

Giorgio Marinucci  
Emilio Dolcini  
Gian Luigi Gatta

# Manuale

di

# Diritto Penale

Parte Generale

Dodicesima edizione

## PREMESSA ALLA DODICESIMA EDIZIONE

*La dodicesima edizione del Manuale vede la luce a vent'anni di distanza dalla prima edizione e a dieci anni dalla scomparsa di Giorgio Marinucci, fondatore di questa opera e indimenticato Maestro.*

*Tra le novità legislative intervenute nel corso dell'ultimo anno spicca senz'altro la riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), volta a conferire efficienza al processo e all'intero sistema della giustizia penale. Si tratta di una serie di interventi che riguardano importanti istituti della parte generale del diritto penale, ispirati a tre diverse finalità politico-criminali: la valorizzazione di condotte riparatorie dell'offesa, il potenziamento delle alternative al carcere, la deflazione processuale e penitenziaria.*

*L'idea di riparazione viene proposta dalla riforma in accezioni diverse. Alcuni interventi riguardano istituti già noti all'ordinamento: accanto all'estinzione delle contravvenzioni per adempimento delle prescrizioni dell'organo accertatore (che viene ora estesa allo specifico settore dei reati in materia di alimenti), merita particolare attenzione la remissione della querela. Si è infatti previsto un significativo ampliamento del novero dei reati perseguibili a querela, che ha interessato centrali figure di reato contro la persona e contro il patrimonio, come le lesioni personali, la violenza privata, il furto, la truffa e l'appropriazione indebita: attraverso la perseguibilità a querela risulta valorizzato l'istituto della remissione della querela, che normalmente consegue alla riparazione o al risarcimento del danno. La riparazione entra inoltre nell'ordinamento nel nuovo paradigma della giustizia riparativa, alla quale questa edizione del Manuale dedica un apposito capitolo. L'idea di fondo è quella di promuovere l'incontro tra l'autore e la vittima sotto la guida di un mediatore, perseguendo la riparazione del male inferto con il reato attraverso la ricomposizione del conflitto e così superando la logica vendicativa e dello 'scontro' che permea la giustizia penale. La giustizia riparativa si propone come uno strumento in grado di concorrere con la pena verso obiettivi comuni, operando ora accanto, ora in luogo della pena: promette di far tacere o di ridurre la domanda di punizione che si leva dalla vittima e dalla comunità nei confronti dell'autore del reato.*

*Riforme organiche hanno poi interessato l'esecuzione e la conversione delle pene pecuniarie, nonché l'intera disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, prevista dalla l. 24 novembre 1981, n. 689. Quanto alla pena pecuniaria, si è mirato a conferire effettività a tale risalente alternativa alla pena detentiva, fino a ieri caratterizzata da bassissimi tassi di riscos-*

sione. Anche in questa sfera si è realizzato un cambio di paradigma, con il passaggio da una concezione civilistica della pena pecuniaria quale credito dello Stato nei confronti del condannato ad una concezione strettamente penalistica, imperniata sull'obbligo di pagamento entro un termine stabilito, sotto minaccia di conversione in una pena parzialmente privativa della libertà personale. È stata inoltre radicalmente innovata la tipologia delle pene sostitutive delle pene detentive brevi, anche in questo caso in vista di un recupero di effettività, ed è stato raddoppiato il limite massimo di sostituibilità della pena detentiva, portato ora a quattro anni: tra le nuove pene sostitutive trovano posto, accanto alla pena pecuniaria, il lavoro di pubblica utilità, la detenzione domiciliare e la semilibertà. La nuova disciplina delle pene sostitutive è oggetto di un'ampia trattazione in questa edizione del Manuale, comprensiva tra l'altro dei profili processuali, modellati sul sentencing anglosassone, e dei rapporti con le misure alternative alla detenzione.

Fra gli interventi deflattivi che hanno maggiore incidenza sugli istituti di parte generale, si segnalano quelli che riguardano due istituti di recente introduzione e caratterizzati da un rilevante impatto sulla prassi. Da un lato è stato ampliato l'ambito di applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168 bis ss. c.p.), un istituto che consente di evitare sia il processo, sia — in caso di successo della prova — qualsiasi impatto col carcere. Dall'altro lato, un'analoga estensione della sfera di applicabilità ha interessato la causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.), ora applicabile di regola ai reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore a due anni.

Su impulso dalla giurisprudenza costituzionale, il sistema sanzionatorio penale è stato interessato da un'ulteriore riforma, che riguarda condannati e internati per alcuni gravissimi reati, a partire da quelli di criminalità organizzata e di terrorismo. Il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito nella l. 30 dicembre 2022, n. 199, ha introdotto nell'art. 4 bis ord. penit. un'articolata disciplina che consente al detenuto non collaborante alcune limitate possibilità di accesso ai benefici penitenziari, alle misure alternative e alla liberazione condizionale.

Questa edizione del Manuale tiene conto anche di altre novità legislative, che hanno interessato la parte speciale del diritto penale, con riflessi sulla parte generale. È il caso, ad esempio, dell'introduzione di due nuove figure di reato, che sono state al centro di un acceso dibattito pubblico: ci riferiamo al delitto di invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o la incolumità pubblica (art. 633 bis c.p.), volto a contrastare il fenomeno dei c.d. rave party, nonché al delitto di morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina, con il quale il Governo Meloni ha inteso rispondere all'ennesimo naufragio in prossimità delle coste italiane, verificatosi a Cutro il 26 febbraio 2023 e costato la vita a 94 migranti. Un tratto che accomuna l'introduzione di tali figure di reato risiede nel

*ricorso allo strumento del decreto-legge, la cui compatibilità con il principio di legalità in materia penale ex art. 25 co. 2 Cost. è da sempre messa in discussione nel nostro Manuale.*

*Quanto alla giurisprudenza, nella convinzione che per chi studia il diritto penale sia fondamentale una consapevolezza critica del diritto vivente, inquadrato in una trattazione sistematica, questa edizione del Manuale riferisce di un'ampia gamma di questioni affrontate, in particolare, dalla Corte di cassazione, a sezioni semplici e a sezioni unite. La vastità delle pronunce di cui si è tenuto conto, in tutti i capitoli del Manuale, è tale da consentire qui soltanto un'esemplificazione dei temi affrontati dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite: sospensione del procedimento con messa alla prova e responsabilità da reato degli enti, principio di irretroattività della legge penale e confisca per equivalente, sospensione condizionale della pena corredata da obblighi, compatibilità della continuazione nel reato con la causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto.*

*Anche quest'anno una forte esigenza di aggiornamento è venuta dalla Corte costituzionale, la cui giurisprudenza si è caratterizzata ancora una volta per il numero delle pronunce relative alla materia penale e per la rilevanza delle questioni esaminate. Tra i temi affrontati dalla Corte: principio di proporzionalità della pena e sanzioni amministrative punitive (sent. n. 95/2022 e sent. n. 40/2023); applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova in caso di concorso formale di reati o di reato continuato (sent. n. 146/2022 e sent. n. 174/2022); principio ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio penale-amministrativo (sent. n. 149/2022); eccesso di delega in materia penale (sent. n. 175/2022); fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole all'agente (sent. n. 198/2022); fondamento e carattere discrezionale della recidiva (sent. n. 230/2022); divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva ex art. 656 co. 9 c.p.p. per il delitto di incendio boschivo colposo ex art. 423 bis co. 2 c.p. (sent. n. 3/2023); natura della libertà vigilata disposta congiuntamente alla liberazione condizionale (sent. n. 66/2023); recidiva reiterata, divieto di prevalenza delle attenuanti e reati puniti con l'ergastolo (sent. n. 94/2023); regime detentivo speciale ex art. 41 bis ord. penit. e colloqui con i familiari minori di età (sent. n. 105/2023).*

*Il nostro Manuale, non da oggi, si caratterizza per una spiccata attenzione alla realtà che sta dietro le norme. Anche in questa nuova edizione abbiamo aggiornato i numerosi dati statistici presenti nell'edizione precedente, a proposito, tra l'altro, della pena di morte nel mondo e delle più svariate tipologie sanzionatorie italiane: pene detentive, pene pecuniarie, pene sostitutive, misure alternative alla detenzione, misure di sicurezza, etc.; inoltre, a proposito della particolare tenuità del fatto, della prescrizione del reato, della sospensione del procedimento con messa alla prova, del perdono giudiziale, della grazia, della sospensione condizionale della pena e di altri istituti ancora.*

\*\*\*

*Il nostro impegno è volto a fornire uno strumento di lavoro costantemente aggiornato sia allo studente universitario, sia a chi, dopo la laurea, prepara concorsi ed esami: in particolare il concorso per la magistratura e l'esame di abilitazione alla professione di avvocato. Un obiettivo che non si concilia con ritocchi solo marginali, a fronte di un'evoluzione legislativa e giurisprudenziale sempre più rilevante e complessa.*

*Anche in questo senso, riteniamo di adempiere ad un impegno ideale nei confronti del Maestro, Giorgio Marinucci, alla cui memoria rendiamo un commosso omaggio.*

EMILIO DOLCINI - GIAN LUIGI GATTA

Milano, maggio 2023

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

**Sezione I**  
**INTRODUZIONE**

## Capitolo I

# LEGITTIMAZIONE E COMPITI DEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Teorie della pena e tipo di Stato. — 2. Struttura del reato e tipo di Stato. — 2.1. Premessa. — 2.2. La secolarizzazione del diritto penale. — 2.3. Il fallito attacco della ‘Scuola positiva’ al diritto penale del fatto: il reato come sintomo di pericolosità individuale. — 3. La legittimazione del ricorso alla pena da parte del legislatore. — 3.1. Prevenzione generale nei limiti della rieducazione. — 3.2. I criteri-guida per la selezione dei fatti penalmente rilevanti: (a) il principio di offensività. — 3.3. (Segue): (b) il principio di colpevolezza. — 3.4. (Segue): (c) i principi di proporzione e di sussidiarietà. — 4. La legittimazione dell’inflizione della pena da parte del giudice. — 4.1. Lo scopo della pena nello stadio giudiziale: rieducazione sotto il limite della colpevolezza. — 4.2. Il ruolo della prevenzione generale. — 4.3. Prevenzione speciale e pene brevi: sospensione condizionale e sostituzione. — 5. La legittimazione dell’esecuzione della pena da parte del potere esecutivo. — 5.1. Il fondamento specialpreventivo dell’esecuzione della pena. — 5.2. I limiti alla funzione rieducativa. — 6. I rapporti tra il diritto penale e gli altri rami dell’ordinamento. — 6.1. L’efficacia del giudicato penale nei giudizi extrapenal. — 6.2. Accessorietà e autonomia del diritto penale. — 6.3. Diritto penale e unità dell’ordinamento giuridico. — 7. Diritto penale e problemi probatori. — 7.1. Le regole probatorie. — 7.2. Le violazioni delle regole probatorie da parte del legislatore. — 7.3. Le violazioni delle regole probatorie da parte della giurisprudenza. — 8. La legislazione penale italiana: cenni. — 8.1. La codificazione penale in Italia. — 8.2. Le riforme parziali del codice penale e la legislazione penale speciale. — 8.3. Gli interventi della Corte costituzionale. — 8.4. Il principio della riserva di codice (e le perduranti esigenze di una nuova codificazione).

### 1. Teorie della pena e tipo di Stato

**1.1.** « *La storia della pena è una continua abolizione* ». Questo celebre detto di un grande storico del diritto — Rudolf von Jhering — è senz’altro vero in una prospettiva di lungo periodo: ancora nel settecento dominavano pene efferate, come la pena di morte eseguita con modalità atroci, le pene corporali (accecaamento, taglio del naso, della lingua, etc.), la pena del remo (o galera), le pene infamanti (gogna, berlina, etc.), la confisca totale dei beni, etc. Nel corso dei due secoli successivi il sistema delle sanzioni penali ha progressivamente attenuato la sua durezza: la pena detentiva ha via via tolto spazio alle inumane pene del passato, fino all’abolizione totale della pena di morte in molti paesi. Per molto tempo ancora il carcere, con il suo carico di sofferenze, promette però di conservare un ruolo centrale nei sistemi penali. Continua perciò a porsi un quesito ineludibile: **che cosa legittima il ricorso dello Stato all’arma della pena?** In altri termini: quali sono i presupposti e quali gli scopi che giustificano l’inflizione deliberata a un essere umano di un male terribile come la privazione della libertà personale?

**1.2.** La risposta a questi interrogativi viene offerta dalle **teorie della pena**, che, pur nella loro varietà e complessità, possono ricondursi a tre filoni fondamentali: la teoria retributiva, la teoria della prevenzione generale e la teoria della prevenzione speciale o individuale.

Secondo la **teoria retributiva** la pena statutale si legittima come un male inflitto dallo Stato per compensare ('retribuire') il male che un uomo ha inflitto ad un altro uomo o alla società: nella sua forma più primitiva, ma anche più pura, questa teoria della pena trova espressione nella legge del taglione ('occhio per occhio, dente per dente'). In quanto disinteressata agli effetti della pena, la teoria retributiva viene designata come *assoluta*: svincolata cioè dalla considerazione di un qualsivoglia fine da raggiungere. Sviluppando coerentemente questa visione della pena, Kant ha scritto: « anche se una società civile, con tutti i suoi membri, decidesse di sciogliersi (ad es., il popolo che vive in un'isola decidesse di separarsi e di disperdersi per tutto il mondo), bisognerebbe prima giustiziare l'ultimo assassino che si trovasse in un carcere, perché ciascuno soffra ciò che meritano i suoi comportamenti, e perché non pesi la colpa del sangue sopra il popolo che ha rinunciato a punirlo ». Secondo questa logica, si punisce perché è giusto, non perché la pena sia utile in vista di una qualsivoglia finalità: al limite, come nel caso ipotizzato da Kant, si deve punire anche se non ci sarà più, dopo la punizione, la stessa società che infligge la pena.

Assegnano invece uno scopo alla pena le teorie preventive, che proprio in considerazione di questa loro caratteristica vengono designate come *relative*, cioè incentrate sugli effetti della pena.

In particolare, la **teoria generalpreventiva** legittima la pena come mezzo per orientare le scelte di comportamento della *generalità dei suoi destinatari*: in primo luogo, facendo leva sugli effetti di *intimidazione* correlati al contenuto afflittivo della pena, alla quale si assegna una funzione di contropinta psicologica, tale da neutralizzare le spinte a delinquere dei consociati. Nel lungo periodo, l'effetto di prevenzione generale viene perseguito inoltre attraverso l'azione pedagogica della norma penale: si confida cioè che col tempo si crei nella collettività una spontanea adesione ai valori espressi dalla legge penale. L'effetto di *orientamento culturale* dovrebbe in altri termini sostituirsi, a poco a poco, all'obbedienza dettata dal timore della pena.

La **teoria specialpreventiva** concepisce la pena come strumento per prevenire che l'*autore di un reato* commetta in futuro altri reati. E questa funzione può essere assolta in tre forme: nella forma della *risocializzazione*, cioè dell'aiuto al condannato a inserirsi o reinserirsi nella società nel rispetto della legge; nella forma della *intimidazione*, rispetto alle persone per le quali la pena non può essere strumento di risocializzazione; nella forma, infine, della *neutralizzazione*, quando il destinatario della pena non appaia suscettibile né di risocializzazione, né di intimidazione: sì che l'unico obiettivo che la pena può perseguire nei suoi confronti è renderlo inoffensivo, o almeno rendergli più difficile la commissione di nuovi reati.

Termine estratto capitolo

## Capitolo II

### LE FONTI

SOMMARIO: 1. La funzione di garanzia del principio di legalità. — 2. La riserva di legge come riserva di legge formale dello Stato. — 2.1. Decreto-legge, decreto legislativo e norma penale. — 2.2. I decreti governativi in tempo di guerra. — 2.3. Legge regionale e diritto penale. — 2.4. Diritto dell'Unione Europea e diritto penale. — 2.5. Fonti internazionali pattizie (in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e diritto penale. — 2.6. Consuetudine e diritto penale. — 2.7. Corte costituzionale e legge penale. — 3. Riserva di legge e atti del potere esecutivo. — 3.1. Riserva assoluta, relativa o 'tendenzialmente assoluta'? — 3.2. Legge penale e atti normativi generali e astratti del potere esecutivo. — 3.3. Legge penale e provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo. — 3.4. Norme penali in bianco. — 4. Riserva di legge e potere giudiziario. — 5. (*Segue*): (a) il principio di precisione. — 5.1. Il fondamento del principio di precisione. — 5.2. Principio di precisione e tecniche di formulazione delle norme penali. — 5.3. Il principio di precisione nella giurisprudenza. — 5.4. Principio di precisione e recente legislazione penale. — 6. (*Segue*): (b) il principio di determinatezza. — 7. (*Segue*): (c) il principio di tassatività. — 7.1. Il principio di tassatività come vincolo per il giudice. — 7.2. Il principio di tassatività come vincolo per il legislatore. — 8. (*Segue*): (d) l'analogia a favore del reo. — 9. Il principio di legalità delle pene. — 10. Il principio di legalità delle misure di sicurezza. — 11. L'interpretazione nel diritto penale.

#### 1. La funzione di garanzia del principio di legalità

**1.1.** Da sempre, come si è detto (cfr. *supra*, I, 1), il diritto penale si caratterizza per la durezza delle sue sanzioni. All'incredibile atrocità del sistema sanzionatorio penale settecentesco il pensiero illuministico reagì in due direzioni: chiedendo pene più miti e invocando l'apposizione di limiti alla potestà punitiva dello Stato, a cominciare dal principio di legalità, cioè dalla *riserva alla legge* del compito di individuare i reati e le pene, così da mettere il cittadino al sicuro dagli arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario.

Le **esigenze di garanzia** sottese al principio di legalità sono *tuttora* pressanti e irrinunciabili nel nostro ordinamento. La stessa pena di morte era infatti consentita dalla Costituzione « nei casi previsti dalle leggi militari di guerra » (art. 27 co. 4 Cost.) e solo con la legge costituzionale 2 ottobre 2007, n. 1 è stata soppressa l'eccezione relativa alle leggi militari di guerra (cfr. *infra*, XIII, 2). D'altra parte, il legislatore italiano non ha mai rinunciato a porre al centro del sistema sanzionatorio la *pena detentiva*, temporanea (arresto o reclusione — prevista, quest'ultima, anche nella misura di trent'anni!) o perpetua (ergastolo) (cfr. *infra*, XIII, 3).

**1.2.** Il principio di legalità o di riserva di legge in materia penale — cioè il monopolio del potere legislativo nella scelta dei fatti da punire e delle relative

sanzioni — è frutto, come si è detto, del **pensiero illuministico**. In particolare si deve a Montesquieu l'enunciazione del principio della separazione dei poteri, e in questo quadro l'affermazione del primato della legge nella materia penale, a garanzia del cittadino non solo dagli arbitri del potere esecutivo, ma anche da quelli dei giudici, che debbono essere la 'bocca che pronuncia la parola della legge'. Beccaria evidenzia inoltre il principio di precisione della legge penale, cioè l'esigenza di leggi chiare e precise. È Feuerbach, infine, che conia la formula '*nullum crimen, nulla poena sine lege*', individuando due ulteriori corollari della riserva di legge: il divieto di analogia — cioè il divieto di applicare la legge penale a casi che il legislatore non ha espressamente previsto — e il principio di determinatezza, in base al quale il legislatore può reprimere con la pena solo ciò che può essere provato nel processo.

Le conquiste del pensiero illuministico vengono dapprima recepite in Francia nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) e nelle Costituzioni del 1791 e del 1793. Successivamente entrano nelle codificazioni ottocentesche: in Francia nel codice penale del 1810; in Italia, tra l'altro, nei codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859, nel codice civile del 1865 (che consacra il divieto di analogia) e infine nel codice penale del 1889.

**1.3.** Anche dopo l'avvento del fascismo, l'eredità del pensiero liberale consente la riaffermazione del principio di legalità nel **codice penale** del 1930. In particolare la legalità dei reati e delle pene è sancita nell'**art. 1 c.p.**, il quale dispone — sotto la rubrica « *reati e pene: disposizione espressa di legge* » — che « *nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite* ». Avendo poi previsto le misure di sicurezza, accanto alle pene, come ulteriore tipo di sanzioni penali, il legislatore del 1930 ha esteso anche a questa sfera la garanzia del principio di legalità: sotto la rubrica « *sottoposizione a misure di sicurezza: disposizione espressa di legge* », l'**art. 199 c.p.** stabilisce infatti che « *nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti* ». Inoltre, nelle Disposizioni sulla legge in generale (c.d. Preleggi), che precedono il codice civile del 1942, viene nuovamente enunciato il divieto di analogia per le leggi penali: l'art. 14 delle Preleggi dispone infatti che « *le leggi penali... non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati* ».

La **Costituzione** repubblicana del 1948 recepisce il principio di legalità in tutti i suoi significati. L'**art. 25 co. 2 Cost.** dispone che « *nessuno può essere punito se non in forza di una legge* », mentre l'**art. 25 co. 3**, con una disposizione espressamente dedicata alle misure di sicurezza, stabilisce che « *nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge* ».

Dato il carattere rigido della Costituzione repubblicana, il principio di legalità acquista così forza vincolante anche nei confronti del legislatore: il quale, dunque, non può spogliarsi del monopolio della produzione delle norme penali, rinviando ad atti del potere esecutivo per l'individuazione del precetto e/o della sanzione (*riserva tendenzialmente assoluta di legge formale*: cfr. *infra*, 2 e 3); è

tenuto a formulare le leggi penali in modo chiaro (*principio di precisione*: cfr. *infra*, 5); deve astenersi dall'incriminare fatti che non siano suscettibili di essere provati nel processo (*principio di determinatezza*: cfr. *infra*, 6); deve imporre al giudice il divieto di estensione analogica delle norme incriminatrici e deve a sua volta formulare le norme incriminatrici in modo rispettoso del divieto di analogia (*principio di tassatività*: cfr. *infra*, 7).

**1.4.** Per comprendere e precisare la portata del principio di legalità, è sempre necessario risalire alla sua **matrice politico-istituzionale**. L'originaria matrice, come si è visto, scaturisce dai principi dello **Stato liberale di diritto**, in particolare dall'idea che, nel quadro della separazione dei poteri statuali, il monopolio della potestà punitiva compete al Parlamento, che è l'unico potere rappresentativo della volontà popolare, essendo il potere esecutivo espressione della sola maggioranza parlamentare e il potere giudiziario privo di qualsiasi investitura da parte dei cittadini. Con l'affermarsi dello **Stato democratico**, e quindi con l'introduzione del suffragio universale, il Parlamento diventa espressione della volontà dell'intero popolo: ne segue che attribuirgli il monopolio della produzione delle norme penali significa assicurare — a garanzia della libertà dei cittadini — una più forte legittimazione politica alle scelte punitive dello Stato, e una ancor più accentuata preclusione agli interventi del potere esecutivo e del potere giudiziario.

## 2. La riserva di legge come riserva di legge formale dello Stato

### 2.1. Decreto-legge, decreto legislativo e norma penale

Il fondamento politico (cfr. *supra*, 1.4) della riserva di legge in materia penale — e cioè l'esigenza che le scelte politico-criminali siano riservate all'unico potere dello Stato rappresentativo della volontà popolare — impone di interpretare la formula « legge » nell'art. 25 co. 2 Cost. come **legge formale**, escludendo i decreti legislativi e i decreti-legge dalle fonti del diritto penale: *solo il Parlamento*, come espressione dell'intero popolo, è in grado di compiere le scelte punitive nel rispetto della dialettica tra maggioranza e minoranza (in tal senso, Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230).

Opposto è però l'orientamento della **prassi parlamentare e governativa**. Il Governo ha fatto ampio ricorso al *decreto-legge* in materia penale, soprattutto nella fase anteriore al divieto pressoché assoluto di reiterazione dei decreti-legge non convertiti imposto dalla **Corte costituzionale** nel 1996 (Corte cost. 24 ottobre 1996, n. 360). Anche successivamente sono stati introdotti con lo strumento del decreto-legge, ad esempio: nel 2009, il delitto di « atti persecutori » (c.d. *stalking*) (art. 612 *bis* c.p.) (cfr. *supra*, I, 8.2.3); nel 2011, il delitto di « intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro » (art. 603 *bis* c.p.); nel 2013, il delitto di « combustione illecita di rifiuti » (art. 256 *bis* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 — T.u. dell'ambiente) e l'aggravante del fatto commesso in presenza o in danno di un minore o di una donna incinta (art. 61 n. 11 *quinquies*

c.p.); nel 2018 e nel 2019, con due distinti ‘decreti sicurezza’ (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113; d.l. 14 giugno 2019, n. 53), tra l’altro, la contravvenzione di « esercizio molesto dell’accattonaggio » (art. 669 *bis* c.p.) e l’aggravante comune dell’aver commesso il fatto in occasione di manifestazioni sportive (art. 61 n. 11 *septies* c.p.); nel 2020, nel contesto degli interventi normativi tesi a contrastare il diffondersi dell’epidemia da COVID-19, tre contravvenzioni, due delle quali relative all’inosservanza della quarantena da parte del soggetto positivo al virus (art. 4 co. 6 d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito nella l. 22 maggio 2020, n. 35 e art. 2 co. 3 d.l. 16 maggio 2020, n. 33, convertito nella l. 14 luglio 2020, n. 74), la terza all’inosservanza di altre ‘misure di contenimento’ (ad es., divieto di allontanarsi dalla residenza senza necessità, divieto di esercitare alcune attività commerciali, etc.) (art. 3 co. 4 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. in l. 5 marzo 2020, n. 13; quest’ultima disposizione è stata peraltro abrogata dal d.l. n. 19/2020, che ha sostituito la contravvenzione con una nuova figura di illecito amministrativo punito con sanzione pecuniaria). Ulteriori interventi in materia penale realizzati con decreto-legge, nell’ambito della stessa emergenza sanitaria, hanno portato all’incriminazione di condotte volte all’indebita percezione di contributi erogati dallo Stato per sostenere il lavoro, l’economia e l’impresa (artt. 25 e 103 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito nella l. 17 luglio 2020, n. 77), nonché all’estensione di alcuni delitti di falso previsti dal codice penale (artt. 476-482 c.p. e art. 489 c.p.) alle falsificazioni del c.d. *green pass* (art. 13 co. 2 d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito nella l. 17 giugno 2021, n. 87). Ancora, nel 2022 con lo strumento del decreto-legge (d.l. 31 ottobre 2022, n. 162), nell’intento di contrastare il fenomeno dei c.d. *rave party*, è stato introdotto — tra i delitti contro l’incolumità pubblica — il delitto di « invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l’ordine pubblico o l’incolumità pubblica o la salute pubblica » (art. 434 *bis* c.p.), successivamente soppresso con la legge di conversione (l. 30 dicembre 2022, n. 199), che ha introdotto — tra i delitti contro il patrimonio — il delitto di « invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l’incolumità pubblica » (art. 633 *bis* c.p.) (cfr. *supra*, I, 8.2.5). Infine, nel 2023, con il d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni nella l. 5 maggio 2023, n. 50, sono state inasprite le pene per il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina — all’indomani del naufragio verificatosi a Cutro (Crotone) il 26 febbraio, che è costato la vita a 94 migranti — ed è stato introdotto nell’art. 12 *bis* T.u. immigrazione il nuovo delitto di « morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina », per il quale, se dal fatto deriva la morte di più persone, è prevista la reclusione da 20 a 30 anni.

Della *delega legislativa*, d’altra parte, il Parlamento fa un uso sempre più ampio, soprattutto per dare attuazione a direttive comunitarie.

Gran parte della *dottrina* approva gli orientamenti della prassi, interpretando la riserva di legge ex art. 25 Cost. come riserva di legge in senso materiale, comprensiva dunque del potere esecutivo che hanno

Termine estratto capitolo

## Capitolo III

# I LIMITI ALL'APPLICABILITÀ DELLA LEGGE PENALE

SOMMARIO: A) LIMITI TEMPORALI. — 1. Il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli all'agente. — 2. Ambito di applicazione: nuove incriminazioni e trattamento penale più severo. — 3. Principio di irretroattività e misure di sicurezza. — 4. Principio di irretroattività, diritto processuale penale e esecuzione della pena. — 5. Il principio di retroattività delle norme penali favorevoli all'agente. — 6. L'abolizione del reato (art. 2 co. 2 c.p.). — 7. Abolizione del reato e successione di norme integratrici. — 8. La successione di norme modificative della disciplina (art. 2 co. 3 e 4 c.p.). — 9. La distinzione tra abolizione del reato e successione di norme modificative della disciplina: alcuni casi problematici. — 10. Ultrattività delle leggi eccezionali e delle leggi temporanee (art. 2 co. 5 c.p.). — 11. Il decreto-legge decaduto o non convertito (art. 2 co. 6 c.p.). — 12. La dichiarazione di illegittimità costituzionale. — 13. Il tempo del commesso reato. — B) LIMITI SPAZIALI. — 14. La tendenziale universalità della legge penale italiana. — 15. La nozione di territorio dello Stato. — 16. I reati commessi nel territorio dello Stato. — 17. I reati commessi all'estero punibili incondizionatamente secondo la legge italiana. — 18. I delitti politici commessi all'estero. — 19. I delitti comuni commessi all'estero dal cittadino. — 20. I delitti comuni commessi all'estero dallo straniero. — 21. Il rinnovamento del giudizio. — 22. Il riconoscimento delle sentenze penali straniere. — 23. L'estradizione. — 24. Il mandato d'arresto europeo. — C) LIMITI PERSONALI. — 25. Le eccezioni all'obbligatorietà della legge penale italiana. — 26. Le immunità di diritto pubblico interno. — 27. Le immunità di diritto internazionale. — D) UN SISTEMA PENALE SOVRASTATALE. — 28. Il diritto penale internazionale.

### A) LIMITI TEMPORALI

#### 1. Il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli all'agente

**1.1.** In uno *Stato liberale di diritto* il cittadino deve poter sapere, *prima di agire*, se dal suo comportamento potrà derivare una responsabilità penale, e quali siano le eventuali sanzioni in cui potrà incorrere: solo a queste condizioni può compiere libere scelte di azione, assumendosi la responsabilità dei suoi comportamenti. Se invece il giudice o il legislatore potessero disporre *ex post* della sua libertà personale, il cittadino sarebbe alla mercé dello Stato, che, come il mostro biblico, sarebbe solo un oppressivo Leviatano.

Ecco perché i fondatori dei principi dello Stato liberale di diritto hanno arricchito la tutela del cittadino introducendo il **principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli all'agente**: hanno così inteso garantire il suo affidamento che *il se e il quanto della punizione saranno determinati soltanto dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto*, ponendolo al riparo dalle

sopraffazioni del giudice e del legislatore che, ispirandosi a ragioni politiche o sotto spinte emotive che promanano dalla collettività, *puniscano fatti che al tempo della loro commissione non costituivano reato, ovvero li puniscano più severamente*.

È del tutto conseguente che il principio di irretroattività sia stato apertamente violato dai nemici dello Stato liberale di diritto: ad esempio, dalla Germania nazista, che introducendo con una legge del 22 giugno 1938 il nuovo reato di blocco stradale a scopo di rapina, punito con la pena di morte, stabilì espressamente l'entrata in vigore della legge stessa « con effetto dal 1° gennaio 1936 ». V. inoltre, per un ulteriore esempio di violazione del principio di irretroattività, questa volta da parte dell'Italia fascista, *infra*, X, 2.3.

**1.2.** Il rispetto del principio di irretroattività delle norme che contengono **nuove incriminazioni** è imposto al *giudice* dall'**art. 2 co. 1 c.p.**, il quale dispone che « *nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato* ». L'**art. 2 co. 4 c.p.** vieta inoltre al giudice di applicare retroattivamente una **legge successiva sfavorevole al reo**: dispone infatti che « *se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo* ».

Le norme del codice penale ora citate non sono modificabili, né derogabili dal legislatore ordinario, perché il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli al cittadino è stato innalzato al rango di principio costituzionale, vincolante per il *legislatore*. Secondo il disposto dell'**art. 25 co. 2 Cost.**, « **nessuno può essere punito se non in forza di una legge** che sia entrata **in vigore prima del fatto commesso** »: e il divieto riguarda sia la punizione di fatti che al tempo della loro commissione non costituivano reato, sia la punizione più severa di fatti che già costituivano reato (cfr., tra le altre, **Corte cost.** 26 febbraio 2020, n. 32).

Sulla *duplice ratio* di tale divieto così si è espressa, efficacemente, la Corte costituzionale nella sentenza citata da ultimo.

« Per un verso, il divieto in parola mira a garantire al destinatario della norma una ragionevole **prevedibilità** delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale. E ciò sia per garantirgli — in linea generale — la “certezza di **libere scelte d'azione**” (sentenza n. 364 del 1988); sia per consentirgli poi — nell'ipotesi in cui sia instaurato un procedimento penale a suo carico — di compiere **scelte difensive**, con l'assistenza del proprio avvocato, sulla base di ragionevoli ipotesi circa i concreti scenari sanzionatori a cui potrebbe andare incontro in caso di condanna.

Ma una seconda *ratio*, altrettanto cruciale, non può essere trascurata... Il divieto in parola erige un bastione a **garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo**, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti ».

Questa la conclusione sul punto da parte della Corte costituzionale: « Il divieto di applicazione retroattiva di pene non previste al momento del fatto, o anche solo più gravi di quelle allora previste, opera in definitiva come uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico che stanno al cuore stesso del

concetto di “**stato di diritto**”. Un concetto, quest'ultimo, che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una “legge” pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare ».

Nella precedente giurisprudenza della **Corte costituzionale**, il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli è stato più volte valorizzato come inderogabile « superiore principio di civiltà », la cui *ratio* è di **garantire** la *libertà dell'individuo dallo Stato*, assicurandogli la « sicurezza giuridica delle consentite **libere scelte d'azione** »: in questo senso, in particolare, cfr. Corte cost. 19 febbraio 1985, n. 51; Corte cost. 23 marzo 1988, n. 364; Corte cost. 8 novembre 2006, n. 394. V. inoltre Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, nella quale si afferma che « l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di '**calcolabilità**' delle **conseguenze** giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la *libera autodeterminazione individuale* ».

Il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo è espressamente enunciato anche in svariate fonti sovranazionali: ha pertanto rango costituzionale anche attraverso l'intermediazione dell'**art. 117 co. 1 Cost.**, che vincola il legislatore al rispetto dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali (*supra*, II, 2.5.2.). A norma dell'**art. 7 CEDU**, « Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso ». In termini pressoché coincidenti v. inoltre l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966, nonché l'**art. 49 CDFUE**.

**1.3.** Il principio di irretroattività della legge penale ha altresì decisive ripercussioni sulla configurazione e sul funzionamento del sistema penale.

In primo luogo, il principio di irretroattività, al pari del principio di legalità, è condizione indispensabile perché la minaccia della pena da parte del legislatore funzioni come strumento di **prevenzione generale** (cfr. *supra*, I, 1.2 e 3.1): se infatti il fine della comminatoria della pena risiede nella intimidazione di potenziali autori di reato, l'effetto motivante così perseguito può essere raggiunto solo se il comportamento vietato viene fissato nella legge *prima* del fatto (cfr. Corte cost. n. 394/2006, cit.).

In secondo luogo, il principio di irretroattività impone al legislatore — a garanzia dei cittadini — di includere fra i presupposti dell'applicazione della pena la **colpevolezza** dell'agente (Corte cost. n. 364/1988, cit. Nello stesso senso vedi anche Corte cost. n. 394/2006, cit.). Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (cfr. *infra*, VIII, 1.3), al fine di garantire al cittadino *libere scelte di azione* è necessario che non gli venga accollata alcuna responsabilità penale per *fatti a lui non rimproverabili* (cfr. **Corte cost.** 24 luglio 2007, n. 322). La libertà d'azione del cittadino viene infatti rispettata solo se ciò che gli viene addossato è un fatto che, *al momento in cui lo ha commesso*, egli ha previsto e voluto (dolo: cfr. *infra*, VIII, 3), o che avrebbe evitato se avesse impiegato la dovuta diligenza

(colpa: cfr. *infra*, VIII, 4); se conosceva o almeno poteva conoscere la norma penale che vietava la realizzazione del fatto (errore inescusabile sulla legge penale: cfr. *infra*, VIII, 7.1 ss.); infine, se era capace di intendere e di volere (imputabilità: cfr. *infra*, VIII, 8.1 ss.).

**1.4.** Il principio di irretroattività della legge opera anche *al di fuori della materia penale* (nel diritto civile, nel diritto amministrativo, etc.), vincolando il giudice. L'art. 11 delle Preleggi stabilisce infatti che « *la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo* ». Tuttavia, questa disciplina, non essendo coperta da garanzia costituzionale, non impedisce al legislatore ordinario di emanare leggi con efficacia retroattiva anche in pregiudizio dei diritti dei cittadini, ove sussista una ragionevole « causa giustificatrice » (**Corte cost.** 4 aprile 1990, n. 155).

La garanzia dell'irretroattività, accordata alla legge penale dall'art. 25 co. 2 Cost., è stata peraltro estesa dalla **Corte costituzionale** alle disposizioni che introducono o inaspriscono **sanzioni amministrative** (in relazione alle quali il divieto di applicazione retroattiva è stabilito dall'art. 1 co. 1 l. 24 novembre 1981, n. 689). A risultare decisivo è il fondamento costituzionale del principio di irretroattività nella prospettiva del diritto internazionale (art. 117 co. 1 Cost.): « dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava [infatti] il principio secondo il quale *tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo* devono essere soggette alla *medesima disciplina della sanzione penale* in senso stretto ». Si tratta, secondo la Corte costituzionale, di un principio che sarebbe d'altra parte « desumibile dall'art. 25 co. 2 Cost., il quale — data l'ampiezza della sua formulazione (“Nessuno può essere punito...” — può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile — in senso stretto — a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato » (Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196).

In applicazione di questo principio la **Corte costituzionale** (sent. 18 aprile 2014, n. 104) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 25 co. 2 Cost., di una disposizione contenuta in una legge regionale, in materia di esercizio dell'attività commerciale, che inaspriva alcune sanzioni amministrative stabilendo al contempo che le stesse dovessero trovare applicazione anche nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa.

A proposito di un intervento di depenalizzazione relativo a un'ipotesi di *insider trading* (art. 187 bis T.u.f.) realizzato nel 2005, con contestuale introduzione di un trattamento sanzionatorio complessivamente più afflittivo, la Corte costituzionale ha ribadito che il principio di irretroattività ex art. 25 co. 2 Cost. e art. 7 CEDU interessa anche le sanzioni amministrative punitive (Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 223). In particolare, secondo la Corte, l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio risultante da depenalizzazione è in contrasto con il principio costituzionale se il

**Termine estratto capitolo**

## Capitolo IV

# NOZIONE DI REATO E DISTINZIONE TRA DELITTI E CONTRAVVENZIONI

SOMMARIO: 1. La peculiarità delle sanzioni come nota distintiva dei reati. — 2. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni. — 3. La distinzione tra il reato e gli altri illeciti: (a) reato e illecito civile. — 4. (*Segue*): (b) reato e illecito amministrativo. — 5. Sanzioni amministrative punitive ed estensione delle garanzie penalistiche.

### 1. La peculiarità delle sanzioni come nota distintiva dei reati

**1.1. Un fatto costituisce reato solo quando la legge gli ricollega una pena.** È dunque solo in base ad un **criterio nominalistico** (ciò che il legislatore designa con il nome di *pena*) che i reati si identificano e si distinguono dalle altre categorie di illeciti.

In vano si è cercato di individuare un concetto pregiuridico di reato, svincolato cioè dalle scelte legislative: come ha affermato un maestro delle scienze penalistiche, Giacomo Delitala, « è il legislatore che nella categoria praticamente infinita degli atti illeciti scevera quelli che devono essere sanzionati penalmente ed imprime ad essi il carattere di reato ». Il legislatore trova nella Costituzione limiti e direttive di fondo per le sue scelte di incriminazione (cfr. *supra*, I, 3), ma si tratta sempre di scelte largamente discrezionali: la qualità di reato non è immanente a questo o a quello schema di condotta umana, ma è impressa dall'esterno, attraverso la minaccia legislativa di una sanzione penale.

**1.2.** Non tutte le sanzioni penali assolvono peraltro alla funzione di identificare i reati. Tale compito è affidato alle sole **pene principali**, vale a dire: l'*ergastolo*, la *reclusione*, la *multa*, l'*arresto* e l'*ammenda* (previste dall'art. 17 c.p.); inoltre, per i *reati militari*, la *reclusione militare* (art. 22 c.p.m.p.) (cfr. *infra*, XIII, 2 ss.).

Sono ulteriori pene principali per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace la *permanenza domiciliare* e il *lavoro di pubblica utilità*, ma non assolvono alla funzione di identificare i reati perché sono sempre previste in alternativa alla multa o all'ammenda (art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) (cfr. *infra*, XIII, 4).

**1.3.** Non rappresentano invece un criterio di identificazione dei reati né le **pene accessorie**, né le **misure di sicurezza**, né le **pene sostitutive delle pene detentive brevi**.

Le *pene accessorie* (cfr. *infra*, XIII, 7), infatti, per definizione ‘accedono’ (cioè si aggiungono, si accompagnano) alla condanna ad una pena principale: di conseguenza, la *funzione di identificazione* del reato è già *assolta dalla pena principale*. Inoltre, le pene accessorie sono conseguenza solo di *alcune* condanne, non di tutte, e di regola non sono previste nelle norme incriminatrici dei singoli reati, bensì in disposizioni di parte generale, a conferma che, anche nella topografia del codice, la funzione di identificazione dei reati spetta alle sole pene principali.

Le *misure di sicurezza* (cfr. *infra*, XIV), d’altro canto, « possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato » (art. 202 co. 1 c.p.). L’applicazione della misura di sicurezza presuppone dunque, oltre alla pericolosità sociale dell’agente (art. 203 c.p.), la commissione di un fatto che *già* deve essere *identificato come reato*, in base ad un criterio diverso e logicamente anteriore: la minaccia di una pena principale. Si aggiunga che in casi eccezionali le misure di sicurezza possono essere applicate anche « per un fatto *non* preveduto dalla legge come reato » (art. 202 co. 2 c.p.) (cfr. *infra*, XIV, 5.2): questa previsione ribadisce la palese incapacità delle misure di sicurezza di concorrere ad identificare i reati.

Infine, le *pene sostitutive delle pene detentive brevi* (cfr. *infra*, XIII, 6) non possono identificare i reati proprio in quanto ‘sostitutive’: *presuppongono* infatti l’inflizione di una *pena principale* (la reclusione o l’arresto) e solo in via eventuale sono applicate dal giudice in sostituzione della pena detentiva. Inoltre, le pene sostitutive sono previste attraverso una clausola di parte generale e non compaiono mai nelle norme incriminatrici di parte speciale.

## 2. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni

2.1. La legislazione penale vigente suddivide i reati in due categorie — **delitti** e **contravvenzioni** — utilizzando come unica nota distintiva il criterio **formale** della **specie delle pene** comminate. Dispone infatti l’art. 39 c.p. che « *i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilita da questo codice* ».

Va sottolineato che, come già accade per l’identificazione dei reati, anche la bipartizione in delitti e contravvenzioni si fonda propriamente sulle sole *pene principali*. Si ha dunque un **delitto** ogniqualvolta la legge commina l’**ergastolo**, la **reclusione** o la **multa** (« *pene principali stabilite per i delitti* », a norma dell’art. 17 co. 1 c.p.), una **contravvenzione** ogniqualvolta la legge commina l’**arresto** o l’**ammenda** (« *pene principali stabilite per le contravvenzioni* », a norma dell’art. 17 co. 2 c.p.).

Sono inoltre delitti (art. 37 co. 3 c.p.m.p.) i reati *militari* puniti con la reclusione militare (« pena militare principale », a norma dell’art. 22 c.p.m.p.).

2.2. La *rilevanza* della distinzione tra delitti e contravvenzioni riguarda la **diversa disciplina** cui vengono assoggettate le due classi di reati sotto molteplici profili, tra i quali spiccano l’*elemento soggettivo del reato*, il *tentativo* e la *recidiva*.

La distinzione tra delitti e contravvenzioni, essendo espressamente imperniata « sulla diversa specie delle pene », *sembrerebbe* in primo luogo finalizzata a ricollegare alle due classi di reati pene principali di diverso contenuto. In realtà, nonostante la diversità dei nomi, le pene detentive temporanee e le pene pecuniarie previste per i delitti e per le contravvenzioni hanno *contenuti* completamente o largamente *coincidenti*: la reclusione e l'arresto consistono entrambe nella privazione della libertà personale e vengono di fatto eseguite nei medesimi istituti penitenziari (la separazione tra condannati alla reclusione e condannati all'arresto prevista sia nel codice penale — artt. 23 co. 1 e 25 co. 1 c.p. — sia nell'ordinamento penitenziario — art. 14 co. 3 l. 26 luglio 1975, n. 354 — è rimasta infatti lettera morta) (cfr. *infra*, XIII, 3.2.1); quanto poi alla *multa* e all'*ammenda*, si tratta in entrambi i casi sempre e soltanto del « pagamento allo Stato di una somma » di denaro (artt. 24 e 26 c.p.).

A) L'**elemento soggettivo** di regola richiesto per i *delitti* è il *dolo*, salvi i casi in cui la legge espressamente dà rilevanza alla colpa o alla preterintenzione: stabilisce infatti l'art. 42 co. 2 c.p. che « nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge ». Le *contravvenzioni*, invece, *di regola* possono essere commesse sia con *dolo*, sia per *colpa*: in base all'art. 42 co. 4 c.p., « nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa » (cfr. *infra*, VIII, 2).

Solo *eccezionalmente* sono previste contravvenzioni che debbono necessariamente essere commesse con dolo (ad es., il c.d. paragraggio: cfr. *infra*, VIII, 2), oppure contravvenzioni che debbono necessariamente essere commesse per colpa (ad es., la *rovina di edifici o di altre costruzioni* da cui sia derivato *pericolo alle persone*: art. 676 co. 2 c.p.).

B) Il **tentativo** (cfr. *infra*, X) è *di regola* configurabile solo per i *delitti* (« chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un *delitto*, risponde di *delitto* tentato... »: art. 56 c.p.).

*Eccezionalmente* in una legge speciale possono comparire contravvenzioni rilevanti anche nella forma del tentativo: ad es., « chiunque espatri o *tenti di* espatriare senza essere munito di passaporto... » (art. 158 co. 2 T.u.l.p.s., ora abrogato dall'art. 24 l. 21 novembre 1967, n. 1185).

C) La **recidiva** (cfr. *infra*, XII, 13), diversamente da quanto prevedeva l'originaria disciplina del codice del 1930, interessa oggi, a seguito della riforma realizzata dalla legge c.d. ex Cirielli, *soltanto gli autori di delitti*. A norma dell'art. 99 co. 1 c.p., nella versione della l. 5 dicembre 2005, n. 251, l'aumento di pena previsto per la recidiva può infatti applicarsi soltanto a « chi, dopo essere stato condannato per un *delitto* non colposo, ne commette un altro »: commette cioè un altro *delitto* non colposo.

La portata della restrizione è duplice. Chi sia stato condannato per una contravvenzione non potrà essere considerato recidivo qualora commetta un nuovo reato di qualsiasi natura (delitto o contravvenzione, integrato con dolo o per colpa); chi sia stato condannato per un delitto, anche se si tratti di delitto doloso, non potrà essere considerato recidivo qualora successivamente commetta una contravvenzione.

L'attuale disciplina della recidiva risparmia, così, fasce di criminalità spesso connotate da una rilevante gravità e soprattutto da una *accentuata vocazione alla ripetizione seriale*: si pensi, ad es., a materie come la sicurezza del lavoro e l'ambiente.

D) Ulteriori differenze di disciplina tra delitti e contravvenzioni, sul terreno del **diritto sostanziale**, riguardano tra l'altro: l'*applicabilità della legge penale italiana* quando il reato sia *commesso all'estero*, prevista negli artt. 7 ss. c.p. per soli delitti e non anche per contravvenzioni; le *pene principali* (ben diversi sono, ad es., i *limiti massimi* previsti, *in via generale*, per le *pene detentive* dei delitti e delle contravvenzioni: « la pena della *reclusione* si estende da quindici giorni a *ventiquattro* anni » — art. 23 co. 1 c.p. —, mentre « la pena dell'*arresto* si estende da cinque giorni a *tre* anni » — art. 25 co. 1 c.p. —); le *cause di estinzione del reato* (cfr. *infra*, IX, 6) (ad es., l'*oblazione* estingue le sole contravvenzioni — artt. 162 e 162 bis c.p. —); le *cause di estinzione della pena* (cfr. *infra*, XIII, 11) (ad es., la *non menzione della condanna* viene revocata se il condannato commette successivamente un delitto, non una contravvenzione — art. 175 co. 3 c.p. —); le *circostanze* (cfr. *infra*, XII) (alcune circostanze « comuni », aggravanti e attenuanti, sono configurabili solo per i *delitti*: in particolare, l'aggravante del « danno patrimoniale di rilevante gravità » — art. 61 n. 7 c.p. — e l'attenuante del « danno patrimoniale di speciale tenuità » — art. 62 n. 4 c.p. —).

E) Significative differenze tra delitti e contravvenzioni riguardano infine la **disciplina processuale**. Mentre i delitti sono *perseguibili d'ufficio* salvo che la legge preveda espressamente la *procedibilità a querela* (cfr. *infra*, IX, 6.6) — il che si verifica in un cospicuo numero di ipotesi —, per le contravvenzioni si procede normalmente d'ufficio (v. art. 11 Disp. coord. c.p.), con un'eccezione, introdotta dalla riforma Cartabia, che riguarda, ad oggi, due figure di reato: il disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659 c.p.) e la molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.). Per le *contravvenzioni* non possono essere disposte misure cautelari personali coercitive, quali la *custodia cautelare in carcere* e gli *arresti domiciliari* (art. 280 c.p.p.), né misure c.d. precautelari, quali l'*arresto* obbligatorio o facoltativo *in flagranza di reato* (artt. 380 e 381 c.p.p.) e il *fermo di indiziato di delitto* (art. 384 c.p.p.). Inoltre, le *intercettazioni telefoniche* (e di comunicazioni informatiche o telematiche) non sono ammesse per le contravvenzioni (artt. 266 e 266 bis c.p.p.), con l'eccezione delle molestie telefoniche (art. 660 c.p.). Diversa è infine la *riduzione di pena prevista per il giudizio abbreviato* (cfr. *infra*, XIII, 9.9.4): a norma dell'art. 442 co. 2 c.p.p., nella versione della l. 23 giugno 2017, n. 103, in caso di condanna la pena « è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto ».

### 3. La distinzione tra il reato e gli altri illeciti: (a) reato e illecito civile

3.1. La specie delle *pene principali* elencate nell'art. 17 c.p. rappresenta il criterio per distinguere il reato dall'illecito civile. Quando un fatto costituisce illecito civile, non può essere punito con una delle *pene principali*.

Termine estratto capitolo

## Capitolo V

# ANALISI E SISTEMATICA DEL REATO

SOMMARIO: 1. La parte generale del diritto penale. — 2. L'esigenza di una scomposizione analitica del reato. — 3. 'Oggettivismo' e 'soggettivismo': un'alternativa nell'analisi del reato. — 4. La sistematica 'quadripartita' del reato. — 5. Il fatto. — 6. L'antigiuridicità. — 7. La colpevolezza. — 8. La punibilità. — 9. Il carattere vincolante della sistematica quadripartita. — 10. L'inquadramento dei reati omissivi nella sistematica quadripartita.

### 1. La parte generale del diritto penale

**1.1.** Il codice penale e le altre leggi penali (le c.d. leggi speciali: art. 16 c.p.) prevedono e puniscono non già *il* reato, bensì una molteplicità di *reati*: non puniscono — *genericamente* — chiunque compie una malefatta, o chiunque si comporta da briccone, *bensì* — in modo *specifico* — chi commette un omicidio, un furto, una appropriazione indebita, una corruzione, una diffamazione, una calunnia, etc.

L'individuazione di un *numero chiuso* di *specifiche figure di reato* rappresenta l'espressione di uno *stadio evoluto del diritto penale*, sotto un duplice profilo.

Da un lato, attraverso quel numero chiuso, si realizza, come notò il grande criminalista von Liszt, « la prima autolimitazione della potestà punitiva statale »: si accorda al cittadino « una assicurazione scritta in base alla quale egli verrà punito soltanto ove ne ricorrano i presupposti legali e soltanto entro i limiti stabiliti dalla legge ».

Dall'altro lato, l'individuazione delle singole figure di reato è un processo in continuo svolgimento, che rispecchia una molteplicità di fenomeni: l'emersione di nuovi beni (ad esempio, l'ambiente) o di nuove forme di aggressione a beni già protetti (ad esempio, la frode informatica — art. 640 *ter* c.p. —, nuovo tipo di attacco al patrimonio), nonché l'enucleazione di più specifiche incriminazioni dal seno di originari, amplissimi tipi di reato (ad esempio, il riciclaggio di denaro 'sporco' — art. 648 *bis* c.p. —, forma moderna e sofisticata di ricettazione).

Il delinearci di una gamma sempre più ampia e articolata di ipotesi criminose segna il progressivo superamento di stadi primitivi del diritto penale, sotto il segno di una sempre più marcata certezza del diritto (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) e di una sempre maggiore aderenza delle norme penali alla varietà dei fenomeni socialmente dannosi. Lo testimonia, fra l'altro, il permanere nel *senso comune* di una visione rozza e primordiale del diritto penale, ancorata a pochi e indifferenziati tipi di reato. Da tempo i

*legislatori distinguono e individuano nettamente i delitti di furto, appropriazione indebita, corruzione, concussione, ricettazione, etc.*, mentre l'«uomo della strada» spesso e volentieri etichetta tutti quei delitti sotto l'unico nome di 'furto', bollando i relativi autori con l'epiteto di 'ladro'; altrettanto nettamente il *legislatore* distingue la *diffamazione* — cioè l'offesa alla altrui reputazione arrecata comunicando con più persone (art. 595 c.p.) — dalla *calunnia* — la falsa attribuzione di un reato ad un innocente davanti all'autorità giudiziaria (art. 368 c.p.) —, mentre nel *linguaggio comune* l'uno e l'altro delitto vengono indistintamente designati come *calunnia*.

**1.2.** L'evoluzione del diritto penale non si è peraltro esaurita nella formulazione di una sempre più ricca e dettagliata tipologia di reati, elencati e raggruppati nella '**parte speciale**' della legislazione penale. La dottrina ha altresì proceduto ad *astrarre dai singoli reati elementi comuni*, che hanno formato oggetto di elaborazione concettuale, in parte recepita e fatta propria dal legislatore nella '**parte generale**' delle codificazioni.

Sono nati così, a poco a poco, i concetti che compaiono ad esempio nel libro primo del codice penale italiano del 1930 sotto il titolo «*Dei reati in generale*», come il rapporto di causalità, il dolo, la colpa, il tentativo, l'imputabilità, il concorso di persone nel reato, etc.

Si tratta di concetti *generalis*, perché fissano una volta per tutte alcuni elementi comuni alla totalità o a una parte dei tipi di reato descritti nella parte speciale; e sono concetti *astratti*, perché dipendono contenutisticamente dai singoli reati, ai quali debbono essere di volta in volta accostati per acquistare rilevanza giuridica: così, non esiste un dolo 'in sé', ma il dolo di omicidio, di furto, etc.; non esiste una colpa 'in sé', ma la colpa relativa all'omicidio, all'incendio, alle lesioni, etc.; non esiste un tentativo 'in sé', ma il tentativo di omicidio, di lesioni, di rapina, etc.

**1.3.** Il numero dei concetti '*generalis*' va oltre però, come si è anticipato, quello dei concetti delineati nella '**parte generale**' del *codice*.

Anche in codificazioni, come quella italiana del '30, in cui il legislatore non si è sottratto ai compiti definitivi che altri legislatori hanno lasciato all'opera della dottrina e della giurisprudenza, la **dottrina** giuridica può e deve elaborare **ulteriori concetti generali e astratti** (ad es., i concetti di fatto, antigiridicità, colpevolezza, punibilità, etc.): in primo luogo, per venire incontro alle esigenze didattiche e sistematiche proprie di ogni opera di scienza; in secondo luogo, per fornire alla quotidiana prassi giudiziaria gli strumenti per una corretta e uniforme applicazione della legge.

## 2. L'esigenza di una scomposizione analitica del reato

**2.1.** L'esigenza di analizzare separatamente gli elementi strutturali di ogni reato e di collocarli secondo un ordine logico-sistematico è oggi avvertita dalla totalità della dottrina. È ben vero — e l'interprete e il giudice non devono mai dimenticarlo — che *ciascun elemento* del reato è *presupposto* indispensabile per *l'applicabilità della pena* nel caso concreto; il reato — ogni reato — può dunque

essere espresso con una formula matematica del tipo: « Se vi sono  $a + b + c$ , etc., deve esserci  $x$  (la pena) ». Da questo punto di vista, meramente *formale*, tutti gli elementi del reato si collocano perciò sullo stesso piano.

**2.2.** Se però ci si domanda **perché** questo o quell'elemento è assunto quale presupposto per l'applicazione della pena, in altri termini qual è la **funzione** assolta da ciascun elemento nella struttura del reato, le risposte saranno necessariamente differenziate.

Si pensi ad esempio al reato di furto (art. 624 c.p.). Una serie di elementi hanno la funzione di descrivere un **fatto**, cioè una *specifica offesa al bene giuridico* (sottrazione e impossessamento di una cosa mobile altrui); altri elementi decidono **se** e quando il fatto è **antigiuridico**, cioè è *disapprovato dall'ordinamento* (la sottrazione e l'impossessamento possono essere infatti leciti in quanto compiuti, ad esempio, da un ufficiale giudiziario, nell'adempimento dei suoi doveri, per trasportare la cosa mobile pignorata alla casa delle aste); altri elementi ancora esprimono le condizioni in presenza delle quali il fatto antiggiuridico è **colpevole**, cioè è *personalmente rimproverabile* a chi lo ha realizzato (la volontà di sottrarre la cosa e di impossessarsene col fine di trarne profitto; una volontà non coartata da costringimento fisico o da minaccia alla vita; la capacità di intendere e di volere al momento della sottrazione e dell'impossessamento, etc.); altri elementi, infine, riflettono eventuali valutazioni del legislatore in ordine alla **punibilità** del fatto antiggiuridico e colpevole, cioè all'*opportunità di applicare la pena* nel caso concreto (la vittima della sottrazione non deve essere il coniuge, il genitore, il figlio, etc.: art. 649 c.p.).

**2.3.** Secondo lo schema di analisi che abbiamo ora abbozzato, **il reato** — ogni reato — risulta perciò composto da una serie di elementi, disposti l'uno di seguito all'altro nel seguente ordine logico: il reato è un **fatto umano, antiggiuridico, colpevole, punibile**.

Non si tratta dell'unico modello di analisi del reato: altri ne vengono proposti da parte della dottrina, e la preferenza dovrà essere data al modello che meglio rispecchia la fisionomia che il reato possiede nel nostro ordinamento (cfr. *infra*, 3.2 s.). In ogni caso, non si può rinunciare ad analizzare e a scomporre il reato in una pluralità di elementi, se non si vuole al contempo rinunciare a una razionale comprensione delle funzioni che essi esplicano e se si vuole davvero aiutare la prassi giudiziaria ad assicurare la certezza del diritto, riconducendo in modo ordinato e preciso il caso concreto sotto il modello descritto dal legislatore. *Bene iudicat qui bene distinguit.*

### 3. 'Oggettivismo' e 'soggettivismo': un'alternativa nell'analisi del reato

**3.1.** La scelta a favore di questo o di quel modello di analisi del reato va compiuta ponendosi un quesito preliminare.

L'interprete deve **innanzitutto** accertare se è stato commesso il **fatto**, cioè l'offesa al bene giuridico che individua ciascuna figura di reato, e solo **successivamente** domandarsi se l'**autore** del fatto ha agito con dolo o con colpa, era imputabile, etc., e quindi ne è *responsabile*?

O invece, percorrendo il cammino inverso, l'interprete deve **in primo luogo** volgere la propria attenzione all'**autore**, domandandosi quali fossero le sue intenzioni, se sia stato disattento, imprudente, etc., e solo **successivamente** deve accertare se le sue intenzioni o la sua disattenzione si siano tradotte nel **fatto** costitutivo di un determinato reato?

**3.2.** L'**alternativa** ora prospettata tra primato del **fatto** o primato dell'**autore** nell'analisi del reato — in altri termini, tra primato dell'**oggettivo** o primato del **soggettivo** — non può essere sciolta se non ricordando, come si è anticipato, che la *preferenza* dovrà essere accordata a quello schema di analisi che meglio rispecchia la struttura del reato in un dato ordinamento. Si dovrà optare per un modello di analisi oggettivistico — che muova cioè dall'accertamento del fatto — o viceversa per un modello soggettivistico — che muova cioè dall'indagine sull'autore (sulle sue intenzioni, le sue imprudenze, la sua personalità, etc.) — a seconda che il *legislatore* abbia collocato il *fatto* o l'*autore* al centro della struttura del reato.

**3.3.** Il legislatore italiano ha quasi costantemente costruito i tipi di reato assegnando il **primato** all'oggettivo rispetto al soggettivo, cioè al **fatto** rispetto all'autore: *nella legislazione italiana il reato è, innanzitutto, offesa a uno o più beni giuridici*.

Questa concezione del reato, accolta in linea di principio sia nel codice penale del 1889, sia in quello del 1930, non è, d'altra parte, suscettibile di essere abbandonata o derogata dall'odierno **legislatore**. La **Costituzione italiana** ha infatti disegnato un modello di reato che fa perno sul *fatto* (art. 25 co. 2 Cost.) — sull'offesa ai beni giuridici — (cfr. *supra*, I, 3.2 e *infra*, 5 e VI), assegnando invece alla colpevolezza (dolo, colpa, imputabilità, etc.) il ruolo, logicamente successivo, di individuare le condizioni che consentono di rimproverare il fatto al suo autore (cfr. *supra*, I, 3.3 e *infra*, 7 e VIII).

**3.4.** Il vincolo imposto dalla Costituzione opera altresì nei confronti dell'**interprete** (cfr. *supra*, II, 11.8).

Il *giudice*, l'*avvocato*, lo *studente*, nell'analisi del reato, dovrà necessariamente muovere dall'individuazione del *fatto* incriminato, riservando ad uno stadio logicamente *successivo* l'accertamento della *personale responsabilità* di chi ha commesso il fatto.

Può darsi, ad esempio, che vi sia la sicura prova che Tizio volesse uccidere Caio, ma se non si è innanzitutto accertato il fatto, non si può concludere che Tizio ha commesso il reato di omicidio. Termine estratto capitolo 10, par. 1.

## Capitolo VI

### IL FATTO

SOMMARIO: A) IL FATTO NEI REATI COMMISSIVI. — 1. L'azione. — 1.1. Nozione. — 1.2. Reati a forma libera e reati a forma vincolata. — 1.3. Reati di possesso e reati di sospetto. — 2. I presupposti della condotta. — 3. L'evento. — 4. Il rapporto di causalità nei reati commissivi. — 4.1. Nozione. — 4.2. Teoria condizionalistica. — 4.3. Correttivi alla teoria condizionalistica? — 4.3.1. Teoria della causalità adeguata. — 4.3.2. Teoria della c.d. causalità umana. — 4.3.3. Teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. — 4.4. L'accoglimento della teoria condizionalistica nell'art. 41 c.p. — 4.5. La teoria condizionalistica non ha bisogno di correttivi. — 5. L'oggetto materiale. — 6. Le qualità o le relazioni del soggetto attivo nei reati propri. — 7. L'offesa al bene giuridico. — 7.1. Nozioni. — 7.2. L'offesa come elemento espresso o come elemento sottinteso del fatto di reato. — 7.3. La tipologia dei beni giuridici. — 7.3.1. Beni individuali e beni collettivi. — 7.3.2. Beni strumentali e beni finali. — 7.4. Reati di danno e reati di pericolo. — 7.5. Reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto. — B) LE PECULIARITÀ DEL FATTO NEI REATI OMISSIVI. — 8. L'omissione. — 9. I reati omissivi propri. — 10. I reati omissivi impropri. — 10.1. Nozione. — 10.2. Le fonti dell'obbligo di impedire l'evento. — 10.3. Obblighi di protezione e obblighi di controllo. — 10.4. L'individuazione dei garanti nelle società commerciali. — 10.5. Il nesso tra omissione ed evento. — C) ULTERIORI CLASSIFICAZIONI DEI REATI SECONDO LA STRUTTURA DEL FATTO. — 11. Classi di reati già esaminate e classi ancora da esaminare. — 12. Reati di mera condotta e reati di evento. — 13. Reati istantanei e reati permanenti. — 14. Reati abituali. — 15. Reati necessariamente plurisoggettivi.

Abbiamo precedentemente illustrato la *nozione* di **fatto** e gli *elementi* che concorrono a integrarlo come **specifica forma di offesa ai beni giuridici** (cfr. *supra*, V, 5). Abbiamo inoltre sottolineato che l'offesa ai beni giuridici può derivare sia da attività esteriori che aggrediscono il bene (*reati commissivi*), sia dall'omissione di azioni giuridicamente imposte per proteggere il bene (*reati omissivi*) e che queste diverse tipologie di reati comportano che gli elementi del reato, a cominciare dal fatto, possano presentare una diversa fisionomia (cfr. *supra*, V, 10). Per mettere in evidenza tali peculiarità, si procederà prima all'esame del fatto nei reati commissivi, per poi passare all'esame del fatto nei reati omissivi.

#### A) IL FATTO NEI REATI COMMISSIVI

##### 1. L'azione

###### 1.1. Nozione

Al centro di ogni fatto commissivo penalmente rilevante compare, descritta da un verbo, un'azione umana. L'indefettibile presenza di un'azione in ogni

figura di reato è strettamente correlata alla fisionomia del diritto penale italiano, che reprime gli attacchi dell'uomo all'integrità dei beni giuridici e non la mera volontà di offendere un bene che non si sia tradotta in una attività esteriore (*cogitationis poenam nemo patitur*).

La dottrina, elaborando le più svariate teorie dell'azione (finalistica, causale, sociale), si è sforzata di delineare un concetto contenutisticamente così ricco da essere in grado di descrivere in modo esauriente l'enorme varietà di azioni incriminate nell'odierna legislazione penale. Questo sforzo teorico si è però rivelato infruttuoso.

È fallito in particolare lo sforzo teorico di accomunare le più diverse azioni penalmente rilevanti sotto il segno di un *indefettibile coefficiente psicologico* più o meno esangue (volontarietà, coscienza e volontà). Il fallimento è stato provocato dalla comprovata assunzione dei reati dolosi come 'prototipi' di ogni reato, e dalla conseguente messa in ombra delle *peculiarità dei reati colposi*, la cui azione concreta, che viola questa o quella regola di diligenza, è spessissimo — si pensi alla circolazione stradale — un'azione caratterizzata o da una *divergenza tra quel che si fa e quel che si voleva fare* (i c.d. movimenti maldestri, come quello dell'automobilista che, vedendosi parare dinanzi all'autoveicolo un bambino, vuole azionare il pedale del freno, ma per lo spavento mette il piede sull'acceleratore e investe il bambino) ovvero da *azioni automatiche o istintive errate*, compiute in luogo delle azioni necessarie per fronteggiare i continui rischi della circolazione stradale (ad es., la manovra di emergenza compiuta dall'automobilista che, per evitare di investire un motociclista caduto sulla sede stradale, anziché sterzare verso sinistra, come sarebbe stato necessario, istintivamente sterza verso destra e investe il malcapitato). All'automobilista-modello si richiede infatti un apprendimento e una esercitazione continua, compiuta ripetendo le manovre di guida, fino ad acquisire una 'disposizione automatizzata' all'azione appropriata (cfr. *infra*, VIII, 4.6).

L'unica nota concettuale dell'**azione** che accomuna tutti i reati commissivi è il carattere di **attività esteriore**: per meglio individuare la fisionomia delle azioni penalmente rilevanti, è indispensabile esaminare ogni singola norma incriminatrice.

## 1.2. Reati a forma libera e reati a forma vincolata

Due sono le tecniche alle quali il legislatore può fare ricorso per descrivere le azioni penalmente rilevanti. Può esigere che l'azione sia compiuta *con determinate modalità*, e si parla in questo caso di **reati a forma vincolata** (cfr. *supra*, III, 16.2): l'azione concreta sarà rilevante (cioè tipica) solo se corrisponde allo specifico modello di comportamento descritto nella norma incriminatrice. Oppure, il legislatore può attribuire rilevanza ad ogni comportamento umano che abbia causato — *con qualsiasi modalità* — un determinato evento: si parla allora di **reati a forma libera** (cfr. *supra*, III, 16.2). In questi casi l'azione concreta penalmente rilevante si individuerà nei *reati dolosi* in funzione del mezzo impiegato in concreto dall'agente — sarà cioè tipica l'attività consistente nell'uso del mezzo impiegato dall'agente per causare l'evento — e nei *reati colposi* tipica sarà qualsiasi azione che abbia colposamente creato il pericolo concretizzatosi nell'evento.

Il ricorso da parte del legislatore all'una o all'altra tecnica (forma libera o forma vincolata) per individuare l'azione dipende in larga misura dall'importanza del bene giuridico la cui aggressione è repressa penalmente.

Beni ritenuti di alto rango vengono tutelati dal legislatore 'da ogni lato': si rinuncia cioè a selezionare questa o quella modalità con cui può essere recata l'offesa, attribuendo rilevanza alla *causazione pura e semplice dell'evento*.

Emblematica la tutela apprestata dal codice penale ai beni della *vita* e dell'*integrità fisica*.

La legge penale presidia tali beni con una muraglia protettiva che non lascia varchi. Gli artt. 575 e 589 c.p. (e ora anche l'art. 589 *bis* c.p.) non richiedono infatti che la morte sia provocata attraverso specifiche forme di comportamento, ma danno rilevanza a *qualsiasi* condotta (strangolare, far annegare, accoltellare, avvelenare, investire con un'auto, etc.) che « *cagiona* la morte di un uomo ». Del pari, gli artt. 582 e 590 c.p. (e ora anche l'art. 590 *bis* c.p.) descrivono le aggressioni all'integrità fisica con la tecnica dei reati 'a forma libera' (è punito « chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale » — art. 582 c.p. —, nonché « chiunque cagiona ad altri... una lesione personale » — artt. 590 e 590 *bis* c.p. —). Sia nei delitti di omicidio sia nei delitti di lesioni personali l'impiego di *particolari mezzi* (sostanze vefeniche o altro mezzo insidioso: artt. 577 e 585 c.p.; armi, sostanze corrosive, materie esplodenti, gas asfissianti o accecanti, per le sole lesioni personali: art. 585 c.p.) o l'agire con *particolari modalità* (condurre un veicolo dopo aver assunto sostanze stupefacenti, attraversare un incrocio con il semaforo rosso, circolare contromano: artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.) viene invece valorizzato nell'ambito delle *circostanze aggravanti*.

Sul versante opposto rispetto ai beni di rango più elevato si trovano invece beni stimati di minor rango, ai quali l'ordinamento accorda una tutela soltanto frammentaria: tali beni giuridici, cioè, vengono protetti di regola *solo* contro *specifiche classi di comportamenti*, scelte dal legislatore per la loro particolare capacità offensiva, ovvero per la loro attitudine a rendere più vulnerabile il bene giuridico tutelato.

L'esempio per eccellenza di questa tutela frammentaria è fornito nel codice penale dal bene giuridico '*patrimonio*'.

Così, ad esempio, in alcuni delitti l'agente deve aggredire il bene patrimoniale impiegando *violenza fisica o psichica sulla vittima* (è il caso della c.d. *rapina propria*: « chiunque mediante violenza alla persona o minaccia si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene » — art. 628 co. 1 c.p. —), ovvero *costringendo la vittima*, con *violenza o minaccia*, a '*cooperare*' all'usurpazione del suo patrimonio (ad es., nell'*estorsione*: « chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno » — art. 629 c.p. —). In altri delitti il patrimonio deve invece essere attaccato con vere e proprie forme di *frode* a danno della vittima, più o meno intense (ad es., nella *truffa*: « chiunque, con *artifizi o raggiri*, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno » — art. 640 c.p. —). In altri delitti le modalità dell'offesa al patrimonio consistono nell'*abuso* di situazioni di *vulnerabilità* della vittima (ad es., nella *circonvenzione di persone incapaci*: « chiunque, ... *abusando* dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato di infermità o deficienza psichica di una persona ..., la *induce* a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso » — art. 643 c.p. —). Altri delitti sono poi caratterizzati dall'*usurpazione* dell'altrui patrimonio mobiliare realizzata o attraverso la *violazione* dell'altrui *sfera di cu-*

*stodia (furto): « chiunque si impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene » — art. 624 c.p. —), ovvero compiendo sulla cosa altrui che già si trova in possesso dell'agente atti riservati al proprietario, come la vendita, la consumazione della cosa, etc. (appropriazione indebita: « chiunque ... si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso » — art. 646 c.p. —).*

Talora, configurando un reato a forma vincolata, il legislatore dà rilievo al compimento non di una, ma di **più azioni**, che devono essere realizzate secondo una determinata *successione temporale*.

Così, ad es., nel *furto* (art. 624 c.p.) si richiede che l'agente *sottragga* una cosa mobile altrui a chi la detiene e, successivamente, se ne *impossessi*; nella c.d. *rapina impropria* (art. 628 co. 2 c.p.) si richiede che l'agente *sottragga* una cosa mobile altrui a chi la detiene e « immediatamente dopo » *adoperi violenza o minaccia* per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta o per assicurare a sé o ad altri l'impunità.

### 1.3. Reati di possesso e reati di sospetto

Nel codice penale e — più spesso — nella legislazione speciale compaiono **reati c.d. di possesso**, cioè reati nei quali l'oggetto del divieto è il possesso (o la detenzione) di questa o quella cosa.

Ad esempio, l'art. 453 co. 1 n. 3 c.p. contempla il delitto di detenzione di monete falsificate; l'art. 461 c.p. la detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla contraffazione o alterazione di monete; l'art. 493 *ter* c.p. il possesso di carte di credito o di strumenti di pagamento diversi dai contanti falsificati o di provenienza illecita; l'art. 497 *bis* co. 1 c.p. il possesso di un documento falso valido per l'espatrio; l'art. 600 *quater* co. 1 c.p. la detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto; l'art. 73 co. 1 *bis* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 la detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope; l'art. 10 l. 14 ottobre 1974, n. 497 la detenzione illegale di armi da guerra.

La presenza in queste figure di reato di una vera e propria azione (cioè di un'attività umana che si manifesti all'esterno) è da sempre controversa. I concetti di possesso, detenzione e simili stanno infatti soltanto a indicare la disponibilità di una determinata cosa, cioè la concreta possibilità di farne uso; e proprio nel pericolo dell'uso della cosa risiede la ragione della configurazione di queste ipotesi di reato. D'altra parte, per armonizzare queste previsioni normative con l'idea del reato come offesa creata attraverso un'azione umana, può individuarsi come requisito tacito, ma necessario, del fatto di reato *un'azione consistente nel procurarsi o nel ricevere la cosa*; qualora poi la cosa sia stata *ricevuta dal soggetto inconsapevolmente, l'azione consisterà nell'esercitare sulla cosa un controllo diretto a conservarne la disponibilità*.

Uno speciale sottogruppo di 'reati di possesso' è costituito dai c.d. **reati di sospetto**, il cui carattere peculiare è di natura *processuale* e riguarda l'inserzione nella norma incriminatrice di un'ipotesi di reato in contrasto con la

Termine estratto capitolo

## Capitolo VII

# L'ANTIGIURIDICITÀ E LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. Nozione di antigiuridicità e disciplina comune delle cause di giustificazione. — 1.1. La nozione di antigiuridicità. — 1.2. Le cause di giustificazione. — 1.3. L'efficacia 'universale' delle cause di giustificazione. — 1.4. Fonti e applicabilità per analogia delle cause di giustificazione. — 1.5. La disciplina delle cause di giustificazione agli effetti del diritto penale. — 1.6. Cause di giustificazione e clausole di 'illiceità espressa'. — 1.7. L'erronea supposizione della presenza di cause di giustificazione: rinvio. — 1.8. L'eccesso nelle cause di giustificazione. — 1.9. Le cause di giustificazione con estremi imperniati su un giudizio *ex ante*. — 2. Le singole cause di giustificazione. — 3. Il consenso dell'avente diritto. — 3.1. Fondamento della causa di giustificazione. — 3.2. I diritti disponibili. — 3.3. I requisiti del consenso. — 3.4. Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (DAT) in ambito sanitario. — 3.5. Il trattamento medico-chirurgico in assenza di un valido consenso. — 4. L'esercizio di un diritto. — 4.1. Fondamento della causa di giustificazione. — 4.2. Il concetto di 'diritto' *ex art.* 51 c.p. — 4.3. Le fonti del diritto scriminante. — 4.4. I limiti del diritto scriminante. — 4.5. Due ipotesi di diritti scriminanti: (a) la libertà di manifestazione del pensiero. — 4.6. (*Segue*): (b) il diritto di sciopero. — 5. L'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica. — 5.1. Fondamento della causa di giustificazione e individuazione del dovere scriminante. — 5.2. Fonti del dovere scriminante. — 6. L'adempimento di un dovere imposto da un ordine della pubblica autorità. — 6.1. Il dovere scriminante imposto da un ordine legittimo. — 6.2. La responsabilità di chi emana e di chi esegue un ordine illegittimo. — 6.3. Gli ordini illegittimi insindacabili. — 6.4. L'errore di fatto sulla legittimità dell'ordine. — 7. La legittima difesa. — 7.1. Fondamento della causa di giustificazione. — 7.2. I presupposti della legittima difesa: (a) la nozione di 'pericolo'. — 7.3. (*Segue*): (b) la fonte del pericolo. — 7.4. (*Segue*): (c) l'attualità del pericolo. — 7.5. (*Segue*): (d) l'offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui. — 7.6. I requisiti della difesa: (a) la necessità. — 7.7. (*Segue*): (b) la proporzione. — 7.8. La legittima difesa nel domicilio e negli esercizi commerciali. — 8. L'uso legittimo delle armi. — 8.1. L'uso delle armi per respingere una violenza o vincere una resistenza all'autorità: autonomia e fondamento della causa di giustificazione. — 8.1.1. I soggetti legittimati all'uso delle armi. — 8.1.2. I presupposti dell'uso delle armi: necessità, proporzione, violenza o resistenza all'autorità. — 8.2. L'uso delle armi per impedire la consumazione di gravissimi delitti. — 8.3. Le ipotesi di uso legittimo delle armi previste da leggi speciali. — 9. Lo stato di necessità. — 9.1. Causa di giustificazione o scusante? — 9.2. I presupposti dell'azione di salvataggio *ex art.* 54 co. 1 e 2 c.p.: (a) il pericolo attuale e non volontariamente causato. — 9.3. (*Segue*): (b) il danno grave alla persona. — 9.4. I requisiti dell'azione di salvataggio: (a) necessità dell'azione e inevitabilità del pericolo. — 9.5. (*Segue*): (b) la proporzione tra fatto e pericolo. — 9.6. La costrizione. — 9.7. Il « particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo ».

### 1. Nozione di antigiuridicità e disciplina comune delle cause di giustificazione

#### 1.1. La nozione di antigiuridicità

Come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, V, 6), per la sussistenza del reato

non basta un fatto tipico, cioè un fatto concreto conforme a quello descritto nella norma incriminatrice: occorre altresì che la realizzazione in concreto del fatto si ponga in un rapporto di contraddizione con l'intero ordinamento giuridico. L'**antigiuridicità** è il concetto con il quale si esprime, come secondo elemento del reato, il **rapporto di contraddizione tra il fatto tipico e l'intero ordinamento giuridico**.

## 1.2. Le cause di giustificazione

Un fatto può essere o antigiuridico o lecito: è *antigiuridico*, se è in contraddizione con l'intero ordinamento; è *lecito*, se anche una sola norma dell'ordinamento lo facoltizza o lo impone.

Può infatti accadere che, **in un qualsiasi luogo dell'ordinamento** (codice penale, codice civile, codici di procedura penale e civile, Costituzione, leggi regionali, atti amministrativi, etc.), per soddisfare le più diverse finalità, esista una norma — **anche una sola norma** — che preveda un fatto penalmente rilevante — e quindi una specifica offesa a un bene giuridico — come contenuto di un dovere o di una facoltà: una norma cioè che, per salvaguardare un bene che l'ordinamento ritiene *preminente*, **facoltizzi o addirittura renda doverosa la realizzazione del fatto**.

Così, ad esempio, nel *codice penale* compare una norma ove espressamente si prevede che un fatto penalmente rilevante possa essere commesso da chi eserciti la facoltà della legittima difesa (art. 52 c.p.): cioè da chi agisca per « la necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa ». Nel *codice di procedura penale* si prevede che il testimone debba dire il vero nel rispondere alle domande che gli sono rivolte (art. 198 c.p.p.): ciò può comportare che, adempiendo a questo dovere, il testimone narri fatti lesivi dell'altrui reputazione, integrando così il fatto costitutivo del reato di diffamazione (art. 595 c.p.). Nella *Costituzione* è riconosciuto a tutti il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.): nell'esercizio di questo diritto può nuovamente accadere che si formulino giudizi o si narrino fatti lesivi dell'altrui reputazione, integrando — ancora una volta — un fatto di diffamazione. Il *diritto bellico*, disciplinato dalla legislazione italiana ordinaria, dalla Costituzione (art. 52) e dalle norme internazionali consuetudinarie o pattizie, impone al cittadino chiamato alle armi in periodo di guerra di difendere la patria contro le forze armate nemiche: nell'adempimento di tale dovere accadrà inevitabilmente che il cittadino cagioni la morte di altri uomini, integrando così il fatto dell'omicidio doloso (art. 575 c.p.).

Ora, se nel caso concreto sono presenti tutti gli estremi di due norme antinomiche — la norma che incrimina il fatto e l'antitetica norma che ne facoltizza o ne impone la realizzazione —, si profila un *conflitto di norme*, che è però solo *apparente*.

L'**unità dell'ordinamento giuridico** impone infatti di risolvere quel conflitto: a garanzia dei cittadini è infatti *inammissibile*, in uno Stato di diritto, che uno *stesso fatto* venga considerato, da parti diverse dell'ordinamento, come *lecito e illecito* (cfr. *supra*, I, 6.3). E in effetti l'ordinamento italiano risolve il conflitto assegnando la **prevalenza alla norma che facoltizza o impone la realizzazione**

**del fatto:** il fatto è dunque lecito, e come tale non punibile, per difetto del secondo estremo del reato, l'antigiuridicità del fatto.

Così, come afferma testualmente l'art. 52 c.p., « non è punibile chi ha commesso il fatto » (di omicidio, lesioni, etc.) per legittima difesa; del pari, il testimone o il giornalista che abbiano narrato fatti lesivi dell'altrui reputazione non saranno punibili, perché il fatto di *diffamazione* da loro commesso sarà lecito in quanto, rispettivamente, avranno agito nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.); ancora, non sarà punibile il soldato che, in guerra, abbia ucciso un nemico, perché il fatto di *omicidio* da lui commesso sarà lecito in quanto realizzato nell'adempimento di un dovere.

Con il nome di **cause di giustificazione** del fatto (o con nomi equivalenti, quali *scriminanti* o *cause di esclusione dell'antigiuridicità*) si designa **l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che autorizzano o impongono la realizzazione di questo o quel fatto penalmente rilevante.**

Se è commesso *in assenza* di ogni causa di giustificazione, il fatto è *antigiuridico*, e costituirà reato se concorreranno gli altri estremi del reato (la colpevolezza e la punibilità).

Se invece è commesso *in presenza* di una causa di giustificazione, il fatto è *lecito*, e quindi non punibile, né assoggettabile a misure precautelari (arresto in flagranza e fermo) o cautelari (custodia cautelare in carcere, arresti domiciliari, etc.), perché non costituisce reato, difettando l'estremo dell'antigiuridicità del fatto.

Coerentemente l'art. 530 c.p.p. stabilisce che il giudice deve pronunciare « sentenza di assoluzione » non solo quando « il fatto non sussiste » (art. 530 co. 1 c.p.p.), ma anche quando, pur sussistendo il fatto, vi è però « la prova che è stato commesso *in presenza di una causa di giustificazione* » (art. 530 co. 3 c.p.p.). Quanto alle misure cautelari, l'art. 273 co. 2 c.p.p. stabilisce che « nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto *in presenza di una causa di giustificazione* o di non punibilità ». Infine, quanto al fermo e all'arresto in flagranza, l'art. 385 c.p.p. ne vieta l'applicazione quando, « tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità ».

### 1.3. L'efficacia 'universale' delle cause di giustificazione

L'*unità dell'ordinamento giuridico*, che è alla base dell'istituto delle cause di giustificazione, comporta non solo che le **cause di giustificazione** possano essere previste in qualsiasi luogo dell'ordinamento, ma anche che la loro **efficacia** sia '**universale**': il fatto, cioè, sarà lecito in qualsiasi settore dell'ordinamento, e quindi non potrà essere assoggettato a nessun tipo di sanzione (penale, civile, amministrativa, etc.).

Così, ad esempio, chi cagiona la morte di un uomo per legittima difesa non potrà essere assoggettato né a pena, né alla sanzione civilistica del risarcimento dei danni materiali e morali.

L'inapplicabilità di sanzioni civili per chi commetta un fatto penalmente rilevante in presenza di una causa di giustificazione è dunque espressione di un principio generale dell'ordinamento, che per la legittima difesa trova espressa enunciazione nell'art. 2044 c.c. e che è stato da ultimo ribadito — in modo del tutto pleonastico — per la legittima difesa nel domicilio (art. 2044 co. 2 c.c., introdotto dalla l. 26 aprile 2019, n. 36). In relazione all'eccesso in cause di giustificazione, cfr. *infra*, 1.8.5.

#### 1.4. Fonti e applicabilità per analogia delle cause di giustificazione

Le norme che prevedono cause di giustificazione, essendo situate in qualsiasi luogo dell'ordinamento giuridico, e avendo efficacia in ogni luogo dell'ordinamento, non sono **norme penali**.

**Non** sono perciò soggette alla **riserva di legge** prevista dall'art. 25 co. 2 Cost., né al **divieto di analogia** sancito dall'art. 14 delle « disposizioni sulla legge in generale » (cfr. *supra*, II, 8.2).

**Non** si tratta nemmeno di **norme eccezionali** (cfr. *supra*, II, 8.2): anche sotto questo profilo le norme che prevedono cause di giustificazione sfuggono al divieto di analogia *ex* art. 14 delle 'preleggi'. Tali norme non « fanno eccezione a regole generali », ma sono anzi espressione di principi generali dell'ordinamento, e quindi non 'eccettuano' le norme penali che incriminano questo o quel fatto, bensì entrano con esse in conflitto apparente, prevalendo nel conflitto in tutto l'ordinamento.

#### 1.5. La disciplina delle cause di giustificazione agli effetti del diritto penale

**1.5.1.** Come si è detto, le cause di giustificazione sono facoltà o doveri che hanno per oggetto la commissione di un fatto penalmente rilevante: rendono lecito il sacrificio di un bene giuridico, incorporato nella commissione del fatto, per salvaguardare un bene che l'ordinamento ritiene preminente. Si tratta pertanto di un **giudizio di liceità** a carattere in tutto e per tutto **oggettivo**, nel senso che non dipende dalle valutazioni, dalle conoscenze o dalle finalità del singolo agente: i fatti antiggiuridici non perdono questo loro carattere solo perché con essi si perseguano scopi leciti; per converso, i fatti leciti non diventano antiggiuridici solo perché con essi si perseguano scopi illeciti.

La **rilevanza oggettiva** delle cause di giustificazione trova esplicito e vincolante riconoscimento nel codice penale. Dispone infatti l'art. 59 co. 1 c.p. che « le circostanze che escludono la pena — dunque, fra l'altro, le **cause di giustificazione** — sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o per errore ritenute inesistenti ».

Termine estratto capitolo