissione. - 2.7. Tipologia di omissioni: i reati omissivi propri ed impropri. - 2.8. La coscienza e la volontà dell'azione e dell'omissione. - 2.9. I presupposti della condotta. — 3. L'evento. - 3.1. Concetto di evento in senso naturalistico. - 3.2. Concetto di evento in senso giuridico. — 4. Il rapporto di causalità. - 4.1. Introduzione. La teoria della *condicio sine qua non* e della causalità adeguata. - 4.2. Il quadro normativo della causalità e la teoria della causalità umana. - 4.3. Il modello della sussunzione sotto leggi. - 4.3.1. L'identificazione della legge causale rilevante. - 4.3.2. L'accertamento del nesso di causalità: il giudizio di affidabilità della legge scientifica di copertura e il ruolo del giudice, custode del metodo. - 4.4. I limiti di rilevanza dell'imputazione causale. - 4.5. La causalità nei reati omissivi impropri. — 5. L'offesa. - 5.1. Concetto e tipologia dell'offesa. Reati di danno e reati di pericolo. - 5.2. La rilevanza dell'offesa: il reato impossibile e l'interpretazione teleologica delle fattispecie. - 5.3. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.). - 5.4. L'illecito punitivo civile (D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7).

1. Gli elementi del fatto tipico in generale.

1.1. Concetto e funzioni del fatto tipico. — Il fatto tipico è costituito dalla descrizione di un accadimento di vita da parte di una norma incriminatrice: « chiunque cagiona la morte di un uomo » nell'art. 575 c.p.; « chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui » nell'art. 635¹ c.p., e così via dicendo. La corrispondenza tra l'accadimento concreto, esistenziale, ed il modello normativo prospettato dalla fattispecie costituisce, a sua volta, il primo stadio di ricostruzione del reato. La tipicità rappresenta quindi, ad un tempo, il modo con cui si prospetta l'individuazione normativa delle condotte penalmente rilevanti, e l'esito del processo di sussunzione di un fatto concreto nella

fattispecie incriminatrice, quando il primo sia conforme al modello delineato dalla seconda (e si possa pertanto dire che è « tipico » alla stregua di essa).

La funzione essenziale del fatto tipico è quella di delineare la materia del divieto o del comando penalmente sanzionati, tracciando un confine certo tra la sfera del penalmente rilevante e quella dell'irrilevante, e consentendo così ai consociati di orientare il proprio comportamento. Per questo il fatto tipico, inteso come fenomeno normativo, deve essere « determinato » nel suo contenuto (*retro*, II, 3.3), mentre la sua applicazione agli accadimenti concreti deve essere « tassativa » (*retro*, II, 3.6).

Il contenuto minimo indefettibile del fatto tipico è rappresentato da una condotta umana obiettivamente rilevabile (*principio di materialità*, che si esprime anche con il brocardo: *cogitationis poenam nemo patitur*). Infatti, la minaccia di pena serve quale strumento di controllo sociale; e in un ordinamento liberaldemocratico il controllo sociale può essere esercitato soltanto sulle condotte umane, perché soltanto esse possono compromettere, alterare o turbare la convivenza associata, offendendo gli interessi che in essa si esprimono: gli atteggiamenti interiori, le convinzioni etico-morali o religiose, i desideri o le intenzioni sono intrinsecamente sottratte alla competenza regolativa del diritto (e tanto più del diritto penale).

In quanto descrizione di un accadimento di vita (necessariamente incentrato su una condotta umana), il fatto tipico racchiude una pluralità di componenti, che possono essere analizzate secondo tre punti di vista:

a) *strutturale*, che, guardando al modo con cui vengono espressi, nella fattispecie, distingue gli elementi a seconda ch'essi assumano carattere *descrittivo* o *normativo*;

b) *contenutistico*, che, guardando alla natura del dato espresso, distingue gli elementi in *obiettivi* (e cioè di consistenza materiale-esterna) e *soggettivi* (e cioè di consistenza personale-interna);

c) *funzionale*, che, badando al ruolo che gli elementi svolgono nella fattispecie, distingue gli elementi del fatto in *presupposti*, *condotta*, *evento* e *nesso di causalità*.

Ciascuno di questi tre punti di vista è sovrapponibile agli altri: un elemento del fatto è cioè classificabile contemporaneamente in base ad un criterio strutturale, contenutistico e funzionale. Così, ad es., nel furto (art. 624 c.p.), l'altruità della cosa è un elemento strutturalmente normativo, contenutisticamente obiettivo e funzionalmente destinato a contraddistinguere un presupposto della condotta.

1.2. Elementi descrittivi ed elementi normativi. — Gli elementi descrittivi sono quegli elementi la cui percezione postula il semplice riferimento all'esperienza: il concetto di « uomo » nell'art. 575 c.p. è di questa natura, perché il giudizio circa l'identità umana di un essere vivente è, per così dire, immediatamente incorporato nella percezione dell'oggetto. Gli elementi normativi postulano invece il riferimento ad un parametro valutativo derivato da una certa fonte: per stabilire se un atto è osceno (art. 527 c.p.) non basta osservarlo; occorre invece richiamare una norma etico-sociale che ne stabilisca la contrarietà al comune senso del pudore; per accertare se una cosa è « altrui » (art. 624 c.p.) non è sufficiente percepirne l'esistenza, ma è necessario ricorrere alle norme civili che definiscono la proprietà. In rapporto alla fonte da cui promana il criterio valutativo da utilizzare, si distinguono allora *elementi normativi giuridici* (come appunto l'altruità della cosa) ed *elementi normativi extragiuridici* (come appunto l'oscenità).

In termini di stretto rigore, tutti gli elementi del fatto presentano un certo grado di normatività: anche quelli descrittivi postulano pur sempre il riferimento ad un parametro, che in essi è dato dall'esperienza comune. Ma non vi è dubbio che negli elementi descrittivi il parametro è talmente diffuso nel contesto sociale, e talmente immedesimato nelle caratteristiche proprie dell'oggetto, da non determinare alcuna scissione tra momento percettivo e momento valutativo; mentre negli elementi normativi il momento percettivo resta muto se non è adeguatamente correlato al parametro che ne definisce il valore.

La distinzione, oltre ad essere significativa sul piano della determinatezza del fatto (*retro*, II, 3.3), assume una particolare rilevanza nella teoria del dolo e dell'errore (*infra*, VII, 3.2 e 7.2).

1.3. Elementi obiettivi ed elementi soggettivi. Il dolo specifico. — In linea di principio, il fatto tipico, per corrispondere all'esigenza di discriminare in termini di rigorosa certezza tra la sfera del penalmente rilevante e quella del penalmente irrilevante, dovrebbe essere costituito soltanto da elementi obiettivi, perché soltanto il riferimento ad una realtà esterna può assicurare un tale risultato. Far dipendere la materia del comando o del divieto da un atteggiamento soggettivo rende precaria la funzione garantistica del fatto tipico, e rischia di orientare il senso della repressione punitiva verso l'atteggiamento interiore del soggetto, perché la sua punibilità non dipende più, essenzialmente, da ciò ch'egli ha realizzato, ma anche dai contenuti della sua coscienza.

In realtà, tuttavia, in numerose ipotesi la descrizione del fatto tipico include il riferimento ad elementi soggettivi; ciò accade in particolare nei reati a *dolo specifico*. La loro fattispecie esige, oltre alla realizzazione degli elementi obiettivi, la presenza di uno scopo ulteriore, verso cui deve tendere la volontà del soggetto, ma che non occorre sia effettivamente conseguito: così, ad es., nell'art. 501 c.p., ove la divulgazione delle notizie false o tendenziose deve essere volta « al fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci »; nell'art. 624, ove l'impossessamento della cosa mobile altrui deve avvenire « al fine di trarne profitto per sé o per altri »; nell'art. 630 c.p., ove il sequestro di persona deve essere diretto « allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione ».

La presenza del dolo specifico corrisponde peraltro a funzioni diverse, delle quali occorre tener conto nel valutare il fenomeno in rapporto alla funzione garantistica del fatto tipico:

a) in alcune ipotesi il dolo specifico serve alla *specializzazione della tutela*, nel senso che il suo inserimento nella fattispecie corrisponde ad una modificazione del suo significato offensivo, che è peraltro già desumibile da una diversa fattispecie di carattere generale. Così, ad es., nell'art. 630 c.p. si punisce il sequestro di persona a scopo di estorsione; nell'art. 289-*bis* c.p. il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione: in entrambi i casi la finalità orienta la tutela verso un interesse ulteriore rispetto a quello della libertà personale cui si riferisce l'art. 605 c.p. (incriminando il sequestro di persona a prescindere dalla finalità perseguita dall'agente), interesse ulteriore rispettivamente rappresentato dal patrimonio e dall'ordinamento costituzionale;

b) in altre ipotesi il dolo specifico *fonda una tutela autonoma*, nel senso che senza di esso il fatto non potrebbe dirsi penalmente rilevante. Così, ad es., il delitto di associazione per delinquere (art. 416 c.p.) postula che tre o più persone si associno « allo scopo di commettere più delitti »: senza questa particolare finalità, il mero fatto di associarsi costituisce di per sé l'espressione di un diritto costituzionale; nel delitto di aggrottaggio (art. 501 c.p.), la divulgazione di notizie « false, esagerate e tendenziose » deve essere diretta « al fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci », in difetto del quale la condotta può risultare di per sé del tutto irrilevante (a meno che essa non acquisti una diversa tipicità in forza di elementi ulteriori: se, ad es., la notizia falsa risulta diffamatoria per la società cui si riferisce).

Nell'ipotesi *sub a)* l'erosione della funzione garantistica del fatto è apparente: il confine tra la sfera del penalmente rilevante e del penalmente irrilevante è compiutamente assicurato dalla fattispecie generale incentrata su

Capitolo VI

L'ANTIGIURIDICITÀ OBIETTIVA

Sommario: 1. Profili generali. - 1.1. Il concetto di antigiuridicità obiettiva e la sua rilevanza. - 1.2. I principi delle cause di giustificazione. - 1.3. L'individuazione delle fattispecie scriminanti. — 2. Le singole cause di giustificazione. - 2.1. Il consenso dell'avente diritto. - 2.2. L'esercizio di un diritto. - 2.3. L'adempimento di un dovere. - 2.4. Difesa legittima e autotutela in domicilio privato. - 2.4.1. La difesa legittima. - 2.4.2. L'autotutela in un domicilio privato. - 2.5. L'uso legittimo delle armi. - 2.6. Lo stato di necessità. - 2.7. L'eccesso nelle cause di giustificazione.

1. Profili generali.

1.1. Il concetto di antigiuridicità obiettiva e la sua rilevanza. — La norma incriminatrice, delineando il fatto tipico, risolve un *conflitto di interessi*, assegnando in linea di principio la prevalenza a quello tutelato rispetto a qualsiasi altro interesse si voglia realizzare in contrasto con esso: così, ad es., prevedendo la fattispecie del furto, l'art. 624 c.p. attribuisce al possesso delle cose mobili il primato su ogni altro interesse che l'autore della sottrazione intenda attuare o soddisfare. La commissione del furto costituisce perciò, in questa prospettiva, il sovvertimento del criterio di pozziorità stabilito dall'ordinamento. Non sempre tuttavia l'interesse contrapposto deve piegarsi alla prevalenza di quello tutelato; si danno infatti situazioni di conflitto nelle quali il criterio di pozziorità può, o deve, capovolgersi. Così, ad es., se il furto viene commesso per salvare sé od altri da un pericolo, inevitabile e non volontariamente causato, di un danno grave alla persona (stato di necessità: art. 54¹ c.p.), la prevalenza spetta all'interesse personale salvato dall'autore del furto, e non a quello del possessore della cosa; se Tizio cagiona la morte di Caio in istato di difesa legittima (art. 52¹ c.p.), la tutela della vita dell'agredito prevale sulla tutela della vita dell'aggressore. Le norme che autorizzano o impongono una condotta tipica, prevedono *cause di giustificazione* (dette anche *scriminanti*: locuzione peraltro d'uso meno costante, perché estesa talora anche a cause diverse di non punibilità).

In termini dogmatici, la circostanza che il fatto tipico sia stato commesso sovvertendo il criterio di priorità stabilito dall'ordinamento (e quindi in assenza di una causa di giustificazione), lo qualifica come « obiettivamente anti giuridico »; nell'ipotesi inversa (e cioè in presenza di una causa di giustificazione) esso risulta invece « obiettivamente lecito ». L'anti giuridicità obiettiva può dunque essere definita come il contrasto del fatto tipico (e più propriamente: della condotta tipica, perché solo i comportamenti umani possono essere conformi o contrari al diritto), con le esigenze di tutela dell'ordinamento, espresso in termini *obiettivi*, e cioè *prescindendo dall'atteggiamento personale* del soggetto verso la situazione di conflitto. Questi può anche ritenerla insussistente, o rappresentarsela in modo difforme dal reale, o reputare la soluzione da lui prescelta corrispondente a diritto, o non percepirne la liceità; ed è questo uno degli aspetti fondamentali di distinzione del giudizio di anti giuridicità obiettiva rispetto a quello di colpevolezza, in cui domina invece un criterio di rimproverabilità personale (*infra*, VII).

Il concetto di anti giuridicità obiettiva va distinto nettamente da quello di offesa (*retro*, V, 5): la valutazione di contrasto del fatto con le esigenze di tutela dell'ordinamento presuppone invero che il fatto realizzato abbia offeso l'interesse protetto; diversamente verrebbe meno la materia stessa del conflitto. Si replica tuttavia che, in presenza di una scriminante, mancherebbe l'offesa stessa, perché il bene non sarebbe più tutelato: così, nell'uccisione di un aggressore, in difesa legittima, si dovrebbe ravvisare solo un'offesa « in senso materiale », ma non un'offesa « in senso giuridico », proprio perché giustificata. Senonché, l'offesa insita nel fatto tipico trae la propria « giuridicità » (intesa come rilevanza giuridica) dalla sola circostanza che il bene è protetto dalla norma, ed è quindi giuridico. E il bene della vita dell'ingiusto aggressore non perde certo questo attributo sol perché, nel conflitto in cui esso è stato posto, poteva legittimamente essere sacrificato: la situazione conflittuale non fa perdere al bene leso la sua rilevanza; essa determina invece l'esigenza di qualificare l'offesa a tale bene in termini di liceità o di illiceità obiettiva, attribuendole la connotazione di « giusta » o di « ingiusta ».

L'anti giuridicità obiettiva è stata contestata, rilevando ch'essa sarebbe dogmaticamente inconsistente: se la sua presenza può essere riscontrata soltanto quando il fatto tipico sia stato commesso *in assenza* di una causa di giustificazione, essa si risolve per intero e senza residui in tale elemento negativo, al quale non vi sarebbe peraltro ragione di destinare una particolare « sede » dogmatica. Il difetto di cause di giustificazione dovrebbe rappresentare semplicemente un requisito (negativo, appunto) del fatto tipico, costituito pertanto dalla *presenza* degli elementi contenuti nella fattispecie

incriminatrice (ad es.: « chiunque cagiona la morte di un uomo » nell'art. 575 c.p.) e dall'*assenza* di scriminanti (ad es.: difesa legittima dell'art. 52¹ c.p.; stato di necessità dell'art. 54 c.p., etc.). In questo modo la tipicità « complessiva » dell'omicidio dovrebbe leggersi: « chiunque cagiona la morte di un uomo non in istato di difesa legittima, non in istato di necessità, non per uso legittimo delle armi etc. » (*retro*, IV, 5.3). La critica e la conseguente ricostruzione sono infondate. Ragionando in questi termini si finisce col confondere arbitrariamente i piani di valutazione: uccidere una mosca dovrebbe costituire un fatto atipico, alla stessa stregua che uccidere un uomo per legittima difesa: nel primo caso perché manca un requisito positivo (la morte di un uomo), che dovrebbe esser presente, e nel secondo perché è presente un elemento negativo, che dovrebbe mancare. In realtà, l'uccisione di una mosca è fatto penalmente irrilevante, non offensivo di alcun bene giuridico, mentre l'uccisione di un uomo in difesa legittima resta pur sempre un fatto offensivo di un bene giuridico tutelato. D'altro canto, la pretesa equiparazione funzionale non può dar conto della diversa disciplina dettata rispettivamente per l'errore sul fatto (art. 47 c.p.) e per quello sulle scriminanti (art. 59¹⁻⁴ c.p.) (*infra*, VII, 7.3); disciplina che muove dal presupposto che i due fenomeni siano, in realtà, irriducibili ad una considerazione unitaria.

Il rifiuto della teoria degli elementi negativi del fatto non impedisce peraltro di concepire l'antigiuridicità obiettiva come un concetto negativo, interamente desunto dall'assenza di cause di giustificazione (è obiettivamente antigiuridico il fatto tipico, quando *non sia presente* una causa di giustificazione): purché resti ben chiaro che il piano di valutazione su cui esso opera è ulteriore e diverso rispetto al fatto tipico.

Il concetto di antigiuridicità obiettiva va tenuto ben distinto da concetti espressi normalmente ricorrendo allo stesso termine di « antigiuridicità », ma per connotare fenomeni tutt'affatto diversi:

a) l'*antigiuridicità penale* è una locuzione talvolta utilizzata per designare l'« in sé » del reato, e cioè la sua natura penalmente illecita: in questo senso essa indica semplicemente la presenza di un reato completo di tutti i suoi requisiti costitutivi (fatto tipico; antigiuridicità obiettiva; colpevolezza);

b) l'*antigiuridicità formale*, contrapposta all'*antigiuridicità materiale*, sottende un diverso modo di concepire la fonte da cui scaturisce la qualificazione di un atto come reato: la legge ovvero l'offesa di un interesse socialmente dato (a prescindere dal suo riconoscimento legislativo). Il binomio concettuale (in voga nella dottrina del primo Novecento) si inserisce pertanto nella teoria delle fonti (interferendo col problema dell'analogia e

della consuetudine incriminatrice: *retro*, II, 2.4 e 3.6), ed è oggi, nei sistemi che come il nostro si fondano sul principio di legalità, decisamente superato;

c) l'*antigiuridicità* (o *illiceità speciale*) è data dalla presenza, fra i requisiti costitutivi del fatto tipico, di elementi che *di per sé* implicano una qualificazione in termini di illecito, in forza di una norma diversa da quella incriminatrice. Così, ad es., nell'art. 621¹ c.p. è punita la rivelazione « senza giusta causa » del contenuto di documenti segreti, quando l'agente ne sia venuto a conoscenza « abusivamente »; nell'art. 638¹ c.p. l'uccisione o il danneggiamento di animali altrui è punito qualora avvenga « senza necessità ». Si tratta in pratica di elementi normativi del fatto tipico (*retro*, V, 1.2), caratterizzati per il peculiare connotato di illiceità rispetto al loro parametro di qualificazione (che può peraltro essere giuridico, come nel caso dell'art. 621¹ c.p., o extragiuridico, come nel caso dell'art. 638¹ c.p.). L'*antigiuridicità speciale* si distingue dall'*antigiuridicità espressa*, la quale, pur presentandosi in forma del tutto analoga alla prima, non è costituita da un elemento intrinsecamente illecito, ma si risolve in un richiamo (dogmaticamente superfluo) alla esigenza che il fatto sia commesso in assenza di cause di giustificazione. Così, ad es., nell'art. 633¹ c.p. l'invasione di terreni e edifici avviene « arbitrariamente » non quando la condotta sia di per sé illecita, a prescindere dalla sua previsione tipica (come accade, ad es., per la cognizione « abusiva » del documento nell'art. 621¹ c.p., cui è subordinata la rilevanza della successiva rivelazione), ma semplicemente quando sia tenuta in assenza di cause di giustificazione. La distinzione ermeneutica delle due situazioni nelle diverse ipotesi specifiche è spesso, peraltro, assai controversa.

Il giudizio di *antigiuridicità*, oltre a svolgere una funzione essenziale nella costruzione del reato, assume una rilevanza autonoma, che è ad un tempo *intrasistemica* (rispetto al diritto penale) ed *extrasistemica* (rispetto all'ordinamento).

La rilevanza *intrasistemica* si esprime nei seguenti termini:

a) il fatto obiettivamente lecito non è soltanto un fatto in relazione al quale non può essere disposta alcuna sanzione penale (né pena, né misura di sicurezza), ma è un fatto *non impedibile*, nel senso che contro di esso non è data alcuna forma di reazione legittima: contro chi agisce, ad es., nell'adempimento di un dovere non è data difesa legittima. Per converso, il fatto tipico commesso in assenza di una causa di giustificazione è sempre impedibile, anche se realizzato incolpevolmente: contro chi sottrae una cosa altrui, ritenendola erroneamente propria, ma in assenza di scriminanti, è sempre consentita una legittima reazione difensiva;

Termine estratto capitolo

Capitolo VII

LA COLPEVOLEZZA

Sommario: 1. Profili generali. - 1.1. Il principio di colpevolezza. - 1.2. Concezione psicologica e concezione normativa della colpevolezza. - 1.3. Le versioni più recenti della concezione normativa e l'analisi della colpevolezza. — 2. L'imputabilità. - 2.1. Il concetto di imputabilità e la sua posizione sistematica. - 2.2. La determinazione in altri dello stato d'incapacità e lo stato preordinato d'incapacità. *L'actio libera in causa*. - 2.3. L'età. - 2.4. Gli stati emotivi e passionali. - 2.5. Il vizio di mente. - 2.6. Il sordomutismo. - 2.7. L'ubriachezza e l'intossicazione da sostanze stupefacenti. — 3. Il nesso psichico: il dolo. - 3.1. Definizione e rilevanza del dolo. - 3.2. L'oggetto del dolo. - 3.3. La struttura del dolo. - 3.4. Forme e specie di dolo. - 3.5. L'intensità del dolo. — 4. Il nesso psichico: la colpa. - 4.1. Definizione e rilevanza della colpa. - 4.2. L'inosservanza della regola obiettiva di diligenza, di prudenza o di perizia. - 4.3. L'evitabilità dell'evento mediante l'osservanza. - 4.4. L'esigibilità dell'osservanza (ovvero attribuibilità dell'inosservanza). - 4.5. Forme e grado della colpa. — 5. La preterintenzione e la responsabilità obiettiva. - 5.1. Il concetto di responsabilità obiettiva. - 5.2. La preterintenzione. - 5.3. I reati aggravati dall'evento. - 5.4. La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa. - 5.5. La responsabilità per i reati commessi col mezzo di una trasmissione radiofonica o televisiva. — 6. L'elemento psicologico nelle contravvenzioni. - 6.1. Dolo e colpa nelle contravvenzioni. — 7. Le cause di esclusione del nesso psichico. - 7.1. Introduzione. L'errore in generale. - 7.2. L'errore sul fatto. - 7.3. L'errore sulle scriminanti. - 7.4. L'errore inabilità e il reato aberrante. - 7.5. Il caso fortuito. — 8. Le scusanti. - 8.1. Premessa. - 8.2. L'errore inevitabile sulla legge penale. - 8.3. L'ordine criminoso insindacabile. - 8.4. Lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia. - 8.5. La violenza irresistibile.

1. Profili generali.

1.1. Il principio di colpevolezza. — L'evoluzione del diritto penale è un lungo cammino verso un sempre maggior affinamento dei criteri d'imputazione del fatto illecito al suo autore: dal primordiale *criterio magico*, in base al quale si risponde per l'accadimento pregiudizievole « attirato » dalla « forza negativa » presente nel reo o dalla sua iniquità, al successivo *criterio naturalistico*, in base al quale si risponde per l'evento dannoso comunque cagionato dalla propria condotta (con possibilità di una responsabilità penale *per fatto altrui*, all'interno del gruppo parentale), al *criterio psicologico* in base

al quale, oltre alla realizzazione materiale del fatto, è necessaria la sua riferibilità psichica all'agente (per averlo voluto o per non averlo colposamente evitato), sino al *criterio personalistico*, in base al quale il soggetto risponde del fatto antigiusdittico se e nei limiti in cui esso gli è attribuibile secondo un giudizio di rimproverabilità personale fondato su una pluralità di elementi, ivi compreso il processo di motivazione al fatto.

Il *principio di colpevolezza* (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), esprime quindi l'esigenza che l'imputazione del fatto al suo autore sia orientata in modo che il fatto debba risultare « opera » di chi l'ha commesso, nel senso più pieno e comprensivo del termine. L'art. 27¹ Cost., stabilendo che « la responsabilità penale è personale », attribuisce rilevanza costituzionale a tale principio. Per lungo tempo si è discusso se la formula implicasse esclusivamente il divieto di una responsabilità penale per fatto altrui (e sancisse quindi la necessità di un fatto « proprio » dell'agente, anche solo sul piano della mera causazione naturale), o si riferisse invece all'esigenza di una responsabilità per fatto ovviamente « proprio », ma altresì « colpevole ». Sembra peraltro assurdo che la Costituzione si preoccupi di bandire una forma di responsabilità cancellata da tempo dai vari ordinamenti, non solo moderni (*teneant peccata sua auctores*), e per giunta con una formula (responsabilità « personale ») che, in questa prospettiva, avrebbe potuto essere espressa ben più chiaramente (ad es.: nessuno può essere punito per un fatto altrui). Molto più plausibile appare l'idea che l'art. 27¹ Cost. abbia inteso sancire il principio di colpevolezza, nel senso che la responsabilità è « personale » soltanto se l'identificazione dei suoi presupposti assume l'agente non come semplice fattore causale « cieco », ma come un essere capace di orientare le proprie scelte secondo criteri di valore e di governare razionalmente i propri atteggiamenti esteriori. A questa interpretazione ha aderito la stessa Corte Costituzionale in una fondamentale decisione (364/1988) resa a proposito dell'art. 5 c.p. (*infra*, 8.2).

Qual è tuttavia il senso razionale del principio di colpevolezza? Per quale ragione la legge penale deve subordinare l'inflizione di una pena ad un criterio personale di imputazione del fatto? Sino a che la concezione della pena si è espressa in termini *retributivi* (la pena è inflitta per « compensare » un male, il male che l'agente ha determinato; la pena come « moneta » con cui si paga il reato: *infra*, IX, 1.1), il principio di colpevolezza è servito, in pratica, a identificare il fondamento della pena: per poter reagire con una sofferenza (qual è la pena) al « male » del reato, occorre che l'agente possa essere rimproverato per ciò che ha fatto, e cioè che di lui si possa affermare: « poteva agire altrimenti ». È la sua scelta negativa, rivolta contro il diritto,

che condiziona (o reclama) la sua punizione. Se l'agente era incapace di intendere o di volere, o se ha agito senza dolo né colpa, o se ha ritenuto ragionevolmente di trovarsi in presenza di una scriminante, e così via dicendo, il rimprovero non può essere formulato; la pena non ha fondamento alcuno.

Ma la concezione retributiva della pena ha ormai ceduto in gran parte il campo a teorie di natura preventiva: la pena è comminata dal legislatore in funzione di *prevenzione generale* (negativa: per dissuadere i consociati dal tenere la condotta vietata; positiva: per persuaderli che le condotte vietate sono negative e, come tali, vanno evitate: *infra*, IX, 1.1); la pena è applicata dal giudice in funzione di *prevenzione speciale* (positiva: per tendere alla risocializzazione del reo; negativa: per neutralizzarne la pericolosità). Rispetto a queste due funzioni il principio di colpevolezza risulta dissonante: la prevenzione generale può reclamare una grave punizione anche per un reato di modesta entità, quando si tratti di dissuadere convincentemente, e così pure la prevenzione speciale, quando si tratti di un reo che probabilmente delinquerà ancora (così, ad es., nel caso della repressione di reati contro il patrimonio commessi da tossicodipendenti). In generale, poi, non è detto che anche la punizione di fatti incolpevoli non serva alle esigenze della prevenzione generale e speciale assai più che la prevenzione circoscritta ai fatti colpevoli. In un sistema insensibile alla colpevolezza, i consociati dovrebbero spingere sino al parossismo il controllo del comportamento, proprio perché incombe su di loro il cieco rigore della legge.

La funzione del principio di colpevolezza appare allora quella di *limite* delle esigenze punitive espresse dalla prevenzione (generale o speciale), in rapporto ad un valore ad essa antagonistico, ma certo inviolabile in ogni ordinamento liberaldemocratico: il rispetto della persona umana, che vieta, in primo luogo, di strumentalizzarla per finalità ad esse estranee, di utilizzarla cioè come « mezzo » per uno « scopo » che la trascende e le si impone. E non v'è dubbio che punire *oltre* il limite della colpevolezza (in forma che per l'appunto vien detta « esemplare ») per dissuadere i consociati, o per neutralizzare il reo, o per imporgli una più adeguata risocializzazione, significherebbe trasformarlo nel contingente strumento di una politica criminale preventiva potenzialmente senza confini, perché le esigenze della prevenzione possono non esaurirsi mai (per neutralizzare efficacemente l'autore di un modesto reato, ma che probabilmente delinquerà ancora, si potrebbe applicare una pena detentiva di lunghissima durata).

Per converso, un sistema penale uniformato al principio di colpevolezza, finisce col valorizzare gli aspetti « positivi » della prevenzione generale.

Lanciando il messaggio normativo che la pena non prescindere dalla colpevolezza né la travalicherà, il legislatore tratta i consociati come esseri capaci di determinarsi consapevolmente, e manifesta il proprio affidamento nel valore dei precetti giuridici come canone del comportamento individuale: la vita sociale ne risulta più sicura, perché ciascuno sa di dover rispondere in base ad un criterio che lo concerne direttamente e personalmente. Sul piano della prevenzione speciale, l'ancoraggio della pena alla colpevolezza rappresenta la condizione per poter progettare ed attuare la risocializzazione del reo: se la pena non appare « meritata » e quindi « giusta » in rapporto al reo che la subisce, è illusorio supporre di non sollecitare in lui un'ostilità ancora maggiore verso un ordinamento che mostra il volto di un rigore indecifrabile (proprio perché, come si accennava poc'anzi, le esigenze della prevenzione sono potenzialmente illimitate).

1.2. Concezione psicologica e concezione normativa della colpevolezza. — Nel diritto penale moderno, a partire dalla riforma illuministica, si sono sviluppate due concezioni fondamentali della colpevolezza: la prima, di carattere psicologico, nasce con la riforma stessa; la seconda, normativa, si sviluppa agli inizi del Novecento (prendendo le mosse da un celebre saggio del giurista tedesco R. Frank, del 1907), e soppianta gradualmente la concezione psicologica, che sopravvive peraltro (in una frangia minoritaria della dottrina) sino ai giorni nostri.

La *concezione psicologica* identifica la colpevolezza nel nesso psichico che unisce il fatto al suo autore nelle forme del dolo o della colpa: il fatto è colpevole quando l'agente lo ha voluto, o, non avendolo voluto, avrebbe potuto prevederne la realizzazione se avesse usato la diligenza richiesta. La concezione psicologica, nella sua versione originaria, considera la colpevolezza come un criterio di imputazione a base naturalistica (perché fondata sul riscontro di un *quid* effettivamente rilevabile, sia pure nella psiche del soggetto) e di consistenza fissa (perché il dolo o la colpa, o ci sono, o non ci sono; e se ci sono, non ammettono alcuna graduazione di diversa « intensità »).

La teoria si inserisce in un preciso programma politico-criminale. Nel diritto penale illuministico, il fatto socialmente dannoso, recepito dalla legge come reato in virtù della sua natura ontologica di lesione di un diritto « naturale » preesistente, presenta una rilevanza preponderante rispetto alla colpevolezza. Questa è bensì necessaria per fondare la responsabilità, ma necessaria *solo* per stabilire un rapporto significativo tra fatto ed agente, e per

Termine estratto capitolo

Capitolo VIII

LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO

Sommario: 1. Introduzione. - 1.1. Il concetto di forma di manifestazione del reato. — 2. Il reato circostanziato. - 2.1. Concetto e funzione delle « circostanze del reato ». - 2.2. Classificazione delle circostanze. - 2.3. Imputazione delle circostanze. - 2.4. L'applicazione delle circostanze. Il concorso di circostanze. - 2.5. Effetti delle circostanze. - 2.6. Le circostanze aggravanti comuni. - 2.7. Le circostanze attenuanti comuni. Le attenuanti generiche. - 2.8. La recidiva. — 3. Il tentativo. - 3.1. Il concetto di « consumazione » del reato (reati istantanei e permanenti) e il tentativo. - 3.2. Fondamento della punibilità del tentativo. - 3.3. Il problema dell'inizio dell'attività punibile. - 3.4. La fattispecie del delitto tentato: *a)* l'idoneità degli atti. - 3.5. La fattispecie del delitto tentato: *b)* la direzione non equivoca degli atti. - 3.6. La colpevolezza nel tentativo. - 3.7. Il tentativo nelle varie categorie di delitti. - 3.8. La pena del tentativo. - 3.9. Desistenza e recesso attivo. - 3.10. Il reato impossibile. — 4. Il concorso di persone nel reato. - 4.1. Fondamento del concorso di persone nel reato. - 4.2. Il fatto tipico del concorso di persone. - 4.2.1. *a)* la pluralità di soggetti; *b)* la realizzazione di un fatto tipico alla stregua di una fattispecie monosoggettiva. - 4.2.2. *c)* il contributo obiettivamente rilevante. La forma attiva. - 4.2.3. La forma omissiva. - 4.3. Le cause di giustificazione nel concorso di persone. - 4.4. La colpevolezza nel concorso di persone: il concorso doloso e il concorso colposo. - 4.5. *L'aberratio delicti* concorsuale. - 4.6. Il concorso di persone nei reati propri. - 4.7. Il trattamento sanzionatorio del concorso. Circostanze del concorso e circostanze nel concorso. - 4.8. L'autore mediato. - 4.9. Le fattispecie plurisoggettive necessarie.

1. Introduzione.

1.1. Il concetto di forma di manifestazione del reato. — Il reato può presentarsi in forme diverse. La più semplice (e, si potrebbe dire, prototipica) è costituita dalla consumazione da parte di un singolo autore: in questo caso il soggetto realizza da solo e compiutamente la fattispecie incriminatrice (ad es., cagiona la morte di un uomo), in assenza di cause di giustificazione e con la colpevolezza necessaria a fondare la responsabilità. Il reato può tuttavia manifestarsi in forme diverse che attengono:

a) alla sua *gravità*, per la presenza di *circostanze attenuanti o aggravanti*, che, attribuendo rilevanza ad elementi diversi od ulteriori rispetto a quelli costitutivi, incidono sul livello (quantitativo) della responsabilità (così,

ad es., l'omicidio può essere commesso in risposta ad una provocazione: ricorre in tal caso l'attenuante dell'art. 62 n. 2 c.p.; o per motivi futili: ricorre in tal caso l'aggravante dell'art. 61 n. 1 c.p.);

b) al *grado* della sua realizzazione, quando la condotta del reo non abbia realizzato compiutamente la fattispecie incriminatrice di parte speciale, ma si sia risolta in atti che determinano il pericolo di tale realizzazione, e cioè nel *tentativo* di commettere il reato (ad es., Tizio spara a Caio per ucciderlo, ma Caio resta solo ferito);

c) al *numero delle persone* intervenute nella commissione del reato, quando il soggetto non abbia agito da solo, ma in *concorso di persone*, e cioè avvalendosi del contributo di altri soggetti (ad es., Tizio fornisce a Caio l'arma per uccidere Sempronio: Tizio e Caio concorrono nell'omicidio).

In riferimento a queste forme di manifestazione si distingue perciò il *reato semplice* dal *reato circostanziato*; il *reato consumato* dal *reato (rectius: delitto; infra, 3.7) tentato*; il *reato monosoggettivo* dal *concorso di persone nel reato*.

2. Il reato circostanziato.

2.1. Concetto e funzione delle « circostanze del reato ». — Il codice penale utilizza con frequenza l'espressione « circostanze » riferendola indiscriminatamente alle circostanze aggravanti o attenuanti ed alle circostanze di esclusione della pena (ad es., art. 59¹ c.p.). In senso tecnico, il termine « circostanze » è riservato invece alle sole circostanze aggravanti o attenuanti, che possono essere definite come gli elementi accidentali o accessori del reato, i quali, senza influire sulla sua esistenza giuridica, modificano l'entità della pena, in termini quantitativi ovvero anche qualitativi (comportando, cioè, il passaggio da una specie di pena ad un'altra: ad es., art. 703¹⁻² c.p.).

In termini positivi, le circostanze debbono dunque implicare una *modificazione della pena*, o in modo *proporzionale* (aumento o diminuzione fino ad un certo limite, normalmente fino ad un terzo, della pena inflitta per il reato), ovvero anche mediante una *nuova cornice edittale*, e cioè nuovi limiti minimi e massimi correlati al verificarsi delle circostanze (ad es., art. 625 c.p.). Esse non devono peraltro essere confuse con i coefficienti di graduazione della pena previsti dall'art. 133 c.p. (c.d. circostanze « improprie ») (*infra*, IX, 1.4); anche questi concorrono a determinare l'entità della pena in concreto (ad es., in rapporto ai motivi a delinquere: art. 133² n. 1 c.p., che sono suscettibili peraltro di assumere rilevanza circostanziale se abietti o futili: art. 61 n. 1 c.p.,

o se di particolare valore morale o sociale: art. 62 n. 1 c.p.), ma si distinguono nettamente dalle circostanze del reato, perché: *a*) le circostanze consentono di superare i limiti massimi e minimi previsti dalla legge per il reato, mentre i coefficienti dell'art. 133 c.p. esplicano la loro funzione all'*interno* di questi limiti; *b*) i coefficienti dell'art. 133 c.p. sono di natura « neutra »: possono cioè orientare la pena tanto verso il minimo quanto verso il massimo, a seconda del valore che assumono in concreto (il grado della colpa: art. 133¹ n. 3 c.p., può, ad es., deporre a favore del reo o contro di lui), mentre le circostanze rivestono un significato univoco, o attenuante, o aggravante, secondo la valutazione normativa del loro contenuto intrinseco (la colpa con previsione è, ad es. sempre aggravante: art. 61 n. 3 c.p.).

In termini negativi, le circostanze si caratterizzano per il fatto di non dovere e non potere essere elementi costitutivi del reato (così, ad es., la circostanza aggravante dell'art. 61 n. 10 c.p. non può essere riferita al delitto di resistenza, art. 337 c.p., perché il contenuto della circostanza è assunto come requisito essenziale del reato). Ciò pone il problema della distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi, sulla quale ci si soffermerà tra breve.

Preliminarmente, è opportuno chiarire che la funzione delle circostanze è duplice. Da un lato, essa consiste nel ridurre il divario fra l'astrattezza generalizzante della fattispecie normativa di reato, e la varietà delle situazioni esistenziali che ad essa si riconducono, consentendo un migliore adeguamento della pena al caso concreto. Un furto (art. 624¹ c.p.) resta sempre tale, che si riferisca ad un'ingente somma o a pochi spiccioli, che sia commesso per donare ai poveri o per finanziare un sequestro di persona; ma è evidente che queste peculiarità (e le decine d'altre considerate dalle varie circostanze suscettibili di applicarsi al furto), rendono significativamente diverso il reato. Da un altro lato, la funzione delle circostanze, così come risultano previste e disciplinate nel codice Rocco, si risolve nello sforzo del legislatore di imbrigliare, dirigere e dominare il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena, attraverso una casistica spesso esasperata e una serie di vincoli tassativi nell'applicazione delle disposizioni circostanziali. Peraltro, talune incisive riforme intervenute sulla disciplina generale delle circostanze hanno drasticamente ridimensionato la portata di questa seconda funzione (*infra*, 2.3 e 2.4).

Il problema più delicato sollevato in via preliminare dalle circostanze è la loro stessa identificazione. Quando il legislatore prevede un elemento che modifica la pena del reato cui l'elemento stesso viene riferito, occorre stabilire se veramente ricorra una circostanza, o non piuttosto una figura autonoma di reato. Così, ad es., l'infanticidio in condizioni di abbandono

materiale e morale (art. 578 c.p.) è un'ipotesi speciale di omicidio, punibile meno gravemente: si tratta di una attenuante del reato previsto dall'art. 575 c.p. o di un titolo di reato, speciale bensì rispetto all'omicidio comune, ma autonomo?

La questione è di grande importanza pratica, perché la sua soluzione decide dell'applicabilità di un'intera serie di disposizioni, tra cui in particolare: *a*) l'art. 59¹ c.p. che prescrive l'applicazione *obiettiva* delle circostanze attenuanti (mentre gli elementi costitutivi seguono la regola dell'imputazione soggettiva); *b*) l'art. 59² c.p. che prescrive l'imputazione delle aggravanti *indifferentemente per dolo o per colpa* (mentre nei delitti dolosi gli elementi costitutivi debbono necessariamente essere investiti del dolo); *c*) l'art. 69 c.p. che impone, in caso di concorso fra circostanze di segno diverso, un giudizio di equivalenza o di prevalenza (*infra*, 2.4), evidentemente impossibile se l'elemento specializzante è costitutivo. Così, ad es., se le lesioni gravissime (art. 583² c.p.) vengono intese — secondo un'opinione dottrinale — come titolo autonomo di reato rispetto alle lesioni (art. 582 c.p.), e non come circostanze aggravanti, ne consegue che l'agente deve aver voluto l'evento che determina la natura gravissima (ad es., la perdita di un senso: art. 583² n. 2 c.p.), mentre se si tratta di circostanze aggravanti è sufficiente che abbia voluto l'evento delle lesioni, mentre la conseguenza gravissima ulteriore gli è imputata anche solo per colpa. Qualora ricorra poi una circostanza attenuante (ad es., la provocazione: art. 62 n. 2 c.p.), il riconoscimento della qualifica circostanziale comporta l'applicazione dell'art. 69 c.p., e la conseguente possibilità per il giudice di infliggere la pena nei limiti del solo reato-base (art. 582 c.p.), prescindendo dall'aggravante: ciò che è precluso se si tratta invece di reato autonomo, nel qual caso l'attenuante sarà applicata alla pena inflitta nei limiti edittali stabiliti per le lesioni gravissime.

Nell'affrontare la questione ben poco utili si rivelano i *criteri sostanziali* basati su astrazioni aprioristiche. Così, ad es., si è ritenuto che le circostanze non modifichino l'interesse tutelato, mentre l'elemento costitutivo di una nuova figura criminosa inciderebbe sull'offesa. Ma è evidente che una simile distinzione deve seguire la soluzione del problema, e non precederla: se si tratta di circostanza si potrà, di regola, ritenere che l'interesse non sia modificato, e l'inverso se si tratta invece di un elemento costitutivo. Di maggiore consistenza appaiono i *criteri formali*. In tal senso occorre innanzitutto verificare se tra la fattispecie supposta circostanziale e quella base intercorra un *rapporto di specialità*, nel senso che la prima include tutti i requisiti propri anche della seconda, con uno o più requisiti specializzanti: se questo non si verifica (così, ad es., nel caso dell'art. 378³ c.p. rispetto all'art.

Termine estratto capitolo