

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA  
CCLXXV

---

MARCO MANTOVANI

**CONTRIBUTO AD UNO STUDIO  
SUL DISVALORE DI AZIONE  
NEL SISTEMA PENALE VIGENTE**



Bononia University Press

Bononia University Press  
Via Farini 37, 40124 Bologna  
tel. (+39) 051 232 882  
fax (+39) 051 221 019

[www.buonline.com](http://www.buonline.com)  
e-mail: [info@buonline.com](mailto:info@buonline.com)

© 2014 Bononia University Press  
Tutti i diritti riservati

ISSN 2283-916X  
ISBN 978-88-7395-939-7

Impaginazione: Sara Celia

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: maggio 2014

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

\*\*\*

---

La presente monografia è stata sottoposta a procedura di valutazione da parte di una commissione di lettura nominata nell'ambito della Giunta di Dipartimento.



*Al Professor Luigi Stortoni,  
con gratitudine per il sostegno umano e scientifico  
che da quasi vent'anni non ha mai smesso di garantirmi*



## RINGRAZIAMENTI

Oltre al Professor Stortoni, al quale questo lavoro è dedicato, tengo a ringraziare tutti coloro che, a vario titolo, me ne hanno facilitato la realizzazione.

Il pensiero va, sotto il profilo strettamente scientifico, al Professor Massimo Donini. Mutuando una terminologia della dogmatica penale, direi che il ringraziamento a Massimo Donini ha una duplice valenza: *impersonale* e *personale*. È impersonale, perché la sua incessante produzione funge da stimolo e da punto di riferimento non soltanto per me, ma per intere categorie (se non generazioni) di studiosi della materia penalistica. È strettamente personale, invece, perché alcune sue indicazioni mi sono state molto utili ai fini dello sviluppo di questo lavoro. Il che non toglie, beninteso, che le tesi qui sostenute si distanzino in modo inequivocabile da alcune posizioni più recenti da lui assunte, *in primis*, sul versante del principio di offensività.

Desidero esprimere la mia gratitudine al Professor Ulrich Sieber, Direttore del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Freiburg im Breisgau, per avermi concesso ospitalità nell'Istituto durante il soggiorno necessario per approfondire le tematiche indagate in questo studio. E non posso che estendere la mia riconoscenza alla Max-Planck-Gesellschaft per avere provveduto al suo finanziamento.

Un particolare ringraziamento rivolgo a Frau Dr. Johanna Rinceanu, Coordinatrice degli ospiti del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht di Freiburg, nonché Referente scientifica per la Romania, per l'impeccabile organizzazione del mio soggiorno. Ringrazio anche Frau Dr. Konstanze Jarvers, Referente scientifica per l'Italia, per la sua costante disponibilità.

Alle colleghe processualpenaliste dell'Università di Macerata, Prof.ssa Claudia Cesari e Dott.ssa Lina Caraceni, va tutta la mia gratitudine per avermi fornito importanti chiarimenti su aspetti del diritto processuale penale direttamente interferenti con il tema oggetto del presente lavoro.



## CAPITOLO I

# IL DISVALORE DI AZIONE NEGLI ORIZZONTI DI UNA CULTURA DOMINATA DAL DISVALORE DI EVENTO

SOMMARIO: SEZIONE I. 1. Lo stato attuale del dibattito su disvalore di azione e disvalore di evento nella nostra cultura contemporanea. – 2. L'esigenza di un suo ripensamento. – 3. Il contrasto latente fra il riconoscimento del disvalore di azione e il principio di offensività. – 4. L'origine storica, mai rinnegata, del principio di offensività: l'art. 49, cpv., c.p. e la concezione c.d. realistica del reato. – 5. L'aporia tra un fatto inoffensivo e la sua (possibile) sottoposizione a misura di sicurezza: gli *escamotages* per superarla utilizzati da Neppi Modona. – 6. La loro attuale insostenibilità. – 7. Il reale significato attribuibile alla disposizione sul reato impossibile e al trattamento sanzionatorio per esso previsto. – 8. La costituzionalizzazione del principio di offensività nell'opera di F. Bricola. – 8.1. *L'argumentum libertatis* e il suo superamento. – 8.2. Ulteriori criticità *originarie* ravvisabili nella costruzione bricoliana del principio di offensività come principio di rilevanza costituzionale. – 8.3. La costituzionalizzazione dell'intero meccanismo delineato dai commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p. nell'impostazione di F. Bricola: conseguenze. – 9. Alla ricerca di un surrogato dell'*argumentum libertatis*: le soluzioni e i loro limiti. – 10. Giudizio interlocutorio sul principio di offensività. SEZIONE II. 11. Il contributo della c.d. concezione realistica del reato al superamento del muro divisorio fra colpevolezza e conoscenza dell'illiceità penale del fatto (commesso): la posizione di M. Gallo. – 12. Possibili interrelazioni fra offensività e colpevolezza nella *Teoria generale del reato* di F. Bricola. – 13. Il dibattito sui reati di pericolo astratto negli orizzonti del principio di offensività e di quello di colpevolezza: uno sguardo all'esperienza tedesca. – 14. Le effettive "prestazioni" del principio di offensività.

## SEZIONE I

1. *Lo stato attuale del dibattito su disvalore di azione e disvalore di evento nella nostra cultura contemporanea*

Che disvalore della condotta e disvalore dell'evento siano gli elementi centrali che concorrono alla definizione sostanziale del reato nel sistema penale, può considerarsi anche da noi assunto tendenzialmente condiviso dalle impostazioni della cultura contemporanea<sup>1</sup>. Non appena ci si allontani da questa acquisizione men che embrionale, peraltro, lo spazio delle convergenze lascia il campo ad una variegata gamma di dissensi. Questi investono tanto l'*ubi consistam* dei due poli della definizione, quanto, anche e soprattutto, il rapporto che fra essi intercorre.

Sotto il primo profilo, la stessa nozione del disvalore della condotta si presta ancora – e si è sempre prestata in un passato certamente non remoto – a quella sovrapposizione tra disvalore di azione e disvalore di intenzione, che è stata certo di ostacolo ad una sua corretta comprensione e ad una sua equilibrata valutazione<sup>2</sup>. Incentrandola riduttivamente su un concetto di disvalore *d'intenzione* mutuato, primariamente, da taluni filoni di matrice finalista di lingua tedesca<sup>3</sup>, ne è stata fornita un'accezione volutamente orientata a depotenziarne e, ancor più, a squalificarne la rilevanza a fronte dei principi costituzionali che conformano l'illecito penale nel nostro sistema<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, III ed., Milano, 2004, sub Pre-Art. 39/14-16.

<sup>2</sup> Emblematici, al riguardo, lo sfavore con il quale ci si rapporta al ruolo del disvalore di azione e l'esigenza di ribadire la centralità di quello dell'evento espressi da N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, in particolare p. 108 ss. (per ciò che attiene al reato doloso) e 260 ss. (in rapporto alle fattispecie colpose).

<sup>3</sup> Se ne possono rinvenire i necessari richiami in C. MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, p. 22.

<sup>4</sup> Cfr., sul punto, le indicazioni desumibili da N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 121 ss.

Sotto il secondo profilo, la stessa individuazione di quel disvalore di evento, che si vuol giustapporre o – cosa che tuttora, a volte, accade nella nostra esperienza – sovrapporre al disvalore di azione, non riesce sempre lineare. Malgrado le usuali condizioni di impiego ne suggeriscano una lettura in chiave di lesione od esposizione a pericolo del bene tutelato (dalla singola norma incriminatrice), né la nostra letteratura né quella d'oltralpe sono aliene dal conferirgli una valenza prettamente naturalistica in rapporto a determinate problematiche. Il che emerge in modo palese quando si tratta di operarne una collocazione nella *struttura* del reato<sup>5</sup>, in generale, e in quella del delitto colposo, in particolare. Vero che questa constatazione avvalora il perpetuarsi di una dicotomia, quella fra evento in senso giuridico ed evento in senso naturalistico, che non si vorrebbe enfatizzare, è altrettanto certo che gli espedienti utilizzati per esorcizzarla non sembrano idonei allo scopo. Non appare probante, in particolare, l'argomento giusta il quale si dovrebbe annettere valore decisivo al dato che, secondo i compilatori del codice penale vigente (sulla scia del pensiero di Arturo Rocco<sup>6</sup>), ad ogni delitto fosse da collegare una modificazione del mondo esterno, sì che per tale via non avrebbe potuto esserci reato senza evento (da intendersi, evidentemente, in un'accezione *naturalistica*)<sup>7</sup>. Una tale devozione alle opinioni del legislatore del 1930, anche se per avventura funzionale a supportare considerazioni in sé meritevoli della massima attenzione<sup>8</sup>, non può che scontare il destino di reggersi su concezioni dell'epoca che, al pari di altre coeve e parimenti sostenute dai compilato-

---

<sup>5</sup> Per una precisa distinzione fra la valenza dell'evento sotto il profilo sostanziale del reato e quella che gli spetta, invece, nella prospettiva della sua ricostruzione strutturale cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 249 ss.

<sup>6</sup> Una piana esposizione del quale si può rinvenire in A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, 1913, in particolare pp. 318-320.

<sup>7</sup> Valorizza proprio le indicazioni desumibili, sul punto, dalle opinioni di Arturo Rocco, trattando specificamente dell'illecito doloso, N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 114 ss.

<sup>8</sup> Si vedano, in questo senso, le funzioni che la necessaria presenza di un evento (sott.: *naturalistico*) nello schema dei *delitti* è in grado di svolgere, nel ricordarne la struttura ai principi costituzionali in materia penale, nell'impostazione di N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 121 ss.

ri del codice, non hanno tardato a rivelarsi erronee. Basti pensare, per limitarsi ad una materia emblematica, che dalla formulazione dell'art. 158, comma 2, c.p. risulta *per tabulas* che il legislatore del 1930 attribuiva alla querela una natura *sostanziale*, inquadrandola nell'ambito (e sottoponendola al regime) delle condizioni obiettive di punibilità. Impostazione, questa, che, in forza del suo carattere processuale – *ergo*, di condizione di procedibilità – da molto tempo nessuno si sentirebbe più di sottoscrivere<sup>9</sup>.

Quanto al rapporto fra disvalore di azione e disvalore di evento nella “cifra” complessiva del reato, è di palmare evidenza la primazia che al secondo viene costantemente riconosciuta dalla nostra letteratura. Quali siano le ragioni di tale incontrastato primato e delle differenze che questo denota rispetto ad altre esperienze è questione che si può spiegare soltanto se ci si sofferma in modo specifico sul contesto culturale nel quale è maturato. Impregiudicata rimanendone la constatazione (sulle cui ragioni ci soffermeremo *infra*), non è privo di interesse segnalare fin d'ora la *misura* che detto primato è suscettibile di assumere. Ciò in quanto si viene addirittura a dubitare della stessa legittimità costituzionale, in nome del suo asserito contrasto con il principio di offensività, della categoria dei reati di mera condotta, posto che in essi difetta quel disvalore di evento che – solo – varrebbe a garantirne il rispetto<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Per chiare prese di posizione in questo senso cfr., fra i sostanzialisti, per tutti M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III. Art. 150-240*, II ed., Milano, 2011, sub Art. 158/34. Fra i processualisti, un vivido affresco della questione si trova in F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, p. 408 s.

<sup>10</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Vol. II, p. 1482 s. Solo la ricostruzione di tutti gli illeciti intorno al polo del disvalore di evento consentirebbe – secondo la radicale posizione di Cavaliere – lo sviluppo di una teoria del reato di taglio *prescrittivo*, orientata in via primaria all'osservanza del principio di offensività (Id., *op. cit.*, *ibidem*).

Ora, al di là delle critiche che può suscitare l'elevazione dello stesso principio di offensività a perno della teoria del reato di tipo *prescrittivo* sostenuta dall'Autore (sulle quali rinviamo alle considerazioni sviluppate *infra* nel testo), desta più di una perplessità il rigetto di un modello di teoria del reato calibrata sul metodo *descrittivo* a favore proprio di quella *prescrittiva*, da lui sostenuta.

Sorprendono, in particolare, le riserve avanzate in rapporto al ricorso a teorie del reato di tipo *descrittivo*, con specifico riferimento a quella delineata da M.

## 2. L'esigenza di un suo ripensamento

Sono proprio posizioni come quella da ultimo richiamata a stimolare un ripensamento intorno al disvalore di azione e ai suoi rapporti con il disvalore di evento compiuto entro gli orizzonti culturali e, soprattutto, costituzionali del nostro sistema *attuale*. Il richiamo a questa esigenza si spiega, in modo particolare, con la necessità di disancorarsi da modelli di analisi storicamente condizionati da premesse che – oggi come oggi – non esistono più. Basti pensare, da un lato, al fatto che l'opera che da noi si è *ex professo* confrontata nel modo più approfondito con queste problematiche<sup>11</sup> è di non poco anteriore all'ingresso, nel nostro sistema penale, del *principio di colpevolezza*<sup>12</sup>; sviluppandosi, di conseguenza, secondo cadenze argomentative segnate dalla perdurante e massiccia presenza di ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>13</sup>. E, dall'altro, (al dato) che la stessa rinveniva il proprio referente, sul piano comparatistico, nel dibattito che aveva investito il tema nella letteratura di lingua tedesca, *id est* in un contesto normativo-culturale nel quale il principio di colpevo-

---

DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996, p. 5 ss., quasi che queste avessero tenuto in non cale un approccio di tipo prescrittivo. Il che, viceversa, non è. Nell'impostazione di Donini, all'opposto, è ben chiara la possibilità di sviluppare una teoria del reato secondo cadenze prescrittive, ricavandola in via *deduttiva* dai principi costituzionali (cfr. M. DONINI, *ivi*, p. 8). Ma lo è altrettanto l'impossibilità di dar conto, nell'ambito di confini così ristretti, del carattere multiforme, variegato e pluralistico del sistema vigente. Connotati, questi, che rendono possibile individuare le linee soltanto attraverso un percorso *induttivo*, che dalle peculiarità del singolo modello consenta di arrivare ad una visione d'insieme (cfr. M. DONINI, *ivi*, p. 6 ss.).

<sup>11</sup> Alludiamo, evidentemente, al fondamentale lavoro di N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, che abbiamo più volte citato e al quale ci rifaremo nel prosieguo del presente lavoro, edito nel 1983.

<sup>12</sup> Ingresso che ha avuto luogo mediante la "storica" – ormai per antonomasia – sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale. Fra i commenti più significativi a tale decisione cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385 ss.; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.

<sup>13</sup> Il contesto del diritto positivo (allora) vigente, che fa da sfondo al lavoro di Mazzacuva, si trova ben sintetizzato, nei suoi aspetti più significativi per le tematiche toccate nel testo, proprio da N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 102.

lezza aveva raggiunto la sua formale consacrazione più di trent'anni prima<sup>14</sup>.

Questi fattori sono di per sé sufficienti a far comprendere come ogni riferimento a quel lavoro, per quanto critico, vada necessariamente storicizzato, non potendosi prescindere dallo specifico contesto nel quale è maturato. Al tempo stesso, proprio queste acquisizioni in ordine al diverso clima, nel quale oggi la diade disvalore di azione-disvalore di evento si presta ad essere riconsiderata, funge altresì da *input* per un'indagine diretta a verificare la tenuta di talune resistenze da sempre opposte, nella nostra letteratura, ad un'adeguata valorizzazione del disvalore della condotta.

### 3. *Il contrasto latente fra il riconoscimento del disvalore di azione e il principio di offensività*

L'attribuzione di un significato pregnante, nell'economia del reato, al disvalore di azione, che è la concretizzazione della violazione dell'obbligo imposto dalla norma<sup>15</sup>, rischia di oscurare, quando non di eclissare *tout court*, l'altro momento ritenuto piuttosto prevalente ai fini della sua ricostruzione e della sua comprensione, vale a dire quello dell'offesa al bene giuridico tutelato. Non deve quindi stupire che il riconoscimento di un suo spazio significativo e, in certi casi, esclusivo – lo si vedrà più avanti – nel tratteggiarne il volto abbia incontrato fiere resistenze in un ambiente sempre più educato al principio di offensività, come quello incarnato dalla nostra letteratura contemporanea. Quale che sia la declinazione del principio di offensività cui si aderisce e la versione, più o meno forte<sup>16</sup>, che se ne accrediti, resta fermo il da-

---

<sup>14</sup> A far data, cioè, dalla fondamentale pronuncia del *Großen Strafsenat* del BGH del 12 marzo 1952 (in BGH, 2, 194), in materia di errore sulla legge penale (*Verbotsirrtum*). Sul significato di questa decisione ai fini della consacrazione del principio di colpevolezza nell'esperienza tedesca cfr., fin d'ora, Arth. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, p. 15.

<sup>15</sup> Cfr., al riguardo, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, cit., sub Pre-Art. 39/14.

<sup>16</sup> Una puntuale messa a fuoco della contrapposizione fra il modello teorico "forte" e quello teorico "debole" del principio di offensività, rinvenibile nella nostra

to che l'immagine del reato, che da questa cultura ci viene restituita, continua a scolpirlo primariamente nella lesione o nella messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

Quanto appena detto comporta che propedeutico e ineludibile (rispetto) ad ogni disamina sui nuclei di disvalore, nei quali il reato effettivamente si articola, risulti un confronto con il principio in parola. Il che postula che non gli si assegni una valenza direttamente *prescrittiva* – come pure qualcuno pretenderebbe<sup>17</sup> – ma che ci si sforzi, senza inibizioni di sorta, di ricercarne il fondamento e l'autentica ragion d'essere. Ciò, a sua volta, implica che il riconoscimento al principio di offensività di una dimensione costituzionale non sia il *prius* irrefutabile dal quale muovere assiomaticamente, quanto – piuttosto – il *posterius* al quale giungere mediante un percorso ermeneutico che ne attesti la fondatezza.

Certo, un *incipit* di questo tipo rischia di apparire un'eresia a fronte delle “formulette pigre”, quando non meramente tautologiche, con le quali se ne assevera l'incontestata vigenza – anche da parte della giurisprudenza costituzionale<sup>18</sup> – nel nostro ordinamento<sup>19</sup>. Siamo convinti, nondimeno, che solo un'indagine diacronica possa valere a

---

letteratura sviluppatasi sul punto, è tracciata da G. FIANDACA, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 115 ss.

<sup>17</sup> Secondo quello che si vince dall'impostazione seguita da A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 1482 e nt. 133.

<sup>18</sup> Per indicazioni ulteriori in ordine all'impiego del principio di offensività ad opera della giurisprudenza costituzionale cfr., *infra*, il par. 2 *bis* del capitolo successivo.

<sup>19</sup> Non di rado il richiamo apodittico alla vigenza del principio di offensività è imposto dai ristretti limiti che le singole trattazioni vi riservano: cfr., per tutti, G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, cit., p. 290 s., nt. 27.

Non mancano, peraltro, casi nei quali se ne assevera la vigenza nel sistema sulla base di referenti normativi del tutto inadeguati allo scopo: emblematica, in tal senso, la prova della sua esistenza dedotta da D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011, p. 25, dalla disposizione sull'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto, contenuta nell'art. 34 d.lgs. 274/2000, in materia di competenza penale del giudice di pace. L'incongruenza del richiamo traspare in modo evidente se solo si tiene conto del fatto l'art. 34, comma 1, d.lgs. 274/2000 collega il predicato della “tenuità” ai fatti che risultano non soltanto carenti di offensività, rispetto al bene giuridico di volta in volta tutelato, ma che constano essere tali, *in via cumulativa*, anche in rapporto alla loro “occasionalità” e al “grado della colpevolezza” rivelato dal loro autore. Se ne evince, pertanto, che il giudizio sulla tenuità del fatto presuppone una valutazione multifattoriale e non si concilia con la tesi riduttiva, mirante

lumeggiare l'autentico retroterra normativo e culturale nel quale il principio di offensività ha preso forma, sì da consentire giudizi più meditati in ordine alle prestazioni che gli vengono accreditate.

Sebbene non sia infrequente l'imbattersi in trattazioni del principio di offensività inclini, se non ad obliterare, a ridimensionare in modo rilevante il cordone ombelicale che lo lega alla sua genesi, non esistono dubbi circa il fatto che questa vada individuata nella c.d. concezione realistica del reato<sup>20</sup>. Indubbiamente, in questa fase primigenia al principio di offensività compete non già quel crisma di canone di politica criminale, che soltanto il suo assurgere a principio costituzionale poteva conferirgli, ma esclusivamente la valenza di (un) criterio interpretativo della legislazione vigente<sup>21</sup>.

Ad onta di questa doverosa differenziazione, resta comunque il fatto che in quest'epoca ormai risalente ne viene posta una piattaforma normativa successivamente mai rinnegata<sup>22</sup>.

#### 4. *L'origine storica, mai rinnegata, del principio di offensività: l'art. 49, cpv., c.p. e la concezione c.d. realistica del reato*

Che questa sia da rinvenirsi nella norma sul reato impossibile, di cui all'art. 49, cpv., c.p., nella lettura offertane da un corposo filone della nostra letteratura<sup>23</sup>, è un dato che può darsi pacificamente

---

a circoscriverne la portata nella sola ottica della mancanza dell'offesa al bene protetto, sostenuta dall'opinione appena riportata.

<sup>20</sup> Ciò che emerge chiaramente da tutte le trattazioni generali che hanno avuto ad oggetto l'argomento: in via meramente esemplificativa si rinvia a M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Art. 49/19-24.

Per una disamina più approfondita del tema si rimanda a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 246 ss.

<sup>21</sup> Indicazioni sugli esiti applicativi di questo criterio si possono rinvenire, fra gli altri, in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Art. 49/25, nonché, *amplius*, in V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 248 ss.

<sup>22</sup> Da parte di G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, lavoro sui singoli passaggi più significativi del quale ci si soffermerà *infra*, nei paragrafi che seguono.

<sup>23</sup> Cfr., al riguardo, C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, pp. 23-25; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 199 ss.; ID., voce *Reato impossibile*, in



per acquisito, al di là delle diversità di argomentazioni utilizzate per convalidarne l'elevazione, cronologicamente successiva<sup>24</sup>, a principio costituzionale.

Il carattere meramente rapsodico di questo rinvio alle tematiche connesse con l'art. 49, cpv., c.p. implica che si diano qui per scontate tutte le problematiche sgorganti dall'enucleazione, in questa norma, della fonte del principio di offensività a livello di legge ordinaria. Si lascerà impregiudicata, quindi, una pluralità di nodi: quello di ravvisarvi, in luogo di un autonomo principio suscettibile di espandersi all'intera legislazione penale, una disposizione di completamento della disciplina del tentativo, dettata per l'ipotesi che questo si sia rivelato inidoneo<sup>25</sup>; quello legato ai criteri di accertamento dell'effettiva lesione del bene protetto dalla norma incriminatrice, una volta assodato che la *tipicità* del fatto sia da considerare come un mezzo non più sufficiente allo scopo; quello insito nel *vulnus* recato al principio di legalità immanente in un procedimento di verifica dell'offesa che rischia di spingersi su una china di valutazioni extralegali<sup>26</sup>; quello, strettamente rapportato alle obiezioni supportate dal punto appena segnalato, di far salvo l'esclusivo aggancio all'interesse protetto dalla norma, senza giungere – per ciò stesso – ad una paralisi del principio valorizzato e della forza innovativa che gli si vuole riconnettere; le differenti modalità di procedere al giudizio di idoneità nel caso dell'art. 56 c.p. e in quello dell'art. 49, cpv., c.p.<sup>27</sup>

---

*Dig. disc. pen.*, vol. XI, 1996, p. 260 ss.; nonché M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, sulla quale ci soffermeremo *ex professo* più avanti, nella sezione II di questo Capitolo.

<sup>24</sup> Dovuta, notoriamente, a F. BRICOLA, nella sua voce *Teoria generale del reato*, originariamente pubblicata in *NssDi*, vol. XIV, Torino, 1973 e attualmente inserita in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio* Tomo I, Milano, 1997, p. 772 ss. A questa specifica raccolta di scritti faremo riferimento per ogni ulteriore citazione dell'opera appena richiamata.

<sup>25</sup> Orientati in questo senso, anche se con soluzioni non del tutto coincidenti, sono G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. g., III ed., Bologna, 1995, p. 432 s.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, V ed., Milano, 1999, p. 368 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Art. 49/21-25.

<sup>26</sup> Muove questo rilievo all'interpretazione dell'art. 49, cpv., c.p. elaborata da Neppi Modona P. NUVOLONE, *Recensione* a Neppi Modona, *Il reato impossibile*, in *Indice pen.*, 1967, p. 47.

<sup>27</sup> Pone compiutamente in luce le differenze che separano l'accertamento dell'inidoneità dell'azione, a norma dell'art. 49, cpv., c.p., da quello dell'idoneità

Sono profili problematici, questi, tutti ampiamente tematizzati e discussi dalla nostra letteratura da poco meno di un cinquantennio. Sicché pretendere di aggiungere qualcosa ad un dibattito così ricco ed ampio non potrebbe che rivelarsi inane, prima ancor che presuntuoso. Né maggior senso avrebbe rifarsi, per cercare lumi sui problemi appena esposti, ai lavori preparatori del codice vigente: anche questi sono stati indagati e le conclusioni tratte non hanno condotto a risultati condivisi<sup>28</sup>.

In un contesto nel quale dietro ogni riflessione pare nascondersi inevitabilmente un *déjà-lu*, ci limitiamo soltanto a ricordare le conseguenze discendenti dalla ricorrenza di un'ipotesi di reato impossibile *ex art. 49, cpv., c.p.*: in base al (suo) quarto comma, chi se ne è reso autore, ferma restandone la non punibilità, potrà essere passibile, se e in quanto riconosciuto socialmente pericoloso, dell'applicazione di una misura di sicurezza. Rimanendo silente il legislatore sulla specie di questa in concreto irrogabile, chiarisce l'art. 215, ult. co., c.p. come, al pari degli altri casi nei quali ne è omessa l'indicazione<sup>29</sup>, la misura di sicurezza applicabile sia la *libertà vigilata*. Il che, sostanziandosi nella previsione di una misura di sicurezza a carico di un soggetto che *non* ha commesso un reato, legittima la tratizia formula secondo la quale il reato impossibile costituisce un'ipotesi di c.d. "quasi-reato".

---

degli atti, rilevante nella prospettiva del tentativo, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 199 ss., 203.

<sup>28</sup> Che nei lavori preparatori del codice penale la disposizione contenuta nel capoverso dell'art. 49 assurgesse al rango di principio generale e non assumesse, pertanto, un ruolo meramente complementare rispetto alla disciplina del tentativo è assunto che può rinvenirsi sia in C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 23 ss., sia in G. NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 102 e nt. 53.

A questa configurazione della concezione "realistica" del reato come principio generale, alla cui stregua impostare l'impianto del codice, si è fondatamente replicato che essa peccava di "ingenuità" politica. In questo senso, si è rilevato (da parte di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 741 s.) come un tale principio non potesse "frenare la repressione penale fascista, una volta che, lungo l'arco attraverso il quale si snoda la trama «nera» del Codice Penale, erano state sapientemente collocate fattispecie a pericolo presunto ... caratterizzanti in chiave di deroga ad un *principio* (corsivo aggiunto) che, essendo fissato a livello di legge ordinaria, non era insuscettibile di eccezioni."

<sup>29</sup> Il che accade anche nell'altra ipotesi di quasi-reato prevista dal codice, vale a dire quella dell'art. 115 c.p., in relazione all'accordo e all'istigazione non seguiti dalla commissione del reato (cfr. i commi 2 e 3), nonché all'istigazione non accolta a commettere un delitto.

Ora, inalterato il giudizio avente ad oggetto la completezza della disamina riservata agli altri punti nevralgici emergenti dall'analisi del reato impossibile nella prospettiva di individuarvi il fondamento del principio di offensività, ci sembra che proprio in questo versante della disciplina contenutane nell'art. 49 c.p. si annidi un'analisi non del tutto completa dei corollari che ne discendono. O, per essere più precisi: ci pare che i risultati di quella che – pure – l'ha investita, a suo tempo, necessitino di una rimediazione diretta ad espungere i risultati di chiavi di lettura oggi palesemente caduche.

Che, d'altra parte, non si tratti di questione secondaria traluce da una riflessione men che superficiale sulla portata del principio del quale, segnatamente a livello di legge ordinaria, si vuole attribuire la paternità proprio all'art. 49, cpv., c.p. Se vi si intende ritrovare la genesi del postulato dell'irrelevanza penale di fatti che, ancorché tipici rispetto a una data norma incriminatrice, risultino *in concreto* inoffensivi del bene giuridico che questa è preordinata a proteggere, non si può non ritrovarvi un'aporia nella successiva constatazione che a questi stessi fatti si possa, nondimeno, applicare una misura di sicurezza; sì che gli stessi continuerebbero a iscriversi nell'area dell'*illiceità penale*<sup>30</sup>. Se la valenza di questo principio è precisamente quella di espungerli dall'area della rilevanza penale, come si può coniugare questa sua efficacia con la loro permanente sottoposizione ad una reazione dell'ordinamento, come la misura di sicurezza, la cui natura di *sanzione penale* è stata da sempre<sup>31</sup> pressoché indiscussa?

---

<sup>30</sup> Che i fatti inquadrabili nello schema dell'art. 49, cpv., c.p., se e in quanto sottoposti alla misura di sicurezza prevista dal suo quarto comma, costituiscano un *illicito* penale è ammesso senza riserve da M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.* 2010, p. 2572, nt. 40.

<sup>31</sup> Sulla sostanziale identità di pene e misure di sicurezza cfr., per tutti, G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III. Art. 150-240*, cit., sub Pre-Art. 199/18-20 e richiami di letteratura ivi riportati.

5. *L'aporia tra un fatto inoffensivo e la sua (possibile) sottoposizione a misura di sicurezza: gli escamotages per superarla utilizzati da Neppi Modona*

Non a caso, la preoccupazione di scongiurare questa palese contraddizione è ben presente nell'impostazione che, da noi, ha fornito l'apporto quantitativamente più importante alla diffusione della c.d. concezione realistica del reato, ossia quella di Guido Neppi Modona<sup>32</sup>. E, correttamente, non si cerca di aggirarla mettendo in discussione quello che anche allora era già un dato pacificamente acquisito, *id est* la natura (di sanzione) penale delle misure di sicurezza, traendo spunto dalla loro qualificazione *sub specie* di sanzioni amministrative contenuta nel Titolo VIII del libro primo del nostro codice penale<sup>33</sup>.

Si vuole, invece, superare l'*impasse* affrontando *ex professo* il modello di reato scolpito dal nostro ordinamento, sì da (poter) escludere che l'ipotesi delineata dall'art. 49, cpv., vi rientri e che, di conseguenza, questa conclusione sia infirmata dalla circostanza che vi possa essere collegata una misura di sicurezza.

La premessa teorica dalla quale si muove è che il fatto di reato consista precisamente nell'illecito al quale si possono collegare, *in astratto*, sia una pena, sia una misura di sicurezza<sup>34</sup>. Che in capo al suo autore discenda l'una o l'altra di queste conseguenze penali dipende esclusivamente dal fatto che questi, rispettivamente, sia o non sia *imputabile*; e, nella seconda eventualità, anche socialmente pericoloso<sup>35</sup>. Se, da ultimo, si tratti di soggetto imputabile e socialmente pericoloso, si potrà far luogo, a suo carico, all'applicazione cumulativa di pena e misura di sicurezza<sup>36</sup>. Entro queste coordinate sistematiche, la presenza o meno dell'imputabilità decide esclusivamente se, a fronte di un fatto astrattamente qualificabile come reato, si debba irrogare *in concreto*, nei confronti di chi se ne è reso auto-

<sup>32</sup> Il problema, infatti, è tematizzato *ex professo* da G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 400 ss.

<sup>33</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 402 ss.

<sup>34</sup> In questi termini G. NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 406.

<sup>35</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 404 s.

<sup>36</sup> Cfr. sempre G. NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 407.

re, una pena oppure, se e in quanto pericoloso, una misura di sicurezza. Nondimeno, il suo accertamento avviene solo in questo stadio e non reagisce in alcun modo sulla (previa) qualificazione di quel fatto come reato. Quest'ultima rimane inalterata, al cospetto della sua constatata presenza schiudendosi solo l'interrogativo *sul tipo di sanzione (penale)* applicabile<sup>37</sup>. Estromessa, dunque, l'imputabilità dalla struttura del reato e dalla sua configurazione in astratto, resta fermo che la rilevanza della medesima – val la pena ripeterlo, perché si tratta di un'opzione ermeneutica del tutto recessiva rispetto alla cultura penalistica attuale – andrebbe circoscritta solo a questa fase.

Di qui il corollario che consente a Neppi Modona, a tutto vantaggio della sua ricostruzione del reato impossibile come fatto tipico ma non offensivo, di sgombrare il campo dall'invadente e pernicioso presenza che la residua applicabilità di una misura di sicurezza incarna. Vero, cioè, che la sussistenza di un reato postula necessariamente, in astratto, l'applicazione di una pena o di una misura di sicurezza, l'imputabilità limitandosi in concreto a decidere se dell'una o dell'altra o di entrambe, ne segue che, poiché nell'art. 49, comma 4, c.p. si dispone l'astratta applicazione soltanto di una misura di sicurezza (così come avviene, del resto, anche a norma dell'art. 115 c.p.), il reato impossibile concreterebbe un'ipotesi di *non reato*<sup>38</sup>. Il che collimerebbe perfettamente con quella patente di fatto non punibile, in quanto non offensivo, che gli si vuole assegnare.

Puntella questa fondazione teorica Neppi Modona con un argomento tratto *de plano* dal diritto positivo. Si fa riferimento, cioè, alla possibilità, espressamente considerata dall'art. 202, comma 2, c.p., che il legislatore contempra casi nei quali si può far luogo all'applicazione di misure di sicurezza nei confronti di soggetti che – pure – hanno posto in essere “un fatto *non preveduto dalla legge come reato*”. Ipotesi, questa, che si attaglierebbe perfettamente proprio alle statuizioni degli artt. 49 e 115 c.p., laddove fanno discendere la possibilità di applicazione (della misura di sicurezza) della libertà vigilata anche a carico di coloro ai quali sono ascrivibili un reato

<sup>37</sup> Chiarisce quest'aspetto in modo inequivocabile G. NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 404.

<sup>38</sup> Questa l'esplicita conclusione alla quale perviene G. NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 409.

impossibile oppure l'accordo e l'istigazione a commettere un reato, che entrambe queste norme dichiarano non punibili<sup>39</sup>.

#### 6. *La loro attuale insostenibilità*

Le argomentazioni addotte da Neppi Modona, al fine di superare l'ostacolo che all'accoglimento della sua chiave di lettura del reato impossibile derivava dalla perdurante (possibile) applicazione di una misura di sicurezza all'autore del medesimo, stanno e cadono con le premesse sistematiche sulle quali si reggono.

Ha, invero, una base piuttosto sdrucchiolevole la piattaforma teorica che (dovrebbe) funge(re) da supporto all'intera sequenza argomentativa sviluppata da Neppi Modona. La recisione di ogni rapporto dell'imputabilità con la struttura del reato e, soprattutto, con la colpevolezza è il prezzo – piuttosto esoso – da pagare, se si vuol coerentemente sostenere che ogni *reato* può essere commesso in astratto tanto da un soggetto imputabile, quanto da uno non imputabile, discendendone soltanto una variazione della sanzione penale conseguente. Questo tipo di assunto può essere corroborato e legittimato solo da un'incondizionata adesione all'impostazione che nell'imputabilità rinviene esclusivamente uno *status* del reo<sup>40</sup>, vale a dire di colui del quale – conformemente alla collocazione dell'istituto nella topografia del codice – si ritiene già per assodata e appropriata la qualificazione in termini di autore, appunto, di un fatto di *reato*. Asserto cui si riconnette immediatamente quello, successivo sul piano logico-cronologico, che l'unico effetto, che a detto *status* si può collegare, è (quello) legato alla correlativa applicazione di una pena o di una misura di sicurezza a un fatto di reato già completo in tutti i suoi elementi. Poiché il rapporto di implicazione necessaria fra reato, da un lato, e pena/misura di sicurezza, dall'altro, è un dato costante a fronte di tutti i soggetti dell'ordinamento, se ne deve evincere che la possibilità di un'applicazione *disgiunta* (sott.: dalla pe-

---

<sup>39</sup> Cfr. G. NEPPI MODONA, *op. ult. cit.*, p. 409 s.

<sup>40</sup> In tal senso cfr., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, a cura di L. Conti, pt. g., XVI ed., Miano, 2003, p. 618.

na) di una misura di sicurezza per il caso di cui all'art. 49, cpv., c.p. altro non può significare che in tale evenienza la misura riguarderà un *non reato*.

Maturata entro le coordinate culturali della concezione psicologica della colpevolezza, incline ad esaurirla nel rapporto psicologico – nelle forme del dolo o della colpa – fra autore e fatto e propensa a rintracciarne i tratti anche nella relazione del non imputabile con il fatto di reato da questi commesso<sup>41</sup>, questo modo di intendere l'imputabilità ne ha condiviso fortune e declino. Quest'ultimo, com'è noto, ha avuto luogo in concomitanza con il progressivo affermarsi della concezione normativa della colpevolezza e con la delineazione dei profili essenziali che la caratterizzano<sup>42</sup>. Polarizzandosi sulla rimproverabilità al soggetto del fatto commesso, essa ne postula una piena attitudine a percepire correttamente gli stimoli provenienti dall'esterno, comprendendone il significato, e ad autodeterminarsi sulla loro base. Il che val quanto dire che la concezione normativa della colpevolezza presuppone, in capo al soggetto che è destinatario del rimprovero, proprio quella capacità d'intendere e di volere, nella quale l'art. 85, comma 2, c.p. sintetizza la nozione di imputabilità. In questa diversa prospettiva, nondimeno, ad essa non si potrà più attribuire la riduttiva valenza di *status* che incide solo ed esclusivamente sulla capacità di pena del reo; ma la si dovrà piuttosto elevare a presupposto indefettibile perché nei confronti dell'autore materiale di un fatto di reato si possa formulare un giudizio di *colpevolezza*<sup>43</sup>. Laddove questa faccia difetto, già in astratto il fatto si potrà definire, utilizzando la scansione caratterizzante la sistematica tripartita, tipico e antiggiuridico, ma non colpevole. Con la conseguenza che, precisamente per il difetto dell'elemento della colpevolezza, quel fatto non potrà essere sussunto nel concetto di reato. *Ergo*, sarà segnatamente un non reato. E l'unica conseguenza che, sempre in astratto, potrà discendere a carico del suo

---

<sup>41</sup> Orientata ad aderire ai suoi postulati è – non a caso – la posizione di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 322.

<sup>42</sup> Si può rintracciare un quadro sintetico di quest'evoluzione in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 39/81.

<sup>43</sup> Sul punto cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit. alla nota precedente, *loc. cit.*; ID., in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, III ed., Milano, 2005, sub Pre-Art. 85/3-4.

autore, se e in quanto sia socialmente pericoloso, non potrà che essere una misura di sicurezza.

Quello or ora abbozzato è un compendio dei riflessi prodotti nel nostro sistema dalla recezione, attestata financo dalla “storica” (per antonomasia) sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, della concezione normativa della colpevolezza<sup>44</sup>. Potrà certamente sembrare scontato e/o pleonastico al lettore contemporaneo, ormai aduso a concepire il fatto del non imputabile come fatto che non attinge la soglia del reato in ragione dell’assenza della colpevolezza, al quale l’ordinamento reagisce con una sanzione, *id est* la misura di sicurezza, che non riveste la forma della pena, ma conserva un indiscusso carattere penale. Risulta, invece, fortemente distonico rispetto agli orizzonti culturali nei quali ha preso corpo l’elaborazione di Nenni Modona, nella parte che qui abbiamo esplicitamente richiamato.

All’interno delle coordinate sistematiche fatte proprie anche da lui, il fatto del non imputabile – come già sottolineato – costituiva indefettibilmente reato, in quanto astrattamente assoggettabile a pena. Il reato impossibile, invece, si sottraeva a questa qualificazione, perché era *ab origine* sprovvisto di questa prerogativa, essendo passibile soltanto dell’applicazione di una misura di sicurezza. Rivisitata alla luce degli attuali inquadramenti del rapporto fra imputabilità e colpevolezza, questa differenziazione non tarda a rivelarsi fallace. Anche il fatto del non imputabile è un fatto che non costituisce reato: il solo dato che il legislatore presupponga ordinariamente un

---

<sup>44</sup> Che nella già più volte richiamata sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale possa rinvenirsi una sostanziale adesione ai postulati della concezione normativa della colpevolezza è un dato che, pur non senza comprensibili esitazioni, emerge dagli stessi passaggi argomentativi, nei quali detta sentenza si snoda.

Emblematico, in tal senso, il par. 13 della decisione nel quale, pur precisando che, con il radicare il concetto di colpevolezza ivi prospettato sulla possibilità di muovere un *rimprovero* al soggetto, la Corte non intende “costituzionalizzare” “una delle molteplici concezioni «normative» della colpevolezza prospettate in dottrina”, si ammette subito dopo che il concetto di colpevolezza, ricavato dalla Corte in via autonoma mediante l’interpretazione del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell’art. 27 Cost., “venga a coincidere con una delle nozioni di colpevolezza (*normativa*) (corsivo aggiunto)” delineate dalla dottrina. Il passo della sentenza 364/1988, al quale abbiamo appena fatto riferimento, è tratto da *Giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana. Decisioni e orientamenti fondamentali (1985-1996)*, a cura di G. Amoroso, M. Cartabia, V. Carusi, A. Giusti, M.R. Morelli, B. Virgilio, Milano, 1998, p. 247.



soggetto imputabile<sup>45</sup>, nel momento in cui gli si rivolge con richieste di comportamento la cui inosservanza è sanzionata con la pena, non esclude che il medesimo – come infatti avviene – possa colpire le stesse condotte inosservanti con sanzioni penali “residuali”<sup>46</sup>, come le misure di sicurezza, quando sono poste in essere da soggetti non imputabili. Ipotesi, quest’ultima, nella quale la non integrazione del reato – per difetto di colpevolezza – da parte del suo autore non inficia il carattere penalistico *tout court* della sanzione che, in luogo della pena, gli può essere applicata.

*Rebus sic stantibus*, l’applicabilità della sola misura di sicurezza all’autore di un reato impossibile viene a perdere quei connotati di eccezione alla regola generale che vede nel reato l’ente sempre suscettibile dell’applicazione della pena o della misura di sicurezza, per il semplice fatto che quella regola non esiste. Al pari di quanto avviene nel caso del reato impossibile, anche in quello del fatto di reato commesso da un non imputabile, il fatto non costituisce reato, ma può dar luogo a una sanzione penale, quale quella consistente nell’applicazione di una misura di sicurezza. Venuto meno, negli orizzonti della concezione normativa della colpevolezza, il suo carattere derogatorio rispetto a una disciplina generale in realtà insussistente, resta la necessità di esaminare quale sia la vera *ratio* della peculiare situazione oggetto del combinato disposto del secondo e del quarto comma dell’art. 49 c.p.

Prima ancora di procedere in questa direzione, peraltro, corre l’obbligo di confrontarsi con l’ulteriore pilastro argomentativo utilizzato da Neppi Modona – e non da lui soltanto<sup>47</sup> – quale supporto nella costruzione del reato impossibile quale ipotesi di non reato. Si tratta, come detto, della convalida che questo assunto riceve dalla possibilità, ammessa dall’art. 202, comma 2, c.p., che misure di sicurezza possano essere applicate anche nei confronti di soggetti che hanno realizzato fatti non costituenti reato. Preso alla lettera, il messaggio di questa norma scongiurerebbe il rischio di ravvisare

<sup>45</sup> Per questo rilievo cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 39/69; ID., in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Pre-Art. 85/6.

<sup>46</sup> In questi termini M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *op. ult. cit.*, loc. cit.

<sup>47</sup> Ad esso fa ricorso anche F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 633.

un fatto penalmente rilevante, in ragione dall'asserito carattere di sanzione penale che si riconosce alle misure di sicurezza, in un fatto al quale questa può effettivamente collegarsi, proprio per il fatto di estendere la loro applicabilità a fatti non costituenti reato.

Senonché, una lettura della natura delle misure di sicurezza tanto lontana dalla natura penale loro assegnata può spiegarsi in modo plausibile soltanto operandone una contestualizzazione all'interno delle concezioni teoriche dei compilatori del codice. Non bisogna, al riguardo, tralasciare di considerare che, nella loro ottica, attestata dall'*incipit* del Titolo VIII del primo libro, le misure di sicurezza erano contrassegnate da un incontrovertito carattere *amministrativo*<sup>48</sup>. Sicché, proprio sulla base di questo dato, non dava luogo a discrasia alcuna il fatto di ammettere che queste potessero trovare applicazione anche a fronte di fatti non costituenti reato. In altri termini, l'aporia determinata da questo fattore poté acquisire una consistenza tangibile solo entro gli orizzonti culturali di segno diverso che, anche di lì a poco<sup>49</sup>, ne svelarono e riconobbero l'impronta di sanzioni penali *tout court*.

A ciò si potrebbe certamente obiettare che il riferimento, nell'ambito dei presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza, al "fatto non preveduto dalla legge come reato" di cui all'art. 202, comma 2, c.p., è un dato che resta comunque fermo e che è suscettibile di abbinarsi ad una loro lettura "aggiornata" *sub specie* di sanzioni penali, sì da incarnare una vera deroga alla regola che esigerebbe, "a monte" della loro applicabilità, sempre e comunque la commissione di un reato. Ammessa e non concessa la possibilità di una tale interpretazione "evolutiva" della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 202 c.p., ne resta comunque problematica la tenuta sotto due differenti profili: da una parte, quello, già accennato, della sua compatibilità con gli intenti del legislatore "storico"; dall'altra quello, certamente assorbente, di poggiare su una chiave di lettura malsicu-

---

<sup>48</sup> Per ragguagli su questa pretesa natura attribuita dai compilatori del codice del 1930 alle misure di sicurezza cfr., per tutti, G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., sub Pre-Art. 199/2.

<sup>49</sup> Si rinvia, a questo proposito, agli orientamenti immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice Rocco richiamati da G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., sub Pre-Art. 199/18.

ra e, comunque, non univoca la legittimazione *in toto* di un principio (sott.: quello di offensività) al quale, se e in quanto trovi una convalida a livello di legge ordinaria, si vuole riconoscere una valenza assolutamente generale rispetto alla struttura del reato.

Ora, che proprio sotto questa seconda angolazione una prospettiva ermeneutica poggiante sul solo art. 202, comma 2, c.p. si riveli insufficiente e, in quanto tale, inappagante ai fini della fondazione del principio di offensività, emerge con sufficiente chiarezza dall'essere avvenuto l'impiego di questa norma in questo contesto sempre *a latere* di elaborazioni teoriche generali, alle quali si riconosceva lo spessore largamente preponderante<sup>50</sup>.

#### 7. *Il reale significato attribuibile alla disposizione sul reato impossibile e al trattamento sanzionatorio per esso previsto*

L'aporia di un fatto tipico, ma non offensivo del bene protetto, che sconta comunque la possibile applicazione di una misura di sicurezza a carico di chi l'ha posto in essere, resta, e la via suggerita da Neppi Modona per disinnescarla non vale – oggi come oggi – a rimuoverne la presenza.

Per illustrare meglio la valenza penalistica della misura che il diritto vigente collega al reato impossibile, non sembra inutile ripercorrerne la genesi storica. Assente il tentativo impossibile nel codice Zanardelli, non mancarono tuttavia voci inclini ad occuparsi (della gamma) delle sanzioni che la sua esecuzione avrebbe potuto e dovuto comportare, *de lege ferenda*, a carico del suo autore. Esclusa ogni reazione di tipo *repressivo*, stante la mancata integrazione del reato, ci si orientò evidentemente verso rimedi di taglio marcatamente *preventivo*, deputati a fronteggiare e rimuovere la indubitata *pericolosità* del suo autore che l'atto aveva palesato. Ed è interessante notare come, nel quadro del (pur breve) dibattito che la questione sollevò, la scelta

---

<sup>50</sup> Assegna un ruolo decisamente secondario all'argomento desumibile dall'art. 202, comma 2, c.p., a fronte del rilievo assorbente spettante all'impostazione generale del problema da lui stesso prospettata e della quale si è dato conto *supra* al par. 3, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., p. 409 s.

di applicare nei suoi confronti la vigilanza speciale della pubblica sicurezza, vale a dire l'antesignano storico di quella libertà vigilata che il codice vigente reputa applicabile al reato impossibile [cfr. gli artt. 228 e 229, n. 2), c.p.], suscitò contrasti non indifferenti<sup>51</sup>.

Della vigilanza speciale, al di là di ogni disputa sulla sua appartenenza alle misure amministrative o a quelle penali *tout court*<sup>52</sup>, si sottolineava il carattere marcatamente stigmatizzante che la sua concreta applicazione, affidata all'autorità di pubblica sicurezza, comportava, e se ne rimarcavano altri tratti suscettibili di favorirne l'accostamento alle sanzioni penali *stricto sensu* intese<sup>53</sup>. Si insisteva, in particolare, sul rischio che chi vi era sottoposto fosse ostacolato, proprio in ragione dell'invasività dei controlli rimessi all'autorità di pubblica sicurezza, nel processo di reinserimento sociale al quale lo si voleva destinato<sup>54</sup>. Di qui l'opzione, caldeggiata dallo stesso Vincenzo Manzini nella prima edizione del suo *Trattato*, di disciplinare espressamente il tentativo impossibile nel codice; ma di riservare al suo autore non già la vigilanza speciale, quanto, viceversa, la più mite risposta dell'*ammonizione*.

Il legislatore del 1930, com'è noto, si astenne dal seguire questo suggerimento e abbinò ai casi di quasi-reato la misura di sicurezza della libertà vigilata [cfr. sempre gli artt. 228 e 229, n. 2), c.p.]. Modellandola sull'archetipo della vigilanza speciale, si fece tuttavia carico di edulcorarne, almeno formalmente, i contenuti, stabilendo che la sorveglianza speciale dovesse eseguirsi "in modo da agevolare, mediante il lavoro, il riadattamento della persona alla vita sociale" (art. 228, comma 4, c.p.)<sup>55</sup>. Ciò non toglie che la scelta a favore di una misura certamente restrittiva della libertà personale di chi vi era sottoposto non può

<sup>51</sup> Per gli opportuni ragguagli cfr., sul tema, W. VALSECCHI, *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, Torino-Milano-Napoli-Palermo-Roma, 1912, p. 176 ss.

<sup>52</sup> Rinviamo sempre a W. VALSECCHI, *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, cit., p. 177 e nt. 4.

<sup>53</sup> Per un quadro delle critiche alle quali l'istituto si era esposto sotto la vigenza del codice Zanardelli cfr. M. SECCI, voce *Libertà vigilata*, in *Enc. del dir.*, Vol. XXIV, Milano, 1974, in particolare p. 581.

<sup>54</sup> Un riferimento a questo inconveniente si rinviene proprio nei lavori preparatori al codice vigente: cfr. la *Relazione del guardasigilli Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, pt. I, Roma, 1929, p. 245, riportata da M. SECCI, *Libertà vigilata*, cit., p. 581, nt. 10.

<sup>55</sup> Al riguardo cfr. sempre M. SECCI, *op. ult. cit.*, p. 581.

che confermare che il trattamento sanzionatorio riservabile, sulla base del disegno codicistico, all'autore di un reato ne disveli quella impronta di vera e propria sanzione penale, che è comune – del resto – a tutte le misure di sicurezza; e che, in quanto tale, risulta manifestamente inconciliabile con un fatto – presupposto che non può che assumersi lecito, come il fatto tipico ma non offensivo (del bene protetto), al quale allude la concezione realistica del reato, patrocinata da Neppi Modona.

8. *La costituzionalizzazione del principio di offensività nell'opera di F. Bricola*

Lasciamo in sospenso, per riprenderne l'esame successivamente, il nodo dell'antinomia fra il carattere non offensivo del fatto ricavato secondo le cadenze della concezione realistica del reato e il suo parallelo perpetuarsi come illecito penale ai sensi dei commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p.

Ciò discende dall'esigenza, che si impone prioritariamente a qualsivoglia indagine avente ad oggetto il principio di offensività, di porne in primo piano la dimensione costituzionale. Sarebbe ben possibile, in effetti, che eventuali discrasie risultanti dalla sua non pacifica enucleazione a livello di legge ordinaria, scolorissero o scomparissero del tutto in questa diversa prospettiva.

Quando si allude alla fondazione costituzionale del principio di offensività, il pensiero non può che correre all'opera di chi – pur senza trascurare altri contributi certamente non privi di significato<sup>56</sup> – ne è stato l'indiscusso artefice: (quella di) Franco Bricola<sup>57</sup>. Nella delineazione del volto costituzionale del reato, espressa in forma compiuta – ma senza quella pretesa di definitività, che ne avrebbe oscurato i pregi<sup>58</sup> –

<sup>56</sup> Si allude, in particolare, a quello di M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 ss.

<sup>57</sup> Nella sua *Teoria generale del reato*, cit. *antea* alla nt. 20.

<sup>58</sup> Emerge la propensione di Bricola a tener conto, a fronte della delineazione dell'illecito penale come fatto esclusivamente lesivo di un bene di rilevanza costituzionale in ragione del suo indefettibile collegamento con una sanzione – la pena – destinata ad incidere *immancabilmente* su un bene costituzionalmente protetto, quale la libertà personale, delle aporie che, rispetto a questo assunto, comportava la sentenza

nella sua *Teoria generale del reato* del 1973, se ne scolpiscono i tratti in un fatto lesivo di un bene costituzionalmente garantito. Dando per scontati, in questa sede, i principali passaggi argomentativi nei quali si articola la tesi di Bricola, sembra indispensabile soffermarsi, data la loro preponderanza nell'architettura teorica che ne emerge, sui due poli intorno ai quali si coagula – e si concentrerà anche in prosieguo di tempo, vista l'attenzione loro riservata dalla letteratura degli anni successivi – la definizione del reato in termini di offesa di un bene costituzionalmente protetto. Invertendo solo per comodità l'ordine appena seguito, si tratta della limitazione ai soli beni di rango costituzionale della legittimazione a formare oggetto della tutela penale, da una parte, e della necessità, anch'essa imposta dalla Costituzione, che l'illecito penale debba possedere un indefettibile contenuto lesivo nei confronti di tali beni, dall'altra. Facciamo, in questo modo, riferimento a due componenti fondamentali dell'impostazione bricoliana della teoria generale del reato che, per quanto sicuramente complementari fra loro, per la complessità delle problematiche che le hanno investite richiedono di essere considerati separatamente.

### 8.1. *L'argumentum libertatis e il suo superamento*

Che la sanzione penale, la quale si collega alla commissione di ogni reato, si sostanzia sempre e comunque nella privazione della libertà personale, vale a dire nella menomazione del diritto fondamentale consacrato nell'art. 13 Cost., è la premessa logica dalla quale muove l'identificazione del modello costituzionale di illecito penale forgiato da Bri-

---

131/1979 della Corte Costituzionale (sulla quale cfr., *infra*, quanto si esporrà immediatamente nel testo). Invero, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 136 c.p., che disponeva la conversione delle pene pecuniarie non eseguite in pene *detentive* e faceva, quindi, assurgere queste ultime, in via diretta o indiretta, a reazione penale *unica* prevista dall'ordinamento, questa decisione rompeva il sinallagma fra reato e privazione necessaria (del bene) della libertà personale, che era il pilastro argomentativo essenziale sul quale si reggeva la pretesa che oggetto della tutela penale fossero soltanto (i) valori costituzionalmente protetti. Sui problemi posti da questa sentenza cfr. già F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, tomo II, p. 1326, nt. 85.

Sulla prima lettura della decisione e dei suoi riflessi da parte di Bricola cfr., altresì, le considerazioni di M. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, cit., p. 40 e nt. 71.

cola<sup>59</sup>. Che il sacrificio di un bene di tale rilevanza costituzionale, quale quello implicato – appunto – dall'esecuzione della pena detentiva, non possa che avvenire per la salvaguardia di un interesse anch'esso di rilevanza costituzionale<sup>60</sup>, è il corollario ineludibile che Bricola trae da questo presupposto. Il che significa che in tanto potrà essere legittimata la qualificazione di un determinato fatto come reato, in quanto esso si traduca nell'offesa di un bene recepito nella carta costituzionale<sup>61</sup>.

Lo stretto rapporto di subordinazione per tale via instaurato fra la rilevanza costituzionale del bene leso dalla sanzione penale, *ergo* la libertà personale di chi vi è assoggettato, e il necessario ancoramento a livello costituzionale del bene in funzione della tutela del quale detta lesione avviene, suole essere compendiata nella formula del c.d. *argumentum libertatis*<sup>62</sup>. Al pari di altri supporti argomentativi adottati a sostegno dell'una o dell'altra opzione teorica, anche questo non è uscito indenne dalle vicende storiche che ne hanno investito i fondamenti normativi. Nel caso di specie, la sua validità è stata irreversibilmente infirmata dalla sentenza 131/1979 della Corte Costituzionale. L'assunto secondo il quale al reato si saldava in ogni caso la privazione della libertà personale era inscindibilmente connesso al disposto del previgente art. 136 c.p., a norma del quale le pene pecuniarie ineseguite per insolvibilità del condannato si convertivano in pene detentive, queste ultime assurgendo ad archetipo unico delle sanzioni approntate dall'ordinamento rispetto alla commissione di un reato. Dichiarata dalla Consulta l'illegittimità dell'art. 136 c.p.<sup>63</sup>, cade la possibilità di una *reductio ad unum*, nella forma della sola pena privativa della libertà personale (quella detentiva), delle sanzioni penali previste dal sistema. Sgombrato il terreno *dall'argumentum libertatis*, viene meno, correlativamente, il rapporto di implicazione necessaria fra oggetto della pena e oggetto del reato. Escluso che la pena attinga necessariamente il reo nella fruizione del diritto costituzionalmente accordatogli dall'art. 13 Cost., ca-

<sup>59</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 565.

<sup>60</sup> Questo passaggio fondamentale si rinviene in F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 565-567.

<sup>61</sup> Cfr. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 568.

<sup>62</sup> Utilizziamo qui l'espressione adottata da V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 130 ss., il quale, in tale sede, opera una disamina del suo contenuto volta a verificarne la perdurante attualità.

<sup>63</sup> Per effetto della più volte ricordata sentenza 131/1979.

de, quindi, la pretesa che il reato debba consistere nell'offesa di un bene anch'esso costituzionalmente protetto<sup>64</sup>.

### 8.2. *Ulteriori criticità originarie ravvisabili nella costruzione bricoliana del principio di offensività come principio di rilevanza costituzionale*

Riconosciutane la vigenza a livello di legge ordinaria richiamandosi all'art. 49, cpv., c.p., Bricola presta un contributo decisivo all'elevazione del principio di offensività a principio di rango costituzionale. Ancorché si tratti di una conclusione supportata da argomenti noti, conviene, comunque, operarne un breve sunto, al fine di saggiarne la perdurante validità.

Tematizzato muovendo dalla problematica dei reati di pericolo "presunto"<sup>65</sup>, l'assunto della rilevanza costituzionale del principio di offensività viene radicato da Bricola sulla funzione che l'art. 27, comma 3, Cost. assegna alla pena e sulle conseguenze che questa esplica rispetto alla struttura del reato<sup>66</sup>. Acclarato che alla pena compete, appunto *ex art. 27, comma 3, Cost.*, una funzione *rieducativa*<sup>67</sup>, si individua proprio in questo dato un *input* per una caratterizzazione del reato che la rispecchi; e si postula, di conseguenza, la necessità logica che questo, precisamente perché la sua realizzazione comporta l'applicazione di quella, si sostanzi in un *quid* che giustifica l'esigenza di sottoporre a rieducazione chi lo ha commesso. A sua volta, la dimensione sostanziale che soddisfa tale esigenza viene attinta soltanto da quei fatti che presentano un *contenuto lesivo* del bene protetto<sup>68</sup>, solo con riferimento ad essi potendosi ragionevolmente ipotizzare il bisogno di rieducarne gli autori. Sicché, nell'ottica di una concezione polifunzionale della pena, quale quella cui Bricola si ispira<sup>69</sup>, un reato di pericolo autenticamente presunto, nel momento in cui legittima l'ap-

<sup>64</sup> Ciò spiega, precisamente, l'attenzione immediatamente riservata da F. Bricola alle conseguenze di detta sentenza, nel contesto del lavoro riportato *antea, sub* nt. 41.

<sup>65</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 772 s.

<sup>66</sup> Sul punto cfr. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 773.

<sup>67</sup> F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 773 ss.

<sup>68</sup> F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 775.

<sup>69</sup> Sulla "polivalenza dei «fini» della pena" insiste F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, *ibidem*.



plicazione della pena sulla sola base della *disobbedienza* in sé e per sé nella quale quel reato si concreta, giustifica l'applicazione di una pena solo se la si considera nella sua funzione *retributiva*<sup>70</sup>. Non, invece, se se ne vuol assicurare anche una valenza rieducativa, quest'ultima non potendosi legittimare in alcun modo a fronte di fatti che, per non aver dato luogo a pericolo alcuno, sono privi di quel carattere di lesività che, solo, potrebbe legittimare l'esigenza di rieducare chi li ha posti in essere<sup>71</sup>.

Lumeggiato in questo modo il nucleo centrale argomentativo utilizzato da Bricola per sostenere la costituzionalizzazione del principio di offensività e rinviando ad altra sede ogni considerazione sul richiamo alla finalità rieducativa della pena<sup>72</sup>, preme, a questo punto, soffermarsi su altre considerazioni svolte per corroborare quest'acquisizione. In tal senso, si attribuisce significato pregnante al dato testuale che l'art. 25, comma 2, Cost., nel richiamare il reato, si sia esplicitamente riferito ad un "*fatto commesso*", con ciò escludendo dal perimetro della rilevanza penale *Gesinnung* e/o atteggiamenti interiori<sup>73</sup>. Irrefutabile il risultato, resta nondimeno da chiarire quanto questo sia tuttora attuale ai fini della legittimazione costituzionale del principio di offensività. Invero, la necessaria irrilevanza (penale) di meri stati soggettivi interiori e la correlativa pretesa che tale soglia sia superata solo da fatti *esteriori* sembrano funzionali a convalidare la rilevanza costituzionale non del principio di offensività, quanto, piuttosto, quella del principio – di più tardiva emersione<sup>74</sup> e comunque dal primo ben distinto<sup>75</sup> – di *materialità*<sup>76</sup>. In effetti, quando si dice che il diritto penale è chiamato ad occuparsi soltanto dei comportamenti umani

<sup>70</sup> Ciò si lascia estrapolare dalle considerazioni sviluppate da F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, rispettivamente, p. 773 e 775.

<sup>71</sup> F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 775.

<sup>72</sup> Rinviamo, sul punto, a quanto si esporrà *infra* nella Sezione II, par. 11, di questo Capitolo.

<sup>73</sup> Cfr. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 776.

<sup>74</sup> La prima elaborazione del quale, a livello manualistico, si deve – a quanto ci consta – a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1<sup>a</sup> ed., Padova, 1979, p. 147 ss.

<sup>75</sup> Mette bene a fuoco la distinzione fra i principi in parola V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 55 s.

<sup>76</sup> Per una piena valorizzazione del principio di materialità quale caratteristica indefettibile dei fatti che si intendono sottoporre a pena cfr., altresì, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. g., cit., p. 3.

esteriorizzati<sup>77</sup> e non delle intenzioni, si fa un'affermazione che nulla esprime ancora sul rapporto fra detta condotta umana e la forma di offesa al bene protetto.

Non legata ad anacronismi, ai quali la *Teoria generale del reato* bricoliana si è esposta inevitabilmente in ragione della progressiva evoluzione di stili di pensiero connaturata ai più di quarant'anni trascorsi dalla sua pubblicazione è, invece, un'altra delle spiegazioni addotte da Bricola a conforto della costituzionalizzazione del principio di offensività. Si allude, segnatamente, a quella secondo la quale la Costituzione non avrebbe potuto che postulare un illecito dal contenuto necessariamente lesivo dei beni giuridici di volta in volta protetti, per la volontà di porsi "in antitesi con la concezione del reato prevalente nella Germania nazista, ossia con la visione dell'illecito penale come 'mera disobbedienza', o 'atto di infedeltà'"<sup>78</sup>. È un'asserzione, questa, che risulta, probabilmente, storicamente forzata e ultronea rispetto allo scopo che persegue. Che la Costituzione italiana potesse essere mossa dall'intento di delineare una nozione di illecito penale contrapposta a quella impostasi in Germania all'epoca del nazionalsocialismo è un'illusione che potrebbe certamente reputarsi fondata se quel modello di reato avesse conosciuto nella nostra esperienza adesioni quantitativamente e qualitativamente significative. Poiché viceversa, salvo limitate eccezioni, le correnti che ne erano fautrici incontrarono un reciso rifiuto da parte della nostra letteratura, sempre incline a ravvisare il perno del reato nella lesione di un bene giuridico<sup>79</sup>, e non rinvennero alcun aggancio a livello di diritto positivo, pare problematico ipotizzare che i costituenti si siano fatti carico di un'istanza di questo tipo.

<sup>77</sup> Cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 39/30.

<sup>78</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 776.

<sup>79</sup> Emblematica è la ripulsa di tali orientamenti espressa da G. BETTIOL: cfr. ID., *Bene giuridico e reato* (1938), in G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, tomo I, Padova, 1966, p. 318 ss. e, in particolare, p. 325; ID., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), *ivi*, p. 388 ss., e, più specificamente, p. 397; ID., *Sistema e valori del diritto penale* (1940), *ivi*, p. 490 ss. e, segnatamente, p. 501 s.

Riconosce, del resto, alla dottrina italiana il merito di aver respinto "le tendenze illiberali montanti con e sotto il nazismo", sottolineando il ruolo fondamentale in tal senso svolto proprio da Bettiol, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 179 e nt. 14.

8.3. *La costituzionalizzazione dell'intero meccanismo delineato dai commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p. nell'impostazione di F. Bricola: conseguenze*

Quando si dice che, nell'impostazione di Franco Bricola, si possono rintracciare i segni che consentono di conferire al principio di offensività una rilevanza costituzionale, ci si deve giocoforza chiedere se l'intero meccanismo delineato dall'art. 49 c.p. (vi) trovi una copertura costituzionale. Occorre, in altri termini, affrontare *in medias res* il quesito se, costituzionalizzato il principio della necessaria lesività del reato, altrettanto valga per la possibile applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata a carico di chi abbia commesso un fatto tipico, ma non offensivo del bene giuridico penalmente tutelato.

Sul punto, bisogna discernere, nell'impostazione di Bricola, una presa di posizione *generale* da una orientata al *singolo problema*.

Sotto il primo profilo, si chiarisce come l'art. 25, comma 3, Cost. non valga a costituzionalizzare né le misure di sicurezza nella loro conformazione codicistica, né "il collegamento tra quasi reato e misure di sicurezza..."<sup>80</sup>.

Sotto il secondo profilo, viceversa, non si ravvisano ostacoli di carattere costituzionale, fatte salve le eccezioni indicate dall'Autore<sup>81</sup>, ad applicare una misura di sicurezza a carico del soggetto che ha realizzato un fatto tipico, ma non offensivo<sup>82</sup>.

Questo secondo passaggio è decisivo per dedurre che Bricola

<sup>80</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 781 e ivi nt. 1008.

<sup>81</sup> *Id est*, facendo salvi i casi nei quali il fatto è "espressione della libertà morale", ovvero le ipotesi nelle quali sottoporlo a misura di sicurezza darebbe luogo ad "un atto di intolleranza ideologica o di misconoscimento dei diritti delle minoranze o di mero disprezzo del valore delle persone": così F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 782, nt. 1010.

È evidente, nondimeno, che queste eccezioni – come emerge da quanto in séguito precisato dal compianto Autore – all'ordinaria (possibile) applicazione di una misura di sicurezza in costanza di un quasi reato, non si riferiscono alle ipotesi rientranti nella sfera applicativa dell'art. 49, cpv., c.p., ma a quelle ascrivibili a quella dell'art. 115 c.p.

<sup>82</sup> Si puntualizza, infatti, "che per un *falso grossolano* (corsivo aggiunto)... che riveli però una pericolosità dell'agente, non sussiste alcuno dei predetti ostacoli" – sott.: quelli richiamati alla nota che precede con riferimento all'art. 115 c.p. – "all'applicabilità della misura di sicurezza" (F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, *ibidem*, sempre nt. 1010).

non dubitava della sostanziale conformità alla Costituzione della risposta al reato impossibile desumibile dal combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p. Il che significa che anche in tale prospettiva costituzionale permaneva quell'antinomia fra l'innocuità del fatto e la sua sottoposizione a una sanzione penale, che non poteva che perpetuarne l'illiceità penale; e che, pertanto, pure in quest'ottica si palesasse quella stessa aporia, che abbiamo visto inficiare l'elaborazione di Neppi Modona<sup>85</sup>.

9. *Alla ricerca di un surrogato dell'argumentum libertatis: le soluzioni e i loro limiti*

Ha tutte le sembianze di un paralogismo un principio che, nato con l'intento-cardine di espungere dall'area dell'illiceità penale fatti carenti dei necessari requisiti di lesività, al tempo stesso ammette *aliunde* la possibilità di riportarveli. Anche al di là di questa constatazione epidermica, sono comunque le contraddizioni suscettibili di irradiarsi sul piano del complessivo sviluppo del principio di offensività ad attestarli nel modo più tangibile.

Procediamo dal c.d. *argumentum libertatis*<sup>84</sup>.

Fagocitata dalla sentenza 131/1979 della Corte Costituzionale l'idea che *tutti* i reati potessero comportare la privazione della libertà personale (per effetto dell'eventuale conversione della pena pecuniaria in pena detentiva *ex art. 136 c.p.*<sup>85</sup>), viene meno il fondamento giustificativo della pretesa di circoscriverne la portata ai soli fatti offensi-

---

Di qui il corollario che, a fronte dell'ipotesi del reato impossibile *ex art. 49, cpv., c.p.*, della quale il falso grossolano rappresenta un caso, evidentemente, paradigmatico, non sussiste alcun ostacolo di carattere costituzionale alla possibile applicazione di una misura di sicurezza, diversamente da quanto si è visto constare rispetto alla figura dell'art. 115 c.p.

<sup>85</sup> Non possiamo che rinviare, in argomento, alle considerazioni svolte *antea*, nel testo, ai parr. 3 e 4.

<sup>84</sup> Un'ampia analisi al riguardo, sfociante in conclusioni che – come si vedrà *infra* nel testo – non ci paiono condivisibili, si rinviene in V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 130 ss.

<sup>85</sup> Abbiamo già più volte sottolineato questo dato nelle pagine che precedono e non possiamo, pertanto, che farvi rinvio: cfr., in particolare, *antea*, il par. 6.1.

vi di beni costituzionalmente tutelati. Nondimeno, si cerca pervicacemente di tenere fermo quest'ultimo postulato, sottolineando come la qualificazione penale di un fatto reagisca in ogni caso su diritti fondamentali di rilevanza costituzionale<sup>86</sup>; aspetto, questo, che imporrebbe di tenere ferma l'esigenza che l'intervento penale abbia luogo solo a protezione di fatti offensivi di interessi costituzionalmente protetti.

Quali sono, dunque, questi diritti fondamentali che la stessa configurazione di un fatto come reato, in ragione delle conseguenze che ne discendono, sarebbe idonea ad intaccare? Si insiste, in primo luogo, sul pregiudizio alla reputazione che l'attivazione di qualsivoglia procedimento penale importerebbe per chi vi è sottoposto. Si fa leva, al riguardo, sul ruolo di previa stigmatizzazione sociale del singolo che compete al processo penale in sé e per sé, in quanto l'attenzione mediatica che si catalizza sul destinatario della domanda di pena finirebbe con il riverberarsi in termini negativi sulla sua immagine, fino a risolversi in una sorta di "pena informale" che lo investe indefettibilmente<sup>87</sup>. Si dà, inoltre, rilievo alle limitazioni alla libertà personale dell'imputato, che l'esecuzione del procedimento penale può comportare<sup>88</sup>. Da ultimo, non si manca di valorizzare talune perdite o limitazioni di *status*, che gli *effetti penali* della condanna possono determinare in capo a chi vi incappa<sup>89</sup>.

All'interno di questa congerie di *vulnera* – invero piuttosto eterogenei – che la qualificazione di un fatto come reato sarebbe suscettibile di irradiare comunque sui diritti fondamentali, la prima specie sembra esporsi a obiezioni più specifiche rispetto a quella, di carattere generale, che le accomuna nel loro complesso. Sostenere che la sola instaurazione a carico di taluno di un procedimento penale ne implichi una *deminutio* sotto il profilo dei suoi diritti fondamentali, per effetto del discredito sociale che la concentrazione mediatica sul fatto finisce con il proiettare su di lui, è affermazione nel suo complesso

<sup>86</sup> Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 141 s.

<sup>87</sup> Cfr. V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 140 s.

Valorizza questo stesso aspetto A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, III ed., Torino, 2006, p. 309 s.

<sup>88</sup> Cfr., al proposito, le indicazioni fornite da V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 142 ss.

<sup>89</sup> Se ne può vedere l'ampio quadro tracciato da V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 146 ss.

inesatta. Al di là del suo reggersi su un'argomentazione di mero *fatto* e non di *diritto*, essa risulta *empiricamente* infondata. Accreditati studi sui rapporti fra diritto penale e *mass-media* hanno evidenziato come all'interno di questi ultimi operino fattori atti a catalizzare l'attenzione su determinati fatti di reato e sui relativi processi; e a distoglierla, per converso, da altri<sup>90</sup>. Senza contare, poi, che il fatto di ipotizzare, pur nell'era mediatica, che di ogni procedimento penale venga a conoscenza l'intera opinione pubblica, è assunto non meno irrealistico di quello, in altra sede esaminato<sup>91</sup>, secondo il quale la commissione di ogni fatto di reato avrebbe la capacità di imprimersi (e di permanere) nella memoria dell'intera collettività.

Quanto, invece, all'asserita incidenza di tutti questi elementi, valutati nella loro globalità, su diritti fondamentali di rilievo costituzionale, ci pare che l'argomento provi troppo a fronte dell'integrale costituzionalizzazione del principio di offensività rinvenibile nell'impostazione bricoliana. Vero che essa investe, come si è avuto modo di appurare<sup>92</sup>, l'intera sequenza cristallizzata nei commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p., resta con ciò assodato che questa estenda i propri effetti anche alla possibilità di applicare la *misura di sicurezza della libertà vigilata* (art. 228 c.p.) a carico di chi ha realizzato un fatto sì tipico, ma non offensivo. Ora, se già una coerente applicazione del principio di offensività ammette, anche in una prospettiva costituzionale, una parziale compressione *del diritto fondamentale della libertà personale, è contraddittorio e paradossale ritenere che un siffatto principio possa, poi, rinvenire la propria ragion d'essere nell'intangibilità dei diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti, in sé e per sé considerati*. Detto in altri termini: non ha senso alcuno legittimare un principio *in nome della pienezza di quei diritti, che proprio la sua coerente applicazione può portare... a restringere*.

---

<sup>90</sup> D'obbligo, sull'argomento, il rinvio a C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, p. 306 s.

<sup>91</sup> Ci permettiamo di rinviare, sul punto, a M. MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, Torino, 2008, p. 83 s.

<sup>92</sup> Ci limitiamo a rinviare a quanto esposto al par. 8.3.

10. *Giudizio interlocutorio sul principio di offensività*

Si possono, a questo punto, sintetizzare – a mo' di interludio – i risultati essenziali della disamina finora condotta intorno al principio di offensività e, con ciò stesso, al primato indiscusso che la sua vigenza finirebbe con l'assegnare, nella struttura del reato, al disvalore di evento<sup>93</sup>.

Rimarcata l'impossibilità di rinvenirne il fondamento nell'art. 49, c.pv., c.p., per via dell'incongruità insita nel sottoporre l'autore di un fatto tipico ma non offensivo alla possibile misura di sicurezza prevista dal quarto comma del medesimo, e constatato il riproporsi di tale antinomia anche nel quadro di una trasposizione in chiave costituzionale del principio in parola, altro non resta che attribuire alla disposizione sul reato impossibile un significato più consono alla sua storia reale. Il che è possibile soltanto riportandone la valenza entro la cornice di quelli che, storicamente, sono stati il suo luogo di emersione e la sua ragion d'essere: il c.d. tentativo impossibile<sup>94</sup> e la predisposizione di un mezzo preventivo idoneo a neutralizzare la pericolosità soggettiva che il suo autore, realizzandone gli estremi, aveva svelato<sup>95</sup>. Ciò consente di cogliere la genesi dell'art. 49 c.p. e, specificamente, della misura di sicurezza che si statuisce come applicabile all'autore del reato impossibile come (una) conciliazione fra le concezioni oggettive e soggettive dominanti, all'epoca dell'emanazione del codice vigente, in materia di *tentativo*<sup>96</sup>; di interpretare la misura di sicurezza irrogabile a chi aveva posto in essere un tentativo inidoneo, *ergo* un reato impossibile, come una risposta di segno preventivo alla pericolosità soggettiva che quel comportamento esprimeva; e, conclusivamente, di collocare la disciplina dei commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p. nel loro effettivo ambito di afferenza, vale

<sup>93</sup> Ci riferiamo sempre ad A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno a oggettivismo e soggettivismo*, cit., sub nt. 9, loc. cit.

<sup>94</sup> Cfr., sul punto, W. VALSECCHI, *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, cit., p. 70 s.

<sup>95</sup> Questo è, appunto, il problema che W. VALSECCHI (*op. ult. cit.*, p. 176) si trova ad affrontare e rispetto al quale suggerisce, *de lege ferenda*, i mezzi esaminati *supra*, al par. 5.

<sup>96</sup> Cfr., sul tema, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Art. 49/22.

a dire quello esclusivamente proprio del *tentativo*. Ciò che implica, *a contrario*, il rigetto di quella velleità di rinvenirvi un principio generale della teoria del *reato*, che i fautori della concezione realistica del reato e tutti coloro che ne hanno proposto una declinazione in termini di offensività hanno, in prosieguo di tempo, coltivato.

Di qui un ineludibile interrogativo: si può, alla luce delle considerazioni finora svolte, liquidare il principio di offensività come il prodotto di un'elaborazione teorica inficiata da un'aporia sistematica suscettibile di svellerne le basi, se sviluppato secondo le argomentazioni desumibili a livello di legge ordinaria; e/o come il frutto di riflessioni che, oltre a condividere questo vizio di fondo, non sono più allineate – da tempo<sup>97</sup> – al dato normativo sul quale erano calibrate, avendo riguardo alla sua pretesa dimensione costituzionale? Si tratta – è appena il caso di notarlo – di un quesito di importanza decisiva rispetto al dato dal quale siamo partiti, ossia quello del primato indiscusso del disvalore di evento nella struttura del reato, in quanto il ruolo fondante giocatovi dal principio di offensività ne costituisce il *prius* indefettibile.

Ogni risposta a questa domanda, allo stato attuale delle riflessioni sviluppate, non potrebbe che risultare prematura e incompleta. Essa richiede, infatti, uno sforzo di storicizzazione che sarà possibile portare a pieno compimento soltanto dopo che si saranno verificate le prestazioni che il principio di offensività è stato, comunque, in grado di assicurare allo sviluppo e alla maturazione della nostra cultura penalistica.

---

<sup>97</sup> Ossia a far data dalla sentenza 131/1979 della Corte Costituzionale, più volte ricordata, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale – appunto – dell'art. 136 c.p., che disponeva la conversione delle pene pecuniarie ineseguite in pene detentive. Ciò che ha arrecato un *vulnus* irreparabile all'*argumentum libertatis*, fino a quel momento impiegato come piattaforma teorica diretta a sorreggere l'assunto che il reato andava circoscritto ai soli fatti lesivi di beni costituzionalmente protetti. Falla, questa, che neppure gli sforzi interpretativi, di cui si è dato conto al par. 9, sono valsi a tamponare.



## SEZIONE II

11. *Il contributo della c.d. concezione realistica del reato al superamento del muro divisorio fra colpevolezza e conoscenza dell'illeceità penale del fatto (commesso): la posizione di M. Gallo*

Ha avuto ricadute importanti sul piano della colpevolezza, intesa in questo contesto ancora nella sua accezione psicologica, la scissione fra tipicità e offesa patrocinata dalla concezione realistica del reato. Più precisamente, si può dire che quest'ultima abbia apportato un contributo significativo nell'arricchire di contenuti una nozione di dolo che, prima della sua elaborazione, sotto questo aspetto appariva esangue.

Se ne può rinvenire una nitida prova nei corollari che, proprio in tema di dolo, da quest'impostazione sono stati tratti da Marcello Gallo<sup>98</sup>.

Si ravvisa, in questo senso, nell'art. 49, cpv. c.p., letto secondo le cadenze che ne fanno la norma codificatrice, a livello di legge ordinaria, del principio di offensività, la legittimazione della possibile cesura tra conformità del fatto al tipo e offesa al bene giuridico, traendone la logica conseguenza che non possa esservi reato – per “inidoneità dell'azione”<sup>99</sup> – quando il fatto, ancorché tipico, non è lesivo dell'interesse protetto<sup>100</sup>. Elevata l'offesa a requisito costitutivo del fatto, se ne evince la necessità che anch'essa, al pari degli altri elementi che lo compongono, debba formare oggetto del dolo. E si viene per tale via a rimuovere, più a fatti che a parole (lo vedremo), il diaframma che, sotto la vigenza dell'originaria versione dell'art. 5 c.p., separava la colpevolezza dalla coscienza dell'illiceità penale del fatto commesso<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Si rinvia, sul punto, a M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, in particolare p. 776 ss.

<sup>99</sup> Per questa lettura della relativa espressione, contenuta nell'art. 49, cpv., c.p., cfr. M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, cit., p. 787.

<sup>100</sup> Cfr. M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, loc. ult. cit.

<sup>101</sup> Scolpisce nitidamente il significato dell'art. 5, nella versione anteriore all'intervento della sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, rispetto alla teoria generale del reato M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, I ed., Milano, 1987, sub 5/3.

È vero che Marcello Gallo negava espressamente che la rilevanza da lui assegnata alla consapevolezza dell'offesa collidesse in qualsivoglia modo con la formulazione dell'art. 5 c.p. dell'epoca<sup>102</sup>. È parimenti incontestabile, nondimeno, che la conoscenza dell'offesa, da lui postulata come indispensabile per la sussistenza del dolo, doveva investire "momenti di fatto" connotati di specifico "significato nei confronti delle situazioni di interessi garantite dalla legge"<sup>103</sup>. Ora, quale che sia la denominazione che si ritiene più appropriata per l'impostazione di Gallo<sup>104</sup>, resta nondimeno incontestato (il rilievo) che il passaggio dalla conoscenza del sostrato fattuale della fattispecie a quello della sua specifica lesività giuridica – *ergo*, dell'offesa – in tanto può aver luogo, in quanto i reati della cui conoscenza si tratta rientrano nel novero dei c.d. delitti *naturali*. Corrispondano, cioè, a *Kulturnormen* elaborate e condivise dalla comunità sociale di riferimento. Ciò laddove questo passaggio non è evidentemente possibile rispetto ai reati di *mera creazione legislativa*, posto che in questi ultimi non è possibile la conoscenza della loro illiceità penale senza la mediazione (di quella) della norma che ne segna la genesi<sup>105</sup>.

Ferma restando questa conclusiva valutazione della teorica sviluppata da Marcello Gallo, agganciandosi proprio alle indicazioni sulla necessaria lesività del reato tratte dall'art. 49, comma 2, c.p., va comunque riconosciuto a suo indiscutibile merito quello di avere compiuto un primo passo in direzione del superamento di quel rapporto di separazione assoluta fra la norma penale e il suo destinatario, che proprio l'originaria formulazione dell'art. 5 c.p. aveva elevato a barriera invalicabile<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> Cfr., infatti, M. GALLO, *Dolo (dir. pen.)*, cit., p. 789.

<sup>103</sup> In questi termini M. GALLO, *op. ult. cit. loc. cit.*

<sup>104</sup> Per i richiami a quelle voci della nostra dottrina inclini ad accostare la costruzione di M. Gallo alla *Vorsatztheorie* invalsa nella letteratura tedesca cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 516 e nt. 29; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, III ed., cit., sub Art. 10/43.

<sup>105</sup> Questo limite della concezione di Marcello Gallo era già stato evidenziato da D. PULITANÒ, voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, vol. XX, Milano, 1970, p. 35. Nello stesso senso, per tutti, cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, III ed., cit., sub Art. 43/11.

<sup>106</sup> Rinviamo di nuovo alla situazione scaturente dalla previgente versione dell'art. 5 c.p., nei termini scolpite da M. ROMANO, *Commentario sistematico del*

12. *Possibili interrelazioni fra offensività e colpevolezza nella Teoria generale del reato di F. Bricola*

Di rilievo ancor più pregnante, per lo sviluppo e il taglio costituzionale delle argomentazioni che lo sorreggono, è il contributo alla futura delineazione del principio di colpevolezza rinvenibile nella *Teoria generale del reato* di Franco Bricola.

In un'epoca nella quale la Corte Costituzionale era ben lontana dal disancorarsi da una lettura del principio della personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, comma 1, Cost., nel suo significato minimo di mero divieto di responsabilità per fatto altrui<sup>107</sup>, l'opera di Bricola si fa apprezzare per aver condiviso e puntellato con significativi spunti del tutto personali gli indirizzi inclini ad una valorizzazione del principio di colpevolezza in forza del coordinamento sistematico fra i commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.<sup>108</sup> In particolare, le va riconosciuto il merito di aver partecipato alla diffusione di un *Leitmotiv* determinante per il successivo affermarsi del *nulla poena sine culpa* e, soprattutto, per la dichiarazione di illegittimità costituzionale della versione originaria dell'art. 5 c.p.<sup>109</sup>: quello sulla base del quale non si poteva attribuire alcuna funzione rieducativa ad una pena applicata nei confronti di chi aveva violato una norma penale senza essere fornito, preventivamente, della *possibilità di venirne a conoscenza*<sup>110</sup>.

In tempi non ancora maturi per la declinazione di questa esigenza come contenuto indefettibile del principio di colpevolezza, in quanto approdo coerente della lettura sistematica dei commi 1 e 3

---

*codice penale. I*, nella prima edizione citata alla nota 84, *sub* Art. 5/3.

<sup>107</sup> Lo stato delle opinioni espresse fino a quel momento dalla Corte Costituzionale sulla portata dell'art. 27, comma 1, Cost. si trova emblematicamente sintetizzato da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 684, nt. 627.

<sup>108</sup> Cfr. sempre F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., in particolare p. 695.

<sup>109</sup> Il collegamento fra il primo e il terzo comma dell'art. 27 Cost. rappresenta, infatti, l'asse portante lungo il quale si è snodato l'intero percorso argomentativo seguito dalla sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale.

<sup>110</sup> Sul riconoscimento di questa esigenza insiste F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 687 ss.

dell'art. 27 Cost.<sup>111</sup>, non stupisce che questa necessità di concepire il fatto di reato in termini funzionali alle finalità (anche<sup>112</sup>) rieducativa, che la pena irroganda doveva assolvere, sia stata sviluppata su un terreno immune dalle preclusioni, che l'allora vigente art. 5 c.p. poneva al suo soddisfacimento sul versante della colpevolezza.

Impercorribile questa via, si è operata una traslazione dell'esigenza che la realizzazione del reato fosse, comunque, in grado di giustificare la rieducazione del suo autore, facendola reagire sul piano della *struttura* del medesimo<sup>113</sup>. Perché, d'altra parte, questa potesse adempiere a tale compito, se ne postulava l'aderenza a quel modello di reato radicato sull'effettiva offesa al bene protetto, la ricorrenza della quale era *l'unico* elemento in grado di legittimare un'istanza rieducativa nei confronti di chi ne avesse integrato gli estremi. Di fatto, attraverso la conformazione del fatto in termini di effettiva lesione di un bene protetto, se ne recuperava, sul piano oggettivo, la possibilità di comunicare ai destinatari del relativo precetto la sua illiceità penale. Ciò che significava, *ex adverso* e in via indiretta, procurare agli stessi quella possibilità di conoscerne l'illiceità (penale), cui la disciplina dell'epoca in materia di *ignorantia iuris* non annetteva rilievo in sede di colpevolezza. Si potrebbe, quindi, essere tentati di dire – se non ci fosse il rischio di stravolgere l'impostazione del reato consegnata alla cultura contemporanea da Franco Bricola nella sua *Teoria generale*, impietosamente aggravato dall'impossibilità di riceverne conferme o smentite a causa della Sua prematura scomparsa – che la delineazione del volto necessariamente *offensivo* del reato abbia potuto operare anche come avamposto di quella pretesa *oggettiva* possibilità di conoscenza dell'illiceità penale del fatto<sup>114</sup>, che i tempi non erano ancora pronti a recepire; sì che soltanto la sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale l'ha

<sup>111</sup> Per un quadro della giurisprudenza costituzionale dell'epoca, rinviamo ai richiami contenuti, immediatamente sopra, nella nt. 90.

<sup>112</sup> Ricordiamo, al proposito, l'adesione a una concezione polifunzionale della pena manifestata da F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, in particolare p. 773 e 775.

<sup>113</sup> Cfr. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 770.

<sup>114</sup> Sulla quale Bricola si sofferma più volte, nel delineare un'interpretazione dell'art. 27, comma 1, Cost., che postuli la ricorrenza di un fatto, oltre che *proprio* dell'agente, anche *colpevole*, sì da legittimare la funzione *rieducativa*, che la pena è tenuta a svolgere nei suoi confronti.

fatta assurgere ad elemento imprescindibile della *colpevolezza*. Per le ragioni testé indicate, peraltro, confiniamo questa lettura nei limiti di una semplice *congettura*, ché asseverarla la trasformerebbe in un arbitrio.

13. *Il dibattito sui reati di pericolo astratto negli orizzonti del principio di offensività e di quello di colpevolezza: uno sguardo all'esperienza tedesca*

Va incontro sicuramente a remore di minor rilievo la constatazione che, con riferimento alla problematica sollevata dai reati di pericolo astratto, la valorizzazione del principio di offensività e dei suoi contenuti, specie se connotati da una valenza costituzionale, abbia da noi – e, quindi, anche nell'impostazione bricoliana – svolto la funzione di succedaneo all'impiego, altrove già ben collaudato, del principio di colpevolezza.

A fronte di un fatto conforme alla fattispecie di pericolo tipizzata dal legislatore, ma carente di un effettivo coefficiente di pericolosità nei confronti del bene protetto, il ricorso all'art. 49, cpv., c.p. consente, in via *interpretativa*, di circoscriverne la latitudine applicativa ai soli casi nei quali la sua messa in pericolo sia realmente presente<sup>115</sup>. Ciò, naturalmente, nei limiti in cui questo adattamento ermeneutico non si traduca in una radicale trasformazione di un reato a pericolo "*presunto*"<sup>116</sup> in un reato a pericolo concreto. Ché, ove si dia un'eventualità di questo tipo, soltanto una dichiarazione di illegittimità costituzionale della relativa norma (incriminatrice), fondata su quel principio di offensività del quale si assume intervenuta la costituzionalizzazione, potrà neutralizzare – espungendole dall'ordinamento – l'intervento di ipotesi normative costruite su un pericolo per l'interesse tutelato concretamente inesistente<sup>117</sup>.

Innegabile il servizio che l'elaborazione del principio di offen-

<sup>115</sup> Mette a fuoco questo procedimento e le sue effettive possibilità di applicazione F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 783 ss.

<sup>116</sup> Cfr. F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 787.

<sup>117</sup> Per questo rilievo cfr. sempre F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 788.

sività, sia nella sua versione di legge ordinaria sia in quella costituzionale, ha apportato alla discussione sull'ammissibilità dei reati di pericolo astratto, rimangono inalterati tutti i dubbi e le riserve – in precedenza segnalati – che l'orditura intrinseca di tale principio suscita.

Sicché, una volta riconosciuto che l'utilizzo di questo strumento fosse l'unica via percorribile per confrontarsi con questa problematica nell'epoca alla quale risale la *Teoria generale del reato* di Franco Bricola, ciò non significa ancora che questo debba valere anche oggi.

Suggerisce un approccio diverso al tema la linea seguita, fin da periodi risalenti, nella letteratura tedesca.

La disamina critica delle fattispecie di pericolo astratto è spesso incentrata, al suo interno, sul loro rapporto con il principio di colpevolezza. Che lo *Schuldprinzip*, nelle diverse articolazioni delle quali si compone, possa aver giocato un ruolo spesso decisivo in questo dibattito, contrariamente ai rari accenni al proposito che vi si rinvencono nella nostra esperienza<sup>118</sup>, è un dato che non può sorprendere, qualora se ne consideri il ben più maturo grado di consolidamento, che esso ha conosciuto in quel contesto<sup>119</sup>.

Il nodo dal quale prende l'abbrivio il tema della conciliabilità dei

<sup>118</sup> Uno di questi rari esempi si può rinvenire in M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, cit., p. 1422, nt. 16.

<sup>119</sup> Pecca allora per eccesso – prima ancor di essere inesatta – l'affermazione che il principio di offensività avrebbe rappresentato un importante “elemento di novità” nella nostra esperienza, in quanto avrebbe consentito di padroneggiare problematiche “altrove” affrontate mediante il ricorso ad altri percorsi ermeneutici; e lo stesso giudizio vale con riferimento all'ulteriore precisazione che nel loro ambito sarebbero stati da iscrivere proprio quei nodi rappresentati dai “reati di pericolo astratto...”, che la letteratura tedesca problematizza sotto il profilo dello *Schuldprinzip*: così V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 46 e nt. 14.

In realtà, il fatto stesso di accreditare il principio di offensività come un mezzo nuovo, atto a raggiungere in via *alternativa* risultati altrove ottenuti mediante strumenti diversi, autorizza l'impressione che quei medesimi esiti potessero essere conseguiti da noi mercé il ricorso a tali ultimi strumenti.

Il che, evidentemente, non è, posto che la valenza costituzionale del principio di colpevolezza ha formato oggetto di esplicito riconoscimento, nella nostra esperienza, con un ritardo di più di ... un quarto di secolo rispetto a quanto avvenuto in Germania. *Rebus sic stantibus*, non è esatto individuare nel principio di offensività uno strumento realmente nuovo e alternativo rispetto (alle prestazioni connesse) al principio di colpevolezza. Più corretto appare, invece, rinvenirvi i tratti di un succe-

reati di pericolo astratto con il principio di colpevolezza è costituito dal fatto che in tali fattispecie l'evento, sulla probabile verificazione del quale si fonda il giudizio di pericolosità di una data condotta espresso dal legislatore, non è coperto né dal dolo, né dalla colpa del suo autore. Il caso paradigmatico addotto ad esempio – nella trattazione della problematica dei reati di pericolo astratto da questa specifica angolazione – è quello del previgente § 330 a (omologo dell'attuale § 323 a) StGB, oggetto di un dettagliato esame, nella prospettiva or ora indicata, da parte di Arthur Kaufmann<sup>120</sup>. La norma in questione colpisce chi si pone, dolosamente o colposamente, in uno stato di piena ubriachezza, quando in questa condizione “commette un fatto antigiuridico e non può essere punito a causa del fatto che non è imputabile o che ciò non è da escludere”<sup>121</sup>. Il punto cruciale dato dall'esclusione di qualsivoglia presenza del dolo o della colpa del soggetto rispetto al fatto commesso in stato di ubriachezza non si lascia eludere, in questo caso, mediante il ricorso allo schema dell'*actio libera in causa*, perché questo presupporrebbe che la “precolpevolezza”, nelle forme del dolo o della colpa, presente nel momento in cui l'agente si pone in stato di ubriachezza, fosse risultato

---

daneò destinato ad operare – almeno parzialmente – *in luogo* di uno *Schuldprinzip* ancora ben lungi dal rinvenire un proprio riconoscimento.

<sup>120</sup> Cfr. Arth. KAUFMANN, *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, in *Juristenzeitung*, 1963, p. 425 ss.

<sup>121</sup> Questa è la versione del par. 323 a StGB attualmente vigente. Il testo originario del § 330 a ricomprendeva soltanto i casi nei quali, in conseguenza del proprio stato di ubriachezza, l'agente si fosse trovato in una condizione di totale inimputabilità. Ciò nonostante, non erano mancati tentativi giurisprudenziali di estendere l'applicazione della disposizione anche alle ipotesi nelle quali risultasse soltanto *dubbio* se il soggetto *de quo* fosse effettivamente non imputabile, oppure se (effettivamente) la sua imputabilità fosse diminuita in modo rilevante (se ne possono vedere i riferimenti in Arth. KAUFMANN, *Unrecht und Schuld beim Delikt*, cit., p. 427).

A ciò era stato correttamente obiettato che estendere l'applicazione di una fattispecie, ritagliata sulla *sola* evenienza che l'autore, in conseguenza del suo stato di ubriachezza, fosse *effettivamente* non imputabile, alla ben diversa ipotesi nella quale constasse la mera *possibilità* di uno stato di inimputabilità avrebbe comportato la violazione del divieto di analogia, costituzionalmente garantito dall'Art. 103, II, *Grundgesetz* (così Arth. KAUFMANN, *op. ult. cit., ibidem*). L'attuale tenore del par. 330 a StGB, estendendo il suo raggio di operatività anche alle costellazioni di casi nelle quali la non imputabilità dell'agente è soltanto possibile, ha definitivamente rimosso i dubbi di costituzionalità appena esposti.

comunque riferito ad un reato *determinato*. Il che, stante l'assoluta *indeterminatezza* dei reati della cui commissione si tratta nel quadro dell'attuale § 323 a (e del previgente § 330 a), non è<sup>122</sup>.

Quanto al modello di reato adombrato dal § 323 a (a suo tempo §330 a) StGB, Arthur Kaufmann, respinta la sua riconduzione allo schema del (reato di) pericolo concreto<sup>123</sup>, ne esamina la configurazione in termini di reato di pericolo *astratto* per saggiarne la compatibilità con lo *Schuldprinzip*<sup>124</sup>. Poiché se ne postula l'osservanza solo quando vi sia congruenza fra piano dell'*illecito* e piano della colpevolezza, sì che quest'ultima ricomprenda tutti gli elementi del primo, il caso dell'allora 330 a StGB si presenta denso di problemi. La relativa fattispecie – come, del pari, quella prevista dall'attuale § 323 a StGB – richiede, infatti, che il dolo o la colpa investano soltanto il momento nel quale il soggetto si pone nello stato di ubriachezza.

Nulla, invece, consente di estenderne la portata al pericolo della commissione di un reato in quello stato (il c.d. *Rauschatbestand*), questo risultando, fra l'altro, *ex ante* del tutto indeterminato. Ciò in quanto il baricentro di tale incriminazione, in piena coerenza con la sua ricostruzione in guisa di (reato di) pericolo astratto, è esclusivamente polarizzato sulla *generale* pericolosità insita nella condotta di ubriacarsi<sup>125</sup>. Si realizza, per tale via, quella cesura fra illecito e colpevolezza che preclude, nell'impostazione di Arthur Kaufmann, il rispetto del principio di colpevolezza. Il che deriva dal fatto che ad essere oggetto della colpevolezza è soltanto una porzione dell'illecito, laddove l'altra – in questo caso, il fatto commesso in stato di ubriachezza – vi rimane estranea. Se, pertanto, ci si chiede quale sia il criterio d'imputazione al soggetto di questo ulteriore segmento dell'illecito, integrato – lo si ripete – dal reato commesso in stato di ubriachezza, non vi sono esitazioni a ravvisarlo nel vetusto canone del *versari in re illicita*<sup>126</sup>. E la contraddizione di palmare evidenza con il principio di colpevolezza emerge proprio perché questa seconda porzione del fatto descritto dalla seconda parte dell'Abs. 1 del § 330 a (oggi 323 a)

<sup>122</sup> Cfr. Arth. KAUFMANN, *Unrecht und Schuld beim Delikt*, cit., pp. 431-432.

<sup>123</sup> Cfr. Arth. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 432.

<sup>124</sup> Il problema è esaminato da Arth. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 432 s.

<sup>125</sup> Cfr. sempre Arth. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 432.

<sup>126</sup> Cfr. Arth. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 427.



StGB è assolutamente decisiva per la punibilità dell'ubriachezza, la quale, in mancanza del reato commesso sotto il suo influsso, resterebbe penalmente irrilevante. Sicché l'oggetto della colpevolezza viene amputato proprio della sua componente più significativa ai fini (della sussistenza) dell'illecito. Nessuna meraviglia, pertanto, se un'ipotesi come questa viene pianamente classificata tra quelle di *Erfolgshaftung*, ossia di responsabilità oggettiva *tout court*<sup>127</sup>.

Se vi è un aspetto che, più degli altri, merita di essere sottolineato nell'approccio alla tematica dei reati di pericolo astratto riscontrabile in Arthur Kaufmann, ci sembra che questo sia da individuare nella specifica collocazione che segnatamente al pericolo, in questa costellazione di ipotesi, si viene ad assegnare. Se è vero che lo si esclude dal *Tatbestand*, ché un'inclusione nella sua struttura come elemento costitutivo verrebbe a dar vita *eo ipso* ad un reato di pericolo concreto laddove il suo ruolo è – solo – quello del *motivo* che ha indotto il legislatore a confezionarlo<sup>128</sup>, nondimeno non lo si estromette dall'*illecito*. Di qui il corollario della necessità, agli effetti di quella congruenza fra colpevolezza e illecito che Arthur Kaufmann reputa essenziale per l'osservanza dello *Schuldprinzip*, che anch'esso formi oggetto della colpevolezza.

Quale impatto poteva avere la recezione di queste ricostruzioni dei reati di pericolo astratto e dei loro rapporti con il principio di colpevolezza nella nostra esperienza? Certamente nessuno, finché da noi il principio di colpevolezza non è stato costituzionalizzato (per il tramite delle sentenze 364/1988 e 1085/1988 della Corte Costituzionale).

Da quel momento in poi, peraltro, il quadro è cambiato e certi spazi per queste impostazioni, prima preclusi, sembrano ora suscettibili di schiudersi. Si pensi ad un caso "classico", per quanto variamente "edulcorato"<sup>129</sup>, di un reato di pericolo astratto, come l'incen-

<sup>127</sup> Questa è la conclusione alla quale perviene Arth. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 430 s., esaminando varie proposte di lettura del(l'allora) § 330 a, avanzate nella letteratura tedesca anteriore al suo contributo.

<sup>128</sup> Per questa puntualizzazione cfr. di nuovo Arth. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 432.

<sup>129</sup> Laddove i correttivi per giungere a una ricostruzione di questo delitti in termini non distanti da quelli postulati dal (modello del) pericolo concreto vengono raggiunti attraverso un'elaborazione giurisprudenziale – esemplificativamente – del

dio di cosa altrui (art. 423, comma 1, c.p.)<sup>130</sup>. Nessun dubbio, ovviamente, circa il fatto che il pericolo per la pubblica incolumità, *id est* per un numero indeterminato di persone<sup>131</sup>, sia la *ratio* dell'incriminazione e non rientri fra gli elementi costitutivi del fatto. Quando, tuttavia, in giurisprudenza si definisce l'elemento materiale della fattispecie in parola, si precisa che il fuoco-incendio deve essere contrassegnato da caratteristiche tali da comportare il pericolo per l'incolumità pubblica<sup>132</sup>, vale a dire il numero indeterminato di persone di cui si è appena detto sopra. In sede di oggetto del dolo, viceversa, prevale la tendenza a circoscriverne la portata al solo fatto dell'incendio<sup>133</sup>. Ora, se e nella misura in cui risulti una dissociazione tra il fatto materiale riportato nella sfera di operatività dell'art. 423 c.p. e l'oggetto del dolo necessario alla sua integrazione, nel senso che al primo siano necessarie una qualità e/o una quantità di dettagli *non* richiesti per la sua imputazione in forma dolosa, saremmo in presenza di quella dissociazione fra illecito e colpevolezza, che si traduce in una violazione del principio di colpevolezza.

Anche a voler considerare ostativa, rispetto alla recezione della concezione di Arthur Kaufmann e agli effetti che ne seguono, la *doppia* posizione che viene ad occupare l'elemento del pericolo nelle fattispecie di pericolo astratto, sì da essere – parimenti – componente *esterna* riguardo al fatto e *interna* con riferimento all'illecito, non pare che questa criticità possa essere di per sé sufficiente a negare il contrasto fra le ipotesi di pericolo astratto e il principio di colpevolezza.

Ci sembra, in particolare, che detta incompatibilità – quali che siano i modi per uscirne e i loro limiti<sup>134</sup> – si stagli in modo *tran-*

---

concetto stesso di incendio, idoneo ad assicurarne quel margine di effettiva pericolosità, cui la fattispecie astratta dell'art. 423, comma 1, c.p. non consentirebbe di pervenire. Cfr., in argomento, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, III ed., cit., sub Pre-Art. 39/112.

<sup>130</sup> Interpretano il delitto di cui all'art. 423, comma 1, c.p. in termini di reato di pericolo astratto G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. g., cit., p. 174.

<sup>131</sup> In questo senso Cass., Sez. I, 60/098461.

<sup>132</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 86/174951.

<sup>133</sup> Così Cass., Sez. I, 98/211607.

<sup>134</sup> Un accenno alla questione si rinviene in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, III ed., cit., sub Pre-Art. 39/117.

*chant* qualora si mettano a confronto i contenuti del principio di colpevolezza, nella forma che se ne può considerare accolta (anche) nella nostra esperienza, e le caratteristiche di tali fattispecie. Posto che, modulata secondo i canoni della sua concezione normativa, la colpevolezza rinviene il suo nucleo essenziale nella *rimproverabilità* al suo autore del fatto commesso, non ci possono essere esitazioni nel ravvisarne il conflitto con modelli di incriminazioni che, sorte per prevenire determinati pericoli, colpiscono i loro trasgressori anche quando i pericoli *de quibus* sono completamente assenti; sicché non vi è alcun rimprovero che possa essere posto a loro carico. Asseverato dalla funzione rieducativa che l'art. 27, comma 3, Cost. assegna alla pena, non c'è alcun motivo per il quale questo assunto debba essere impiegato per corroborare – solo – quel principio di offensività, di cui si sono evidenziati, più sopra, tutti gli aspetti problematici; e non possa, viceversa, essere utilizzato a sostegno della concezione normativa della colpevolezza, rispetto all'essenza della quale modelli di reato in tal modo strutturati si pongono in insanabile conflitto.

Che, d'altra parte, questa diversa chiave di lettura dei problemi di costituzionalità posti dai reati di pericolo astratto abbia potuto legittimarsi, da noi, soltanto dopo la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, operato attraverso le sentenze della Corte Costituzionale 364 e 1085 del 1988, traspare in modo lampante dalle prese di posizione della letteratura più sensibile sul punto. Dapprima presentato come il prodotto esclusivo delle riflessioni di un'esperienza, quella tedesca, che già da lungo tempo si riconosceva nel principio di colpevolezza<sup>135</sup>, il sospetto di una possibile incostituzionalità dei reati di pericolo astratto sotto questo profilo *anche* nel nostro ordinamento è stato adombrato, da quella medesima letteratura, solo *dopo* le sentenze della Corte Costituzionale del 1988, alle quali si è dianzi accennato<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Cfr., sul punto, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, I ed., cit., sub Pre-Art. 39/110.

<sup>136</sup> Cfr. infatti, ora, sul medesimo tema M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, III ed., cit., sub Pre-Art. 39/114.

14. *Le effettive “prestazioni” del principio di offensività*

Sempre muovendo da quel preteso ancoraggio indispensabile al disvalore di evento, che si vuole essenziale alla salvaguardia del principio di offensività, sia consentito spendere ora qualche parola sulle *effettive prestazioni* che questo principio, *sub specie* di canone di politica criminale<sup>137</sup>, ha effettivamente offerto.

A proposito dei suoi riscontri nella realtà del diritto positivo, è molto più facile trovare indicazione dei casi e delle materia che ne attestano il mancato rispetto. Emblematico, al riguardo, il richiamo alla normativa in materia di divieto di maltrattamenti di animali, di cui alla l. 189/2004<sup>138</sup>, così come ad altre fattispecie che si giudicano contrastanti con le sue prescrizioni<sup>139</sup>.

*In cauda venenum*, non è forse inutile sottolineare che esistono anche riforme legislative relativamente recenti, oggetto di critiche tanto aspre, quanto quasi unanimi, nella nostra letteratura, che si possono presentare, almeno parzialmente, come il frutto di una piena recezione dello stesso principio di offensività.

Il pensiero corre alla riforma dei reati societari realizzata a mezzo d.lgs. 61/2002. Si tratta di un intervento normativo intorno al quale si è coagulata un'estesissima area di dissenso in tutti coloro, salvo eccezioni davvero rare, che se ne sono occupati.

Eppure, non si può sottacere che la riforma sia stata condotta, secondo gli stessi intenti dei suoi promotori, nel segno dell'attuazione del principio di offensività. Non è casuale che nella relazione sul relativo disegno di legge<sup>140</sup>, a supporto dell'intento di circoscrivere il novero delle condotte penalmente rilevanti, compaia il richiamo al principio di offensività sia nella sua dimensione costituzionale; sia, soprattutto, nella sua valenza di principio di legge ordinaria, ricorrendosi, a tale ultimo scopo, alla spendita

<sup>137</sup> Su questa specifica valenza del principio di offensività si concentrano, del resto, i primi tre Capitoli della monografia di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit.

<sup>138</sup> Sulla quale si sofferma V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 123 ss.

<sup>139</sup> Per i relativi richiami si rimanda ancora a V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 122.

<sup>140</sup> Cfr. *Relazione del deputato Gaetano Pecorella sul disegno di legge n. 1137, in materia di reati societari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 677.

del nome di un suo “padre nobile”, come (quello di) Guido Nepi Modona<sup>141</sup>.

È appena il caso di sottolineare, poi, come uno degli strumenti impiegati dalla riforma per restringere l’area del penalmente rilevante, nell’ambito delle falsità di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., sia stato specificamente il ricorso alle c.d. soglie di punibilità (alle quali non manca chi riserva l’ancor più significativa denominazione di soglie di “offensività”<sup>142</sup>). Ciò in quanto il superamento di queste soglie, nella rappresentazione di dati difformi dalla veridicità, segna, appunto, il livello *minimo di offesa* richiesto per l’integrazione del fatto<sup>143</sup>. Donde scaturiscono altri problemi, quali quelli collegati alla necessità che il dolo si estenda o meno anche al superamento delle soglie in questione, che sono stati oggetto di proficua tematizzazione<sup>144</sup>, ma la trattazione dei quali esulerebbe, evidentemente, dai li-

<sup>141</sup> Cfr. sempre *Relazione del deputato Gaetano Pecorella*, cit., p. 678.

<sup>142</sup> In questi termini M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., p. 1721.

<sup>143</sup> Cfr. M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività*, cit., in particolare p. 1729.

<sup>144</sup> Se ne può vedere una dettagliata trattazione in M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1734 ss. Il punto nodale dell’impostazione del problema, da parte dell’illustre Autore, risiede certamente nella qualificazione delle soglie di non punibilità in questione *sub specie* di “cause di esclusione del tipo” (*ivi*, p. 1736). Ciò in quanto la non punibilità si riannoda, in queste ipotesi, non già ad interessi propriamente *esterni* rispetto all’assetto divisatore dalla fattispecie, ma, viceversa, ad un indice, quale il livello di offesa, che è necessariamente *interno* ad essa. Di qui la scelta di riservare loro (anche) la denominazione di “limiti esegetici” (*op. ult. cit.*, *loc. cit.*). Ferma restando questa collocazione sistematica delle soglie di non punibilità, il vero *punctum pruriens* della questione diventa quello di stabilire se il loro superamento rientri nell’oggetto del dolo necessario ad integrare i reati di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.

Pur procedendo dalla loro classificazione in chiave di limiti esegetici, M. Romano lo esclude. Sul punto, infatti, afferma in modo *tranchant* che in presenza di una “causa di esclusione del tipo, ... il dolo sarà sempre dato ... dalla rappresentazione e volizione degli elementi essenziali risultanti dalla descrizione del fatto, *senza che occorra nient’altro*” (corsivo aggiunto) (cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1737-1738). Il che val quanto dire: senza che sia necessaria la consapevolezza dell’inesistenza della causa di esclusione del tipo. Ciò che si traduce nell’irrelevanza, a norma dell’art. 47, comma 1, c.p., dell’eventuale errore in cui incorre chi ritiene che la falsità da lui posta in essere *non* oltrepassi le soglie *de quibus*.

Questa costruzione contrasta, come lo stesso Autore riconosce (*ivi*, p. 1736, nt. 29), con le acquisizioni maturate, nella nostra letteratura, con riferimento al-

miti di questo lavoro. Basti, in questa sede, osservare come il principio di offensività, del quale si lamenta sovente il mancato rispetto da parte del legislatore, in un'occasione nella quale è stato effettivamente adottato come canone di politica criminale, non solo non ha operato in guisa di una panacea, ma ha contribuito all'approntamento di una delle riforme più infelici degli ultimi anni.

---

la tematica dei c.d. limiti *esegetici*. Il pensiero corre, specie per quel che attiene al rapporto fra limiti esegetici e dolo, al sempre fondamentale lavoro di F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni* (1960), ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Vol. II, Tomo I, cit., p. 1869 ss. In questa sede, trattando del limite esegetico apportato al concetto di oscenità dall'art. 529, comma 2, prima parte, c.p., vale a dire del non essere riportabili nel suo ambito le opere d'arte o di scienza, si precisava come questo fosse parte integrante del fatto e rientrasse, pertanto, nell'oggetto del dolo (F. BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi*, cit., p. 1911 ss.). E se ne traeva il coerente corollario che l'errore "sul carattere artistico, ovvero su di un estremo del limite esegetico" fosse rilevante ai fini dell'esclusione del dolo *ex art.* 47, comma 1, c.p. (F. BRICOLA, *ivi*, p. 1913).

Le ragioni per le quali M. Romano si discosta, nel lavoro qui richiamato, da questa impostazione assai più lineare e persuasiva del problema non sembrano (essere) di natura dogmatica, bensì di carattere probatorio-processuale. Si mette, infatti, in evidenza il dato che l'inclusione nel(l'oggetto del) dolo del superamento delle soglie di punibilità impone – *rectius*: imporrebbe – all'accusa una sorta di *probatio quasi diabolica* per dimostrare la colpevolezza dell'imputato (cfr. M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1734 s.). Donde l'opzione dogmatica di assegnare alle soglie un ruolo che ne estrometta, appunto, il superamento dall'oggetto del dolo. Del tutto commendevole la finalità di assegnare all'attuale normativa in materia di false comunicazioni quell'effettività che, già pregiudicata dalla sua formulazione testuale, lo sarebbe ulteriormente se condizionata da oneri probatori di adempimento oltremodo problematico, resta comunque assai dubbio che quest'obiettivo possa essere conseguito realmente in via soltanto *indiretta* e a patto di sacrificare principi irrinunciabili, in materia di ricostruzione dell'oggetto del dolo, secondo l'impostazione di M. Romano qui riferita. L'unica soluzione ai problemi appena segnalati sembra consistere, *in medias res*, precisamente nell'eliminazione, ad opera di un futuro legislatore, di quelle soglie che la riforma del 2002 ha introdotto proprio in omaggio al (tanto decantato, nei lavori preparatori della medesima: cfr., *antea*, la nota 131) principio di offensività.

## CAPITOLO II

### DISVALORE DI AZIONE *VERSUS* DISVALORE DI EVENTO IN SENSO SOSTANZIALE

SOMMARIO: SEZIONE I. 1. La contrapposizione del disvalore di azione al disvalore di evento in senso *sostanziale*, *ergo* come offesa al bene giuridico tutelato. – 2. Le categorie di reati polarizzati esclusivamente sul disvalore di azione che li connota: i delitti contro la fede pubblica. – 2 *bis*. (*segue*): Recenti tentativi di rinvenire un'effettiva oggettività giuridica di questi reati. Critica. – 3. I delitti contro l'ordine pubblico quale ulteriore classe di reati ritagliabile solo sotto il profilo del disvalore di azione che vi è immanente. SEZIONE II. 4. Disvalore di azione ed elementi soggettivi delle cause di giustificazione: premessa. – 5. Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione entro la cornice del sistema penale tedesco... – 6. ...Ed entro quella del nostro sistema penale. – 7. Le obiezioni che la loro valorizzazione incontra, da noi, sul piano della teoria generale del reato. – 7 *bis*. (*segue*): E con riferimento a singole cause di giustificazione. – 8. Il loro riconoscimento da parte della nostra giurisprudenza. – 9. I corollari che la loro recezione, ad opera della prassi, comporta sotto il profilo teorico. – 9.1. Alcune puntualizzazioni doverose. – 10. Un bilancio ultimo.

## SEZIONE I

1. *La contrapposizione del disvalore di azione al disvalore di evento in senso sostanziale, ergo come offesa al bene giuridico tutelato*

Al di là della necessità di riconoscere al disvalore di azione, *recitius* della condotta, quel suo autonomo significato nell'analisi del reato che il nostro stesso diritto *vigente* gli assegna, sono fattori *endogeni* di relativa precarietà immanenti allo stesso disvalore di evento, in sé e per sé considerato, a sconsigliarne il costante sovradimensionamento del quale è oggetto nelle impostazioni oggi prevalenti<sup>1</sup>.

Poiché il disvalore di evento consiste nella lesione o nell'esposizione a pericolo del bene giuridico protetto, l'esigenza di tenervisi ancorati risulta funzionale, nell'ottica (delle aspirazioni) del principio di offensività, a prevenire quegli eccessi di anticipazione della tutela penale, che non raggiungono la soglia della *concreta* lesione o messa in pericolo del bene di volta in volta considerato. Sennonché, lo sforzo di circoscrivere per tale via la sfera del penalmente rilevante viene ineluttabilmente vanificato quando – come in altra sede evidenziato<sup>2</sup> – si procede non all'anticipazione della tutela penale dei beni (sott.: finali), quanto, piuttosto, alla tutela penale di beni anticipati (li si definisca strumentali o intermedi, non importa), secondo schemi noti e implementati nelle moderne legislazioni penali<sup>3</sup>. In questa costellazione di casi si appanna, fino ad eclissarsi del tutto, lo stesso diaframma fra lesione e messa in pericolo del bene protetto e l'arsenale ermeneutico di cui è corredato il principio di offensivi-

---

<sup>1</sup> Sulla base di quanto abbiamo evidenziato nel precedente Capitolo.

<sup>2</sup> Sulla proliferazione dei beni giuridici suscettibili di godere dell'attributo dell'*offendibilità*, che la legislazione – specie complementare – più recente ha fatto segnare, sia consentito il rinvio a M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003, p. 3.

<sup>3</sup> Per una disamina dettagliata di questa tendenza e una sua correlativa valutazione critica – sviluppate con specifico riferimento a spunti germinati nella cultura d'oltralpe in specifico rapporto alla tutela penale dell'ordine pubblico – cfr. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, p. 56 ss.



tà, nella sua valenza di canone interpretativo del diritto vigente, ne esce paralizzato.

Ad imbattersi in questa *impasse* sono certamente le declinazioni “deboli” del principio di offensività<sup>4</sup>. Ne sono immuni, in modo parimenti indubitabile, quelle “forti”, ossia quelle che continuano a condizionare l'*an* dell'illecito penale al suo ergersi a salvaguardia di un interesse costituzionalmente garantito. Nondimeno, la quantità piuttosto esigua di consensi sui quali questa (sua) versione “forte” può contare e, anche e soprattutto, la fragilità – in parte già denunciata *antea*<sup>5</sup>, in parte ravvisabile sotto profili ulteriori<sup>6</sup> – che ne mina le basi preclude ogni tentativo di riproporne l'impiego.

Tanto premesso, e prima ancora di affrontare il tema dei suoi rapporti con il disvalore d'evento, condizionati in modo decisivo dall'accezione nella quale quest'ultimo viene inteso, occorre confrontarsi con la necessità di specificare, oltre alla sua essenza, la stessa legittimità (di rifarsi ad un concetto autonomo) del disvalore d'azione (*rectius*, della condotta). Ciò discende dall'esigenza di depurarne la nozione dalle incrostazioni, tanto autorevoli quanto fuorvianti, che tuttora la circondano. Questo vale, in particolare, a fronte delle tendenze volte a circoscriverne l'essenza intorno alle note di “*riprovevolezza etico-sociale*” della condotta<sup>7</sup>, nelle quali si anniderebbe l'*ubi consistam* di detto – autonomo – disvalore di azione, e a giudicarle del tutto irrilevanti rispetto a quei profili di attitudine offensiva nei confronti del bene giuridico protetto che – soli – deciderebbero del ruolo della condotta<sup>8</sup>. Il che si fonda sull'ineliminabile abbinamento che si instaura fra la censurata sottolineatura del disvalore di azione, *melius* della ricostruzione del reato nei termini della *violazione di un obbligo*, e le coeve spinte ad un'estromissione

<sup>4</sup> Sulla distinzione fra questi due modi di intenderne la recezione, entro le coordinate del nostro sistema, cfr. quanto precedentemente esposto *sub* Cap. 1, sez. I, par. 3.

<sup>5</sup> Cfr., *supra*, in particolare Capitolo I, Sez. I, par. 9.

<sup>6</sup> Rinviamo, a questo proposito, a quanto esporremo nei paragrafi immediatamente successivi a questo.

<sup>7</sup> In questi termini (si esprimono) G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001, p. 534.

<sup>8</sup> Cfr., G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., *loc. cit.*

del bene giuridico dalla teoria del reato, che si svilupparono nell'esperienza tedesca all'epoca del diritto penale (di stampo) nazionalsocialista<sup>9</sup>.

Ora, questa *deminutio* della valenza autonoma della condotta all'interno della struttura del reato ci sembra prestarsi ad almeno due obiezioni, non difficili da enucleare e tra loro strettamente connesse.

Da una parte, vero che il diritto penale ha per proprio scopo quello di vietare o impedire offese ai beni giuridici protetti, essa oblitera il dato che, specie in un sistema informato al principio di colpevolezza (quale anche il nostro dovrebbe essere), questo fine viene perseguito non semplicemente vietando *tout court* offese, quanto, piuttosto, attraverso la *richiesta di comportamenti*, vale a dire di *condotte*, che le evitino<sup>10</sup>. Sicché, in questa prospettiva, il fatto ultimativamente lesivo di tali beni consiste, primariamente, nella violazione dell'obbligo di tenere le condotte prescritte<sup>11</sup>.

Dall'altra, l'ancoraggio al bene giuridico nella cui offesa si sostanzia il reato non va enfatizzato sino al punto di assegnargli una valenza taumaturgica nella selezione del penalmente rilevante. È vero, piuttosto, che, per quanto questo punto di riferimento possa rivelarsi valido e produttivo nella maggior parte dei casi, non ne mancano altri nei quali la sua problematica afferrabilità fa sì che, nei rispettivi campi di materia, a stagliarsi in modo nitido siano le condotte penalmente rilevanti, piuttosto che gli oggetti di tutela a presidio dei quali queste sono interdette o imposte. Fenomeno, questo, che ha radici lontane: l'attacco sferrato dal diritto penale nazionalsocialista al dogma del reato quale offesa del bene giuridico ha potuto rinvenire un terreno fertile proprio al cospetto di beni di incerta e malferma individuazione<sup>12</sup>. Ancor oggi, peraltro, questa

---

<sup>9</sup> Per una sottolineatura di questo collegamento cfr., infatti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 533 s.

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., sub Pre-Art. 39/14.

<sup>11</sup> Al riguardo cfr. sempre M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, cit., sub Pre-Art. 39/1 e Sub Pre-Art. 39/14.

<sup>12</sup> Emblematico, al riguardo, il fatto che questo attacco venne condotto proprio prendendo in considerazione uno dei beni giuridici, rispetto ai quali maggiore

situazione sussiste – come vedremo – rispetto a beni giuridici tradizionalmente protetti. Di qui la conseguenza che, nell'alveo delle fattispecie poste a loro tutela, le condotte rispettivamente descritte risultano l'unico referente idoneo a individuare la sfera della rilevanza penale, stante l'assenza di un bene giuridico di categoria realmente affidabile.

Alla luce di quanto esposto, siamo in grado di anticipare le (linee) direttrici lungo le quali si snoderà questa ricerca sul ruolo del disvalore d'azione nel nostro sistema.

*In primis*, si cercherà di tratteggiare l'autonoma funzione che questo svolge, in taluni settori della parte speciale del codice, rispetto a quel disvalore di evento in senso *sostanziale*, vale a dire l'offesa ai beni giuridici di volta in volta protetti, alla quale si insiste nell'attribuire l'unico significato assorbente dal punto di vista ermeneutico.

In secondo luogo, ci si proporrà di valutarne l'incidenza rispetto a disposizioni di parte generale che pure, almeno *prima facie*, paiono polarizzate soltanto su un disvalore di evento in senso *strutturale*<sup>15</sup> e, con ciò stesso, calibrate su di un evento (o un fatto, nelle ipotesi di esecuzione concorsuale) *naturalisticamente* considerato.

Infine, sulla scorta dei risultati raggiunti nella prima e, soprattutto, nella seconda delle porzioni di analisi testé indicate, ci si occuperà delle implicazioni politico-criminali che tali acquisizioni, in ordine all'effettiva rilevanza del disvalore di azione nelle disposizioni e nelle norme<sup>14</sup> richiamate, possono comportare in una prospettiva di riforma.

---

era la difficoltà della concezione classica di pervenire a quella sua precisa determinazione che – sola – poteva armonizzare con i suoi postulati: alludiamo a quello dell'onore. Sul punto cfr., non a caso, le critiche (all'impostazione dominante) formulate da W. GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung*, in *Festschrift für W. Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936, p. 54 ss.

<sup>15</sup> Per la distinzione fra disvalore di evento in senso sostanziale e disvalore di evento in senso strutturale, è d'obbligo rifarsi alla sua delimitazione rinvenibile in M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 249 ss., richiamato anche nel Capitolo precedente.

<sup>14</sup> Il richiamo disgiunto – e non sinonimico – alle une e alle altre si collega alla distinzione fra esse valorizzata nell'importante studio di M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, in particolare p. 87 ss.

2. *Le categorie di reati polarizzati esclusivamente sul disvalore di azione che li connota: i delitti contro la fede pubblica*

Con riferimento alla prima delle costellazioni di casi che abbiamo appena delineato, è evidente che l'inafferrabilità e/o l'inattendibilità di quel che si vuol presentare come il disvalore di evento sostanziale comune di una classe di reati, *ergo* l'offesa al bene giuridico che si ritiene salvaguardato dalla loro globalità, non può che far emergere la necessità di ricercare *altrove* le note che ne consentano una *reductio ad unum*. Indubbiamente, questa verifica negativa in ordine all'esistenza di un'oggettività comune di categoria per un siffatto gruppo di reati non potrà che suonare come uno stimolo ad un loro ripensamento in prospettiva *de lege ferenda*. Ciò non toglie che non ci si possa esimere dall'indicarne quelli che paiono esserne i caratteri unificanti sotto il profilo del dritto penale vigente.

Ricalca perfettamente questo paradigma, nell'ambito del nostro diritto positivo, il raggruppamento dei delitti contro la *fede pubblica*.

Anche se si accetta l'opinione più recente e accreditata, che rinviene nella "certezza e affidabilità del traffico economico e/o giuridico" il bene giuridico tutelato da questa categoria di reati<sup>15</sup>, non si può asserire di avervi ravvisato – come, del resto, indirettamente ammettono gli stessi fautori di questa interpretazione<sup>16</sup> – il tratto unificante, che consente di classificarli come fatti lesivi del bene (giuridico) di *categoria* incarnato dalla *fede pubblica*. Refrattario ad essere inquadrato nell'alveo (delle fattispecie poste a tutela) della *fede* – appunto – *pubblica* risulta, in particolare, il catalogo delle falsità *personali*, contemplato dagli artt. 494 ss., c.p. Non a caso, anche i più devoti commentatori del codice del 1930 si sentono obbligati a sussumerle entro il catalogo delle disposizioni poste a presidio di

---

<sup>15</sup> In questi termini si racchiude la determinazione dell'oggettività giuridica dei reati di falso reperibile in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. s., vol. I, II ed., Bologna, 1997, p. 536.

<sup>16</sup> Quando riconoscono la relativa estraneità, rispetto alle altre tipologie di falso presenti nel codice, delle c.d. falsità personali: cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. s., cit., *loc. cit.*

quella pubblica fede *personale*<sup>17</sup> la cui enucleazione, nel tentativo di (continuare ad) abbinare un requisito di *pubblicità* a falsità che ricadono su un oggetto materiale meramente *individuale*<sup>18</sup>, rischia di evocare tutte le parvenze di un palese ossimoro. Imposta dall'esigenza di un formale ossequio alle scelte codicistiche, questa chiave di lettura non può, tuttavia, esimersi dall'esprimere le perplessità che, *in subiecta materia*, esse destano<sup>19</sup>. Né tralasciano di rilevare l'incongruità della collocazione delle c.d. falsità personali, nell'ambito dei delitti di falso, le trattazioni più recenti che si sono occupate del tema. Ad onta di quella che sembra essere una così forzata assimilazione categoriale, in forza dell'eterogeneità intercorrente fra le altre incriminazioni in materia di falso e le falsità personali in parola, si potrebbe peraltro osservare come l'individuazione del c.d. bene giuridico di *categoria*, ossia di quello capace di sintetizzare quelli tutelati dalle singole fattispecie inglobate nei diversi raggruppamenti previsti dal codice, non giochi, in realtà, un ruolo ermeneutico essenziale. Ciò in quanto, in sede di interpretazione delle norme, sarebbe decisiva la determinazione dei beni *specifici* salvaguardati dalle singole incriminazioni, laddove il bene giuridico di categoria assolverebbe ad una funzione viceversa marginale, suscettibile di essere accostata all'"oggetto giuridico generico" (del reato), nell'accezione riconosciuta da Arturo Rocco nella sua opera sull'oggetto del reato<sup>20 21</sup>. Ora, se pure può condividersi tale autorevole invito a non enfatizzare la valenza dell'indicazione del bene giuridico di categoria nell'interpretazione delle diverse fattispecie raggruppate nel codice sotto il medesimo Titolo, ci sembra invece da confutare l'assimilazione, pure in detto contesto argomentativo instaurata, fra il

<sup>17</sup> In questo senso cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, a cura di G. Pisapia, vol. VI, V ed., 1983, p. 969 s.

<sup>18</sup> Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 971, nt. 3.

<sup>19</sup> Cfr, infatti, V. MANZINI, *op. ult. cit.*, p. 970.

<sup>20</sup> Per questa impostazione del problema cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1*, cit., p. 544.

<sup>21</sup> In G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1*, cit., p. 544, nt. 50, si rinviene un preciso riferimento ai luoghi dell'opera di Arturo Rocco nei quali viene tratteggiata la nozione di oggetto giuridico (sostanziale) *generico* del reato. Senonché, tale nozione non corrisponde affatto a quella che da queste due autorevoli voci della nostra letteratura ne viene, nella sede testé riportata, proposta.

bene giuridico di categoria e l'oggetto giuridico generico del reato, così come emergente dal pensiero di Arturo Rocco. Per quest'ultimo, infatti, tale entità non si identificava negli interessi sottostanti all'una o all'altra categoria di reati, ma si sostanziava – in una prospettiva ben più generale – nell'interesse alla conservazione e alla sicurezza dello Stato<sup>22</sup>.

A prescindere dalla difficoltà di rinvenire effettivi punti di convergenza nel quadro delle tipologie di reati preordinate dal codice alla sua salvaguardia, è, notoriamente, lo stesso *ubi consistam* del concetto di fede pubblica ad essere stato – e ad essere tuttora – oggetto di ampie discussioni. Non a caso Giacomo Delitala, in tre scritti degli anni '30 del secolo scorso, di poco posteriori all'entrata in vigore del codice vigente, non esitò ad asserire che in materia di delitti di falso facesse difetto l'offesa ad un qualsivoglia interesse giuridico, il falso essendo punito soltanto quale “*mezzo delittuoso di particolare gravità*”<sup>23</sup>, suscettibile di ledere interessi giuridici di natura profondamente diversa fra loro<sup>24</sup>. In altri termini, ciò che legittimava la punizione del falso si rinveniva esclusivamente nel suo palesarsi come una *modalità di aggressione* particolarmente pericolosa, a nulla rilevando i differenti beni giuridici – e i relativi oggetti materiali – sulla quale questa esplicava i propri effetti. A questo riguardo, è appena il caso di notare come questo modo di ricostruire i reati di falso, connotandoli esclusivamente in funzione della loro idoneità ad aggredire beni giuridici della portata e dell'identità più disparata, per il fatto di essere essi dislocati nelle più lontane sedi del codice (cfr. l'art. 567 c.p. sull'alterazione di stato) e della legislazione complementare, significa incentrarne l'essenza sul disvalore della condotta di cui constano; *ergo*, radicarli sul disvalore d'azione che li contrassegna.

Questo peculiare approccio alla tematica dei reati di falso è ri-

<sup>22</sup> Cfr., infatti, A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 555.

<sup>23</sup> In questi termini G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 109; formule analoghe si rinvencono in ID., *Contraffazione di marchio e frode in commercio: concorso di norme o concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 259; nonché in ID., *Il dolo nel reato di falsità in bilanci*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 314.

<sup>24</sup> Cfr. sempre G. DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., p. 109.

masto, nondimeno, isolato. È prevalsa, come noto<sup>25</sup>, la tendenza ad individuare il bene giuridico tutelato dai reati di falso in quella nozione di fede pubblica, intesa come astratta fiducia nella sicurezza dei traffici giuridici, che l'ha resa più esangue e, in quanto tale, più esposta a favorire gli indirizzi – specie giurisprudenziali – inclini a rintracciarne l'offesa in conformità degli stili interpretativi più formalistici<sup>26</sup>. Di riflesso, la reazione a queste impostazioni giurisprudenziali si è parimenti sviluppata sul versante dell'interesse protetto, puntando ad allargarne il raggio – a partire dal falso documentale<sup>27</sup> – anche a quelli ai quali la tutela di detta sicurezza risulta(va) strumentale. Su queste basi – come risaputo – ha elaborato la propria teoria della plurioffensività dei reati di falso Francesco Antolisei, secondo cadenze altrove analizzate criticamente<sup>28</sup>. Nota essendo la vocazione della tesi della plurioffensività (dei reati di falso) ad affiancare, in sede di oggetto di tutela, al bene della fede pubblica quello concretamente salvaguardato dalla garanzia del primo<sup>29</sup>, in questa sede preme soffermarsi esclusivamente sulle posizioni che, pur essendo orientate ad una generica ripulsa dei suoi postulati, non hanno mancato, in tempi recenti, di farvi significative concessioni.

Oggetto di analisi dovrà, pertanto, essere il *revirement* innescato, nelle opinioni da ultimo richiamate, da alcuni mutamenti normativi, che hanno interessato lo specifico settore delle falsità documentali. Alludiamo primariamente, nella specie, al *novum* incarnato, in questa materia, dall'art. 493-*bis* c.p., inserito nel codice dalla l.

---

<sup>25</sup> Sulle discussioni concernenti l'individuazione dell'oggetto giuridico nei reati di falso, in forma strettamente riassuntiva, sia consentito il rinvio a M. MANTOVANI, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di Parte Speciale*, V ed., Bologna, 2009, p. 315 ss.

<sup>26</sup> Lo rilevano criticamente, fra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. s., cit., p. 537.

<sup>27</sup> Sulla tendenza a fare delle falsità documentali il terreno non solo privilegiato, ma addirittura assorbente delle elaborazioni teoriche in materia, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. s., vol. I, cit., p. 535 s. e ivi la denuncia del rischio di generalizzazioni arbitrarie, insito in questa scelta di metodo.

<sup>28</sup> Sia ancora consentito, sul punto, un richiamo a quanto sinteticamente esposto in M. MANTOVANI, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, cit., p. 322 s.

<sup>29</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in *Scritti in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano, 1952, p. 105 ss.

689/1981, mediante il quale è stata introdotta la regola della procedibilità a querela di parte per le ipotesi di falsità in scrittura privata previste dagli artt. 485 e 486 c.p.; nonché per quelle di cui agli artt. 488, 489 e 490 c.p., quando abbiano ugualmente ad oggetto *scritture private*. Non sarebbe azzardato, nondimeno, in questa stessa prospettiva richiamare la più recente vicenda relativa alla disciplina dell'art. 2622 c.c., concernente la fattispecie delle false comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori, potendo ravvisarvisi un ulteriore caso di falsità in scrittura privata sottoposto alla procedibilità a querela della persona offesa. Ora, proprio in questa modifica del regime della procedibilità, (in precedenza d'ufficio e) oggi subordinata alla querela del privato, anche i detrattori della concezione plurioffensiva dei reati di falso non hanno esitato a rinvenire un segno tangibile di un suo esplicito riconoscimento a livello legislativo<sup>30</sup>. Ciò in quanto il subordinarne la perseguibilità alla querela della persona offesa rappresenta un indizio inequivocabile della compresenza e, nel caso concreto, della prevalenza dell'interesse concreto del privato alla salvaguardia della genuinità e della veridicità delle scritture private in parola rispetto alla tutela di queste ultime in sé e per sé considerate, la quale avrebbe viceversa preteso, in ragione della natura pubblicistica di detto bene, il permanere del preesistente regime della procedibilità d'ufficio (anche per queste ipotesi di falsità).

Incorre, peraltro, in un'obiezione di metodo questo tentativo di dedurre la natura *tout court* privatistica<sup>31</sup> o, quanto meno, plurioffensiva dei delitti di falso appena menzionati dalla loro procedibilità a querela: si fa notare come non sia "corretto... trarre da una scelta pur sempre processuale" conclusioni di pertinenza (di diritto) sostanziale, quali quelle concernenti "la natura e la fisionomia del bene tutelato"<sup>32</sup>. E si adduce, al riguardo, il rilievo che nell'originario impianto del codice del 1930 la procedibilità a querela "non

<sup>30</sup> Cfr., in effetti, con riferimento alla sfera della falsità in scrittura privata, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. s., vol. I, cit., p. 568.

<sup>31</sup> Si tratta di un orientamento fatto proprio dagli Autori richiamati da F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p. 64, nt. 209.

<sup>32</sup> In questi termini F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale*, cit., p. 64.



era prerogativa esclusiva dei reati offensivi di interessi privati<sup>33</sup>. Al di là di queste condivisibili perplessità, l'opzione ermeneutica consistente nell'inferire la natura privata o plurioffensiva delle fattispecie di falso in questione dalla loro sottoposizione alla procedibilità a querela (di parte) ci sembra urtare contro un ostacolo sistematico di maggior spessore. La possibilità della querela di avere accesso alla definizione degli interessi tutelati dalla fattispecie alla quale accede è possibile soltanto attribuendole quel carattere *sostanziale di condizione di punibilità* che, riconosciute dai compilatori del codice e desumibile anche da talune disposizioni influenzate palesemente dalle loro concezioni teoriche (cfr. l'art. 158, comma 2, c.p.)<sup>34</sup>, si è constatato esserle attualmente concordemente negato<sup>35</sup>. Recuperare alla (procedibilità a) querela un autentico significato dal punto di vista dell'individuazione degli interessi tutelati dalle disposizioni alle quali è riferita pare possibile, quindi, soltanto a prezzo di obliterare quest'acquisizione unanimemente condivisa.

2 bis. (segue): *Recenti tentativi di rinvenire un'effettiva oggettività giuridica di questi reati. Critica*

Negano decisamente la legittimazione della fede pubblica a porsi come oggetto tutelato delle fattispecie di cui agli artt. 453-498 c.p. altri orientamenti, i quali, nondimeno, non rinunciano ad individuare ulteriori interessi abilitati a fungere da succedanei in rapporto alla tutela penale spiegata da questo gruppo di norme; e, per tale via, non giungono alla conclusione di identificarne l'essenza nel solo disvalore d'azione che le connota, come adombrato nel paragrafo che precede<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale*, cit., p. 65.

<sup>34</sup> Riferimenti a tali orientamenti si rinvengono in M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., sub Art. 158/33.

<sup>35</sup> Rinviamo, sul punto, a quanto esposto, proprio in relazione al problema segnalato nel testo, al par. 1 del Capitolo I.

<sup>36</sup> Particolare interesse suscita, anche se inserita in una prospettiva proiettata esclusivamente su una riforma del loro assetto attuale, con riferimento al tema del rapporto fra disvalore di azione e disvalore di evento nell'ambito dei reati di falso,

Criticando la teoria della plurioffensività nella sua aspirazione a rinvenire un interesse *concretamente* offeso, *a latere* di quello della fede pubblica, nell'oggettività giuridica dei reati di falso, questi indirizzi puntano piuttosto a valorizzare altri interessi quali beni *unicamente* – e non in concorso con quello della fede pubblica, di cui si predica l'inesistenza<sup>37</sup> – tutelati, già in via *astratta*, dai reati in parola<sup>38</sup>. Il che si traduce in una loro lettura in chiave di reati di pericolo astratto<sup>39</sup> nei confronti di beni giuridici di categoria (quali patrimonio, pubblica amministrazione, economia pubblica) rispetto ai quali le incriminazioni in materia di falso realizzano una forma di tutela anticipata già in astratto<sup>40</sup>. Fermo restando l'obbligo, per *il giudice*, di verificare, in ossequio al principio di offensività, che la singola condotta (sott.: di falsificazione) possieda le note di effettiva pericolosità con riferimento ai beni giuridici ricostruiti nei termini appena indicati<sup>41</sup>.

Questo tentativo di mantenere ai reati di falso la patente di fatti offensivi di un bene giuridico, pur nella contestuale rinuncia a riconoscere tale ruolo alla fede pubblica, non si sottrae, a sommosso avviso di chi scrive, ad un duplice ordine di riserve.

Reca i segni inconfondibili di una forzatura interpretativa la

---

che qui interessa, l'impostazione di S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000, in particolare p. 39 e 102.

Vi si tratteggia una significativa rilevanza del disvalore d'azione quando si insiste sulla necessità di valorizzare le modalità di aggressione al bene protetto al fine di graduare un'adeguata risposta sanzionatoria all'illecito (*ivi*, p. 39). Sennonché, non si esita subito dopo a precisare che tali modalità reagiscono, rappresentandone "parte integrante" (*ibidem*), sulla "valutazione sociale del fatto in termini di danno sociale", *ergo* sul disvalore di evento (per l'equiparazione fra dannosità sociale della condotta e disvalore di evento cfr. sempre S. FIORE, *op. ult. cit.*, p. 38). In questo modo, peraltro, si appanna la stessa distinzione fra disvalore di azione e disvalore di evento: vero che il disvalore della condotta e quello dell'evento sono entrambi costitutivi del disvalore globale del fatto, non è men vero che l'assorbimento delle stesse modalità di aggressione all'interesse tutelato nel disvalore di evento vale a rinnegare proprio quella distinzione fra i due elementi, che la loro enucleazione nella definizione sostanziale del reato, viceversa, postula (cfr., sul punto, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I.*, cit., *sub* Pre-Art. 39/16).

<sup>37</sup> In questo senso G. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 70 ss.

<sup>38</sup> In questa direzione si muove G. COCCO, *Il falso bene giuridico*, cit., p. 75 s.

<sup>39</sup> Cfr. G. COCCO, *Il falso bene giuridico*, cit., p. 76.

<sup>40</sup> G. COCCO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

<sup>41</sup> Sottolinea quest'esigenza G. COCCO, *op. ult. cit.*, p. 80.

pretesa di imporre al giudice il compito di accertare la pericolosità della singola condotta di falso rispetto alla variegata gamma di interessi indicati come oggetto ultimo della tutela penale in rapporto a questa classe di reati. Quella che potrebbe apparire come un'opera di sussunzione scevra di particolari difficoltà a fronte di una riscrittura del codice – propugnata, non a caso, dall'impostazione appena riferita<sup>42</sup> – che inglobasse le fattispecie di falso negli ambiti, ben demarcati, di raggruppamenti unificati nel segno degli interessi ultimi alle quali queste mettono capo<sup>43</sup>, ne appare viceversa assai irta se riferita all'attuale assetto codicistico. Al cospetto di un novero di reati tuttora collocati nell'alveo di quelli posti a tutela della fede pubblica nel Titolo VII del secondo libro del codice, appare quanto meno problematico richiedere al giudice la determinazione tanto dell'interesse ulteriore che la singola fattispecie di falso è, *rectius* sarebbe, preordinata a proteggere; quanto quella dell'immanenza, alla singola condotta di falso, di un'effettiva pericolosità nei confronti di un interesse per tale via individuato. *De iure condito*, un tale accidentato percorso ermeneutico non potrebbe che convertirsi in un fattore di incertezze e di ineludibili oscillazioni, più o meno marcate, nei suoi esiti e, con ciò stesso, in un vettore di non preventiva calcolabilità delle decisioni giudiziarie in materia. Quanto poco ciò armonizzi con il principio costituzionale di tassatività/determinatezza della fattispecie penale è troppo evidente perché si indugi sul punto.

Quanto al rispetto del principio di offensività, che precisamente imporrebbe al giudice la verifica dell'effettiva pericolosità della condotta di falso rispetto al bene tutelato così problematicamente enucleato, va da sé che il richiamo a tale principio, nel contesto delle argomentazioni di cui si è dato conto, debba essere inteso come un riferimento alla sua valenza di canone interpretativo. Del resto, la stessa pronuncia della Corte Costituzionale, che si adduce a sostegno dell'esistenza di un obbligo del giudice nel senso precisato, vale a dire la sentenza 519/2000<sup>44</sup>, si sofferma sulla rilevanza di tale

---

<sup>42</sup> In questa prospettiva si muove, infatti, G. Cocco, *Il falso bene giuridico*, cit., p. 81 s.

<sup>43</sup> Secondo il disegno prefigurato da G. Cocco, *op. ult. cit.*, p. 81.

<sup>44</sup> Si tratta segnatamente della decisione richiamata da G. Cocco, *op. ult. cit.*, p. 80 e nt. 75.

principio, che si assume costituzionalizzato, proprio in sede di *interpretazione* delle norme penali. Ora, queste modalità di impiego del principio in parola, esplicitamente enunciate dalla decisione della Consulta in questione, alludono, secondo quanto espresso altresì da una fonte non sospetta<sup>45</sup>, data la sua completa adesione all'intera portata del principio di offensività, alla sua declinazione meno lontana dalla tradizione della concezione realistica del reato e da quella lettura dell'art. 49, cpv., c.p., che si è visto sopra averne costituito la base di diritto positivo, a livello di legislazione ordinaria<sup>46</sup>. Precisamente per le aporie che la discendenza dall'art. 49 c.p. ha comportato in ordine sia alla genesi del principio di offensività, sia alla sua elevazione al rango di principio costituzionale, ci sembra che di un eventuale obbligo del giudice, nel senso inteso dall'orientamento analizzato, non si possa parlare. Le relative ragioni sono già state ampiamente tematizzate nel capitolo che precede<sup>47</sup>.

### 3. *I delitti contro l'ordine pubblico quale ulteriore classe di reati ritagliabile solo sotto il profilo del disvalore di azione che vi è immanente*

Le difficoltà di rinvenire i precisi contorni del bene giuridico tutelato, che costituisce il referente dell'offesa e, con ciò stesso, del disvalore di evento relativi ad un determinato raggruppamento di reati, non rappresenta, nondimeno, una prerogativa esclusiva dei delitti contro la fede pubblica.

La sua evanescenza e la sua inafferrabilità già in astratto sono predicati che si addicono – secondo un'opinione ancor più condivisa e radicata – ad un'altra (delle) *species* di delitti contemplati nella parte speciale del codice: quella dei delitti contro l'ordine pubblico. In questa materia, anzi, la difficoltà di rintracciare un bene giuridi-

<sup>45</sup> Si allude a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 235 ss. e, in particolare, p. 238 e nt. 77.

<sup>46</sup> Cfr., sul punto, il par. 2 del precedente Capitolo.

<sup>47</sup> Richiamiamo, al riguardo, le considerazioni sviluppate ai paragrafi 8.1 ss. del primo Capitolo.

co di categoria che valesse ad unificarne la portata è stata vieppiù accentuata da interventi nell'ambito della legislazione complementare che, piegati a logiche contingenti, hanno minato quella possibilità di coglierne una lettura d'insieme, la quale già *ab origine* era problematica<sup>48</sup>.

Denota certamente significative convergenze *l'ubi consistam* del bene giuridico di categoria relativo a questo gruppo di reati – e non già di *ogni* bene di categoria emergente dalla classificazione codicistica, come invece pretenderebbe l'autorevole impostazione prima richiamata<sup>49</sup> – rispetto alla nozione di oggetto *sostanziale generico* del reato tratteggiata da Arturo Rocco. Vero che quest'ultimo si sostanzialmente nell'interesse della “società giuridicamente organizzata” alla propria esistenza e alla propria conservazione<sup>50</sup>, se ne poteva evincere che dalla commissione di ogni e qualsivoglia reato scaturisse, accanto al danno o al pericolo immediato per l'oggetto sostanziale specifico protetto dalla singola norma violata, anche un danno e un pericolo *mediati*. Questi si producevano in capo, rispettivamente, allo Stato, in quanto garante delle condizioni della vita in comune; e in capo alla collettività medesima, posto che la commissione di reati ne minacciava, appunto, la sicurezza dell'esistenza<sup>51</sup>. Ora, posto che ad ogni reato si associa un'offesa, nel senso appena indicato, all'ordine pubblico, ciò che diversifica la categoria dei reati contro l'ordine pubblico dagli altri reati risiede unicamente – secondo i lavori preparatori al codice del 1930 – nel fatto che, mentre in tutti gli altri casi tale offesa ha un carattere soltanto mediato, accompagnandosi a quella immediata dell'oggetto specifico tutelato dalla singola fattispecie, nei delitti contro l'ordine pubblico l'offesa in parola ha carattere viceversa immediato, esaurendosi essa nel danno o nella minaccia all'ordine pubblico stesso<sup>52</sup>. L'apparente nitore (con-

<sup>48</sup> Il rilievo è di C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1085.

<sup>49</sup> Ci riferiamo alla tesi sostenuta, in argomento, da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, cit., p. 544, sulla quale ci siamo soffermati criticamente *antea*, al par. 2 di questo capitolo.

<sup>50</sup> Cfr. A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., p. 555.

<sup>51</sup> Cfr. A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit., *ibidem*.

<sup>52</sup> Cfr. i riferimenti alla *Relazione ministeriale al codice penale* contenuti in C. FIORE, *Ordine pubblico*, cit., p. 1091, nt. 30.

cettuale) della distinzione, si stempera, però, subito dopo, per via dell'esplicita constatazione che, mentre per gli altri reati – tra i quali, *per incidens*, si menzionano espressamente quelli contro la fede pubblica... – è sempre rinvenibile l'oggetto giuridico specifico rispetto all'offesa del quale quella recata a quello generico si colloca in una posizione mediata, ciò non accade nella categoria dei delitti contro l'ordine pubblico, perché nel loro alveo “difficilmente è dato di rinvenire una obiettività giuridica immediata”<sup>53</sup>. Il che val quanto dire che, difettando la categoria in parola di un bene di categoria specifico suo proprio, che è l'unico legittimato a svolgerne le funzioni, se ne surroga l'assenza e/o la problematicità dell'individuazione mediante il ricorso a quell'oggetto sostanziale generico del reato che, lungi dall'incarnarne l'oggetto di tutela, ne indica soltanto la *ratio*.

Certo, non bisogna dimenticare che l'intero dibattito sui delitti contro l'ordine pubblico e il bene giuridico che vi si reputa sottostante oscilla da sempre fra i poli di una loro ricostruzione in forma autonoma, oppure *sub specie* di anticipazione della tutela ai beni suscettibili di essere lesi mediante la realizzazione delle ipotesi criminose che si intendono realizzare<sup>54</sup>. In questo senso, un'opzione ermeneutica favorevole alla lettura delle fattispecie di agli artt. 414 ss. c.p. in chiave di modelli di tutela anticipata approntata a protezione della variegata gamma di interessi, che la loro realizzazione risulterebbe prodromica a ledere (si pensi a quelli suscettibili di essere oggetto del programma di un'associazione per delinquere), scongiurerebbe *ab imis* il rischio che tali disposizioni finiscano con il riuscire funzionali – solo – a un bene giuridico di incerta e problematica definizione, come l'ordine pubblico. In questa prospettiva, rimanendo all'esempio dell'associazione per delinquere (art. 416 c.p.), i beni protetti si lascerebbero facilmente identificare con quelli lesi o messi in pericolo dai delitti-scopo. Senonché, non possono essere sot-

---

<sup>53</sup> Così la Relazione ministeriale al progetto del codice penale, vol. II, Roma, 1928, p. 202 ss.

<sup>54</sup> I due poli di quest'alternativa, assolutamente nodale ai fini dell'interpretazione dei delitti contro l'ordine pubblico vigenti e di una loro riscrittura *de lege ferenda*, sono analizzati in tutte le loro sfaccettature da G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, rispettivamente nei Capitoli II e III del volume.

taciuti gli ostacoli testuali e logici che la vigente formulazione delle incriminazioni in materia oppone a questa possibile scelta interpretativa.

A far risaltare l'*autonomia* delle più significative disposizioni in materia a fronte di una loro ipotetica vocazione ancillare e anticipatrice rispetto ad altri beni coinvolti dalla loro realizzazione è, per ciò che concerne le fattispecie di istigazione a delinquere (art. 414 c.p.) e associazione per delinquere (art. 416 c.p.), la clausola “per ciò solo”, che rapporta la risposta sanzionatoria connaturata alla loro integrazione, sganciandola da qualsiasi collegamento con l'ipotetico reato- (per l'istigazione) o delitto- (per l'associazione per delinquere) fine avuto di mira<sup>55</sup>. Per tale via, risulta inequivocabilmente reciso quel legame fra reato-mezzo e reato-fine che, viceversa, le norme di cui agli artt. 302 e 304 c.p., con riferimento – rispettivamente – all'istigazione a commettere delitti contro la personalità internazionale e interna dello Stato e alla cospirazione politica mediante accordo finalizzata alla realizzazione dei medesimi delitti, mantengono ben saldo, instaurando un preciso raccordo fra l'entità della pena prevista per il delitto-scopo e quella, sensibilmente più ridotta, stabilita per il delitto-mezzo (cfr., al riguardo, le statuizioni di cui all'art. 302, comma 2, c.p. e all'art. 304, comma 2, c.p.). Sul piano logico, poi, non può sfuggire che l'assoluta indeterminatezza dei delitti che possono formare oggetto del programma dell'associazione delineata dall'art. 416 c.p. non esclude che i delitti-scopo siano puniti meno severamente dello stesso delitto-mezzo finalizzato a porli in essere. Il che implica il rigetto di un'asserita vocazione anticipatrice di quest'ultimo rispetto ai beni finali, a protezione dei quali è posto il delitto-scopo. Se, davvero, ai reati in materia di ordine pubblico competesse questa valenza, sarebbe inconcepibile che la lesione ultimativa dei beni finali godesse di un trattamento più favorevole rispetto a quello riservato alle disposizioni previste per *prevenirne* la realizzazione.

Qualche dubbio sull'autonomia del delitto di associazione per delinquere rispetto ai delitti-scopo potrebbe essere ingenerato dalle

---

<sup>55</sup> Sui problemi ermeneutici suscitati dall'impiego della clausola in parola cfr. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 219 ss.

oscillazioni giurisprudenziali emergenti in rapporto all'ammissibilità della continuazione fra il primo e i secondi<sup>56</sup>. Sicuramente salvaguardato dall'orientamento più risalente incline a non riconoscere l'ammissibilità<sup>57</sup>, il requisito dell'autonomia dell'art. 416 c.p. potrebbe risentire negativamente, almeno *prima facie*, del consolidamento del filone opposto, maturato in tempi più recenti<sup>58</sup>. Sennonché, i piani di incidenza delle diverse questioni non si prestano ad essere confusi. Laddove l'autonomia della fattispecie associativa – lo si ripete: in questa sede interessa esclusivamente quella contemplata dall'art. 416 c.p. – attiene al suo profilo *astratto*, la possibilità di ravvisare gli elementi idonei a consentire la continuazione, *ex art. 81, cpv., c.p.*, fra questa e i delitti-scopo impinge, invece, il versante *concreto* delle condizioni necessarie a ravvisare gli estremi del reato continuato. Ora, poiché la sussistenza del “medesimo disegno criminoso”, che la struttura di quest'ultimo presuppone, postula una precisa programmazione dei singoli illeciti che ne formano l'oggetto, ciò collide manifestamente, *in astratto*, con il carattere *indeterminato* del programma delittuoso essenziale all'integrazione dell'ipotesi di cui all'art. 416 c.p.<sup>59</sup> Di qui la tendenziale e originaria preclusione all'ammissibilità della continuazione fra delitto associativo e delitti-scopo. Nondimeno, questa refrattarietà in astratto ed *ex ante* dell'associazione per delinquere ad essere avvinta dal nesso di continuazione rispetto ai delitti-scopo lascia il posto a soluzioni ben meno rigide e più eclettiche laddove si tratti di vagliare il concreto rapporto intercorrente fra la singola associazione, suscettibile di iscriversi nel paradigma dell'art. 416 c.p., e il programma criminoso sfociato nell'esecuzione dei delitti-scopo. Ché in tale evenienza può darsi l'eventualità che il programma delittuoso dell'associazione fosse caratterizzato da tutti quei dettagli efficienti a dar corpo all'unità di un disegno criminoso fra la sua formazione e la realizzazione dei

<sup>56</sup> La questione è discussa, fra gli altri, da G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 264 ss.

<sup>57</sup> Richiami a questo filone interpretativo possono rinvenirsi in G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 266, nt. 309.

<sup>58</sup> Per i necessari riferimenti a questo secondo indirizzo cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., Sub Art. 81/51.

<sup>59</sup> Cfr., sul punto, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 265 s.



delitti-scopo, che ne formavano l'oggetto<sup>60</sup>. In questo caso cade, sulla base di una valutazione *ex post* e in concreto, quella preclusione ad inserirsi nel vincolo della continuazione con i delitti-scopo, che al delitto di cui all'art. 416 c.p. conferisce la sua dimensione astratta.

Ciò posto e precisato, resta nondimeno assodato che, in sede di valutazione in astratto della fattispecie di cui all'art. 416 c.p., non sono ravvisabili elementi che ne consentano un raccordo, financo di carattere mediato, con i beni tutelati di delitti-scopo. Il che conferma come l'unico referente della sua tutela risulti essere quell'ordine pubblico, sull'inidoneità del quale a formare l'oggettività giuridica specifica di questo gruppo di reati ci siamo soffermati in precedenza. Non rintracciabile un disvalore di evento espresso da questa categoria di delitti, vale anche per essi la constatazione, comune a quelli contro la fede pubblica, che a costituirne il fulcro è soltanto il disvalore d'azione.

---

<sup>60</sup> In tal senso G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 270 ss.

## SEZIONE II

4. *Disvalore di azione ed elementi soggettivi delle cause di giustificazione: premessa*

Ha modo di rivendicare un proprio ruolo il disvalore di azione nella nostra esperienza, con ciò alludendosi in via pressoché esclusiva a quella giurisprudenziale, anche su un terreno che – pure – in astratto sembra il più alieno dal prestarsi a concessioni alla sua rilevanza. Il riferimento va inteso come diretto alla materia delle cause di giustificazione, ossia ad un’area tematica che si vuole – da noi – sempre informata a un criterio di bilanciamento di interessi rigorosamente ancorato a parametri *oggettivi*, nell’applicazione dei quali si reputa esservi spazio soltanto per una comparazione fra giudizi di valore e disvalore che investono esclusivamente gli interessi coinvolti e non già il modo in cui essi sono “sentiti” dai protagonisti delle vicende che danno luogo al loro intervento<sup>61</sup>.

Già queste sommarie indicazioni descrivono (e delimitano) i nodi problematici con i quali questo *excursus* sulla portata del disvalore di azione nel nostro diritto vigente, *rectius* nella concreta prassi applicativa, deve confrontarsi: si tratta, nella specie, di quelli collegati ai c.d. elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Che all’ingresso di queste ultime siano considerate immanenti valutazioni attinenti al solo (piano del) disvalore di evento, inteso in senso sostanziale, cioè come offesa a un bene giuridico protetto dalla rispettiva norma incriminatrice, risulta dal suo essere subordinato – come appena anticipato – all’esito del bilanciamento fra questo e l’interesse sottostante alla singola causa di giustificazione della quale, di volta in volta, ricorrono gli estremi. Nella cornice di questa comparazione fra interessi non sembra, in effetti, esservi spazio per i profili *modali* del fatto assistito dall’interesse prevalente. Il che significa, ad esempio, che non spetta alcun rilievo alla direzione verso la quale si proietta la condotta del soggetto assisti-

---

<sup>61</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 50/6.

to dalla presenza della causa di giustificazione, perché ciò che conta, conclusivamente, è la prevalenza dell'interesse che ne legittima l'operatività. Occorrerà, certo, che il fatto rispetti tutti i requisiti richiesti dalla struttura della singola scriminante; ma, quand'anche la loro formulazione ne lasci trasparire una valenza marcatamente soggettiva, ne verrà privilegiata una lettura in chiave oggettivizzante, ché la valorizzazione di eventuali aspetti soggettivi andrebbe a detrimento di quel muro divisorio fra illecito e colpevolezza che ogni interpretazione in questa materia deve, comunque, rispettare<sup>62</sup>.

Una corretta impostazione di questa problematica esige, comunque, che si tenga ben distinto il contesto normativo e culturale tedesco, nel quale la scoperta e la definitiva acquisizione al patrimonio dommatico corrente degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione costituiscono – almeno per l'opinione assolutamente maggioritaria<sup>63</sup> – un dato incontestato, da quello italiano, nel quale la loro esistenza e la loro disciplina continuano ad essere oggetto di un'attenzione piuttosto modesta, non senza qualche meritoria eccezione<sup>64</sup>. L'obiettivo di una riflessione al proposito – come detto – nasce, appunto, dall'intento di dimostrare come anche da noi tali elementi godano di una valorizzazione, seppur "occulta"; e come da questa constatazione discendano riflessi significativi rispetto al tema del disvalore d'azione, che qui interessa.

---

<sup>62</sup> In questo senso, per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., *ibidem*.

<sup>63</sup> Per un quadro delle opinioni al riguardo, pur nel contesto di divergenze di sfumature tutt'altro che irrilevanti, cfr., per tutti, T. LENCKNER, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXV ed., München, 1997, p. 478 ss.; H.U. PAEFFGEN, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.U. PAEFFGEN, in *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, I, 3<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2010, p. 1237 ss.

<sup>64</sup> Devono essere ricordati, a questo proposito, i lavori di G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980 e, in tempi più recenti, di F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.

5. *Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione entro la cornice del sistema penale tedesco...*

Nella letteratura di lingua tedesca discende *in via deduttiva* dall'opzione ermeneutica a favore di un modello di illecito penale alla stregua di illecito *personale* il riconoscimento (della rilevanza) degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione<sup>65</sup>. Posto che al suo interno assume a fattore che ne plasma l'essenza non più e non soltanto l'offesa al bene giuridico (*Rechtsgutsverletzung*) che da esso deriva, quanto, primariamente, la presenza di un'azione orientata a quello scopo, nella quale si condensa precisamente il disvalore di azione (*Handlungsunwert*) che lo contrassegna<sup>66</sup>, è evidente che una struttura dell'illecito penale in tal guisa ricostruita non potrà non irradiare i propri effetti anche sugli elementi che ne possono determinare l'elisione, *ergo* sulle cause di giustificazione<sup>67</sup>.

Non è, ovviamente, il caso di indugiare in questa sede sulle premesse teoriche, *in primis* affondanti le proprie radici nell'opera di Hans Welzel<sup>68</sup>, che sono state alla base dell'elaborazione di questa concezione dell'illecito penale. Basti qui considerare come l'esigenza che l'azione conforme al *Tatbestand* sia quella che, oltre a causare l'offesa al bene giuridico protetto, risulti colorata da una direzione finalisticamente proiettata verso quello scopo illecito, comporta, da una parte, l'ineludibile traslazione del dolo nel quadro del fatto tipico<sup>69</sup>; dall'altra, la necessità, a fronte di un fatto

<sup>65</sup> Questa è l'impostazione del problema seguita, ad esempio, da H.U. PAEFFGEN, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1237 s.

<sup>66</sup> In via di estrema sintesi si può rinviare, sull'argomento, al quadro tracciato da E.-J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967, p. 11.

<sup>67</sup> Il collegamento evidenziato nel testo è ben sottolineato da T. LENCKNER, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 478 (*sub Vorbem §§ 32 ff./13*).

<sup>68</sup> È quasi superfluo rimarcare l'importanza dell'influsso di Welzel sulla costruzione di un modello di illecito penale *personale*; rinviando, comunque, alle indicazioni rinvenibili, a tale proposito, in E.-J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, cit., p. 41 ss.

<sup>69</sup> Cfr., sul punto, H. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, in *Recht und Staat Heft 146*, Tübingen, 1949, (p. 15), citato da E.-J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, p. 41, nt. 183.

tipico così ridefinito, di predicare un effetto giustificante soltanto nei confronti di un fatto che, oltre ad essere assistito da un interesse di rango superiore rispetto a quello tutelato dal fatto tipico, sia altresì accompagnato da coefficienti soggettivi di segno positivo, sul piano dei valori, in grado di neutralizzare quelli di segno negativo, rispetto a quello stesso terreno, rintracciabili nel (fatto conforme al) *Tatbestand*.

Immediati e ben precisi i corollari che da ciò scaturiscono: all'integrazione della legittima difesa non è sufficiente che un fatto tipico, ai sensi di una singola norma incriminatrice, venga realizzato da un soggetto che è esposto ad un'attuale aggressione da parte di altri (cfr. il par. 32 StGB); occorre, in più, che detto fatto venga posto in essere nella consapevolezza di tale situazione e/o *allo scopo di difendersi*. Sicché, nel caso – frequentemente discusso nella dottrina tedesca<sup>70</sup> – della moglie che, appostatasi nottetempo dietro la porta di casa con un bastone al fine di percuotere e ledere il marito che vi avrebbe fatto ritorno (sott.: per l'ennesima volta) ubriaco, si fosse invece trovata a colpire, per avventura, un ladro che, penetrato nella sua abitazione, si accingeva ad asportare delle cose per compiere un furto, l'applicazione della causa di giustificazione della legittima difesa, alla stregua dell'ordine di idee appena esposto, si sarebbe rivelata assai problematica<sup>71</sup>. Non vi è dubbio che, in questa evenienza, la prevalenza è accordata dall'ordinamento giuridico alla posizione dell'agredito: ne segue che il disvalore di evento insito nelle lesioni arrecate all'imprevisto ladro risulta neutralizzato dal dato che l'interesse di quest'ultimo risulta comunque soccombente rispetto a quello facente capo – appunto – all'agredito. La prospettiva cambia, peraltro, se si allarga lo sguardo al disvalore di azione sottostante al fatto in questione. Consta, infatti, che la moglie non ha realizzato il fatto (di lesioni) allo scopo di difendersi, ma – all'opposto – per aggredire il marito. Se ne evince che il disvalore di azione immanente al fatto che questa ha realizzato, vale a dire l'aver prodotto una condotta finalisticamente orientata ad aggredire, permane intatto, sol-

<sup>70</sup> Per i relativi riferimenti rinviamo a H.U. PAEFFGEN, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1237 s.

<sup>71</sup> Si vedano, infatti, le riserve espresse sul punto da H.U. PAEFFGEN, *op. ult. cit.*, p. 1238.

tanto un intento difensivo<sup>72</sup> avendo l'attitudine a neutralizzarlo. Ne consegue che gli estremi della causa di giustificazione – in questo caso, della legittima difesa – sono presenti in modo solo *parziale*: si riscontrano quelli oggettivi, ma non quelli soggettivi.

Ciò posto, resta quindi aperto il problema relativo al trattamento sanzionatorio da riservare alle ipotesi nelle quali ricorre il fenomeno della realizzazione c.d. parziale delle scriminanti, nei termini che abbiamo appena esposto. È noto come la soluzione invalsa nella letteratura tedesca oscilli fra il riservare all'autore di un fatto coperto dai soli elementi oggettivi della causa di giustificazione, ma non da quelli soggettivi, il trattamento stabilito per il delitto consumato, oppure quello previsto per il delitto tentato<sup>73</sup>.

Quale che sia l'opzione preferibile tra quelle proposte, *in subiecta materia*, dall'esperienza tedesca, deve pur sempre rimanere fermo un dato: si tratta di soluzioni la plausibilità delle quali va misurata entro le esclusive coordinate del sistema penale tedesco. Pur non potendosi sottacere l'interesse che, indubbiamente, esse presentano, non è possibile richiamarsi per trarne conclusioni adattabili al nostro sistema. In quest'ultimo, diversi sono i dati del diritto positivo nei quali si può ambientare la rilevanza degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione e differenti risultano, non a caso, i percorsi seguiti dalla giurisprudenza per risolvere la *querelle* relativa alla realizzazione soltanto parziale di situazioni scriminanti, nel senso che abbiamo più sopra accennato.

## 6. ...Ed entro quella del nostro sistema penale

Proprio per le ragioni appena esposte, non giudichiamo condivisibili le impostazioni che, da noi, si sono confrontate con questa te-

---

<sup>72</sup> Sull'esigenza del *Verteidigungswille* cfr., fra gli altri, T. LENCKNER, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 551 s.; F. HERZOG, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1426.

<sup>73</sup> La contrapposizione fra queste due opzioni ermeneutiche si trova efficacemente schematizzata, nell'ambito di una pluralità di manuali e commentari, a titolo meramente esemplificativo da H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, V ed., Berlin, 1996, p. 329 s. e da T. LENCKNER, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 479.

matica, trattandone come se essa godesse di una rilevanza soltanto (in una prospettiva) *de lege ferenda*, sul presupposto che quell'anticipazione di dolo e colpa nel fatto tipico, che segna il passaggio da un modello di illecito concepito in chiave esclusivamente oggettivo a uno che ricalca i dettami imposti dall'adesione ad una sua ricostruzione in termini *personali*, fosse ancora ben lontana dal compiersi<sup>74</sup>. Ineccepibile il rilievo nella sua portata storico-dogmatica, non possono godere dello stesso predicato le implicazioni che se ne vogliono trarre. In altri termini, assodato che nell'esperienza tedesca la discussione sugli elementi soggettivi delle cause di giustificazione è stata in gran parte<sup>75</sup> favorita e influenzata dall'adesione al concetto di illecito personale, non si può, per questo solo fatto, instaurare un rapporto di interrelazione necessaria fra questo e quella. Lo dimostra precisamente il dato che, nell'esperienza italiana, è possibile reperire segnali di valorizzazione di questa problematica pur al di fuori di qualsivoglia recezione di quel modello<sup>76</sup>.

Sul piano del diritto positivo italiano occorre, comunque, procedere da quello che è stato da sempre presentato come un ostacolo insuperabile al riconoscimento (della rilevanza) degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione: alludiamo all'art. 59, comma 1, c.p. Tanto nella sua formulazione anteriore, quanto in quella posteriore all'intervento modificativo apportatovi dalla l. 19/1990, questa disposizione si è mantenuta ferma nel dettare la regola dell'applicazione *oggettiva* delle cause di giustificazione. Accomunandone la disciplina – in nome di una scelta legislativa tutt'altro che incensurabile<sup>77</sup> – a quella riservata alle circostanze del reato (prima della

<sup>74</sup> Questo è, in effetti, l'*incipit* del lavoro di F. SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. Prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1003.

<sup>75</sup> La loro valorizzazione si deve collegare, in effetti, anche alla c.d. scoperta degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità: cfr., in tal senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 39/58 e Pre-Art. 50/6.

Per la ricostruzione degli orientamenti della letteratura tedesca in ordine alla tematica testé evocata cfr. E.J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, cit., p. 31 ss.

<sup>76</sup> Lo provano, al di là dei riscontri che ne sono rinvenibili nelle trattazioni dedicate all'argomento nella nostra letteratura, le indicazioni offerte dalla (sott.: nostra) giurisprudenza: cfr., a tal proposito, quanto riportato *infra*, al par. 5.

<sup>77</sup> Cfr., sul punto, le condivisibili (valutazioni) critiche di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Art. 59/18.

l. 19/1990 dovendosi intendere il riferimento a *tutte* le circostanze, dopo soltanto a quelle attenuanti), vi si stabilisce che le circostanze che “escludono la pena”, *id est* le cause di giustificazione, “sono valutate a favore dell’agente anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti”. Si avvertiva l’antinomia fra l’inserimento di requisiti di carattere soggettivo nella struttura delle scriminanti e una statuizione generale, che ne regolava l’applicazione, la quale prescindeva da qualsivoglia esigenza di conoscenza, in ordine alla loro presenza, da parte di chi era destinato a beneficiare della loro operatività. E l’irrelevanza di (eventuali) elementi soggettivi afferenti alla loro struttura ha continuato ad essere sostenuta, a fronte della riformulazione del primo comma negli stessi termini ricorrenti nella sua originaria stesura, anche da quanti, *medio tempore*, avevano dimostrato significativi segnali di “apertura” verso la loro valorizzazione<sup>78</sup>. Breve: ogni ulteriore riflessione sugli elementi soggettivi delle cause di giustificazione non può eludere il pregiudiziale interrogativo relativo agli eventuali riflessi preclusivi spiegati, in questa direzione, dal contenuto dell’art. 59, comma 1, c.p.

Sul piano logico-interpretativo, pare indiscutibile che l’art. 59, comma 1, c.p. detti una regola generale concernente l’applicazione di disposizioni, quali quelle concernenti l’area delle cause di giustificazione, che rinvergono *aliunde* il loro singolo, specifico contenuto. E il luogo in cui è dato reperirlo si lascia identificare nelle norme che ne definiscono i rispettivi requisiti. È allora a queste, non già ad una regola generale che ne disciplina l’applicazione presupponendone la completezza, che occorre guardare per individuare la natura dei fattori che concorrono alla loro integrazione. In altri termini, la cer-

---

<sup>78</sup> Cfr., in tal senso, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 65 s., ove, peraltro, la possibilità di arricchire la struttura delle cause di giustificazione di elementi soggettivi è esaminata soltanto in una prospettiva *de lege ferenda*.

A questo proposito, si può nondimeno osservare come la progettata – e proposta dall’illustre Autore – “inserzione nella legittima difesa di una «effettiva» volontà di difendersi da un’aggressione” (*op. ult. cit.*, *ibidem*) non costituisca una mera aspirazione *de iure condendo*, quanto, piuttosto, l’oggetto di un orientamento giurisprudenziale (ancora) in via di consolidamento, ma già presente *de lege lata*, secondo il quale, per (poter) fruire della “copertura” dell’art. 52 c.p., si richiedeva che la reazione dell’aggredito fosse supportata (in via esclusiva) da un *intento difensivo*: in argomento si rinvia a quanto esposto, *infra*, al par. 8.



nita dei requisiti in presenza dei quali la singola scriminante opera si presenta necessariamente come un *prius*, dal punto di vista metodologico, rispetto alle indicazioni promananti da una disposizione, in questo caso – è appena il caso di ripeterlo – quella dell’art. 59, comma 1, c.p., che detta le regole per la sua applicazione, ove consti che della medesima *sussistono tutti gli estremi*<sup>79</sup>. In sostanza, da quest’ultima norma non è dato estrapolare alcuna indicazione circa il loro effettivo *ubi consistam*.

Che, d’altra parte, vi possa essere una scissione fra i coefficienti strutturali che denotano le singole ipotesi nelle quali ricorrono gli schemi di un istituto e il criterio generale cui si informa la sua applicazione è un fenomeno tutt’altro che ignoto, *ratione materiae*, alle vicende che hanno interessato l’art. 59, comma 1, c.p. Non va, infatti, dimenticato che, prima della l. 19/1990, nella sua portata applicativa questo comprendeva anche le circostanze *aggravanti* (il regime d’imputazione soggettiva delle quali è, oggi, demandato al secondo comma dell’art. 59 c.p.). Fermo restando il generale criterio di applicazione oggettiva enunciato, anche per loro, dal testo del previgente art. 59, comma 1, c.p., si riconosceva, peraltro, che questo non potesse trovare spazio laddove il dato circostanziale fosse imperniato su coefficienti di natura esclusivamente *soggettiva*; il che si riscontrava con riferimento, ad esempio, alle circostanze aggravanti comuni di cui all’art. 61, n. 1<sup>80</sup> e n. 2<sup>81</sup> c.p.<sup>82</sup> In questi casi, dunque, la struttura e la ragion d’essere del singolo elemento circostanziale prevalevano sulla regola della loro rilevanza oggettiva, stabilita dal

<sup>79</sup> Questa corretta indicazione di metodo, prospettata in modo chiaro già da G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, p. 15, è stata peraltro disattesa da quasi tutta la nostra letteratura successiva in materia.

<sup>80</sup> Così, in effetti, prima della riforma del 1990, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, I ed., Padova, 1979, p. 365; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, I ed., cit., sub Art. 59/5-6.

<sup>81</sup> A questa circostanza aggravante faceva esplicito riferimento M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, I ed., sub Art. 59/6.

<sup>82</sup> Per la scissione, in rapporto all’attenuante di cui all’art. 62, n. 1, c.p., fra la componente psicologica-soggettiva dei *motivi*, e quella oggettiva dei valori, con la conseguente applicazione a questa *sola seconda porzione* della regola concernente la rilevanza *oggettiva* dell’attenuante, sulla base dell’attuale art. 59, comma 1, c.p., cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, III ed., cit., sub Art. 59/7.

primo comma dell'art. 59 c.p. dell'epoca, imponendone il riconoscimento solo ove il concreto dato circostanziale risultasse accompagnato dal coefficiente soggettivo (rispettivamente) richiesto.

Nulla di diverso, in questa prospettiva, si richiederebbe, in materia di cause di giustificazione, al cospetto del rapporto fra la loro conformazione strutturale e la regola della loro applicazione oggettiva. Supposto, quindi, che nella loro struttura siano presenti componenti di natura *soggettiva* quali, ad esempio, la *costrizione* nella legittima difesa e nello stato di necessità<sup>83</sup> (cfr. artt. 52 e 54 c.p.), il *fine di adempiere un dovere del proprio ufficio* nell'uso legittimo delle armi (art. 53, comma 1, c.p.<sup>84</sup>), ecc.<sup>85</sup>, l'accertamento della loro presenza risulterebbe comunque necessario agli effetti del giudizio sull'effettiva ricorrenza della causa di giustificazione.

Ciò laddove, a fronte di una scriminante completa dei suoi elementi oggettivi e *soggettivi*, conserverebbe piena efficacia il disposto dell'art. 59, comma 1, c.p., nel senso che questa *nel suo complesso*, e non già *i singoli fattori* in cui essa si sostanzia, potrebbe trovare applicazione anche se l'interessato ne ignori l'esistenza.

#### 7. *Le obiezioni che la loro valorizzazione incontra, da noi, sul piano della teoria generale del reato*

Esiste, peraltro, un'obiezione di teoria generale del reato che, come già abbiamo segnalato<sup>86</sup>, viene costantemente opposta nella

<sup>83</sup> Il che non è sconosciuto da chi, pure, in omaggio alla "tradizionale concezione italiana del reato marcatamente oggettiva", ne propone una lettura in senso *oggettivo-funzionale*: cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, cit., sub Pre-Art. 50/7.

<sup>84</sup> In tema di uso legittimo delle armi, di estremo interesse – con riferimento alla problematica qui trattata – appare una risalente giurisprudenza riportata da G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 21 e nt. 23. In essa si afferma che la disposizione dell'art. 53 c.p. è applicabile solo ove risulti che l'uso delle armi "sia non già dovuto a *risentimento* o a *motivi inerenti alla persona dell'agente*, bensì diretto al fine di respingere una violenza o di vincere una resistenza per difendere ed affermare l'autorità" (corsivi aggiunti).

<sup>85</sup> Si vedano, al riguardo, le altre ipotesi menzionate da M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, cit., sub Pre-Art. 50/7.

<sup>86</sup> Si tratta di un aspetto evidenziato, *antea*, al Par. 4.

nostra letteratura al riconoscimento (della rilevanza) degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Ammetterne la presenza – si dice – sortirebbe l'effetto esiziale di rimuovere il diaframma che separa la sfera dell'illecito da quella della colpevolezza<sup>87</sup>.

In realtà, nel considerare il “peso” di questa obiezione e, di conseguenza, l'efficacia destabilizzante rispetto all'intero edificio del reato che l'apertura agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione potrebbe effettivamente comportare, non si può non tenere conto del concetto di colpevolezza alla quale essa si riferisce.

Certo, finché ci si muove nel solco della concezione *psicologica* della colpevolezza e/o, anche per altre vie, vi si ricomprende tutto ciò che di psicologico e *soggettivo* attiene al reato<sup>88</sup>, una categoria come quella degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione rappresenta, per definizione, uno sconfinamento, sul versante della colpevolezza, di un illecito che si vuole costruito soltanto da grandezze *oggettive*.

Se, invece, la si interpreta, secondo i canoni più coerenti della sua concezione *normativa*, come un giudizio di rimprovero, riferito al fatto commesso, riesce evidente come oggetto di tale rimprovero possa essere il fatto non soltanto nella sua dimensione materiale-oggettiva, ma anche in quella arricchita dalle note soggettive che ne definiscono il predicato conclusivo di illiceità.

#### 7 bis. (segue): E con riferimento a singole cause di giustificazione

Nel trattare della rilevanza degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione emergenti proprio dalla struttura di quelle che il nostro codice prevede, occorre farsi carico anche delle obiezioni incentrate sugli asseriti effetti paradossali – e, in quanto tali, da respingere – ai quali essi *singolarmente*, cioè in relazione ad una sola scriminante di per sé considerata, potrebbero dare luogo.

<sup>87</sup> A sollevare quest'obiezione, nel trattare dell'interpretazione da assegnare al requisito della costrizione nella legittima difesa, è, altresì, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, V ed., 1999, p. 213.

<sup>88</sup> Sul fatto che questa visione sia il portato di una “concezione oggettivistica dell'illecito” si sofferma M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 11-12.

Quanto ad una lettura del requisito della “costrizione”, nella legittima difesa, che ne privilegiasse l’aspetto soggettivo-psicologico, a sottolinearli è Tullio Padovani, il quale ricorre ad un esempio assai suggestivo. Il caso proposto è quello di un latitante che, “rintracciato dai complici delusi nella spartizione del bottino, per sfuggire al tentativo di ‘arrestarlo’, *abilmente simulato*, non potrebbe legittimamente reagire contro quelli che *ritiene essere agenti di polizia*<sup>89</sup>, perché egli non è ‘soggettivamente’ costretto a difendersi”<sup>90</sup>. Di qui l’ineludibile corollario – ovviamente respinto dall’illustre Autore – che egli si vedrebbe, in assenza della predetta costrizione, “tenuto a subire”<sup>91</sup>; e il conseguente rigetto di una ricostruzione della costrizione, quale elemento della legittima difesa, in quella chiave – appunto – psicologico-soggettiva, che condurrebbe al risultato paventato.

Occorre, pertanto, domandarsi se davvero l’interpretazione in senso soggettivo (del requisito) della costrizione, di cui all’art. 52, comma 1, c.p., conduca effettivamente, in un’ipotesi come quella appena delineata, all’esito prefigurato. A questo proposito, bisogna indubbiamente ammettere che alla base dell’eventuale reazione del latitante nei confronti dei complici non è ravvisabile una costrizione soggettivamente intesa. Il fatto di reato, che il primo abbia a commettere, avrà alla propria base non già un intento *difensivo*, quanto, piuttosto, quello di porre in essere una violenza (o minaccia) e/o una resistenza a pubblico ufficiale (rispettivamente artt. 336 e 337 c.p.), in concorso con gli altri reati che la necessità di sfuggire ai supposti agenti di polizia (gli) imponga. Dunque, il disvalore di azione del/dei fatto/i realizzato/i dal latitante permarrà intatto, facendo difetto l’elemento – soggettivo – della costrizione, che unicamente potrebbe neutralizzarlo. Sennonché, presente questo dolo di fattispecie e constatata l’assenza di una scriminante efficiente ad eliderlo, resta da stabilire se questo non possa essere *aliunde* rimosso.

Ora, i problemi evocati da questo esempio trascendono ampiamente la sua portata. Ad essere messo in discussione è, in effetti, il

<sup>89</sup> I corsivi sono aggiunti.

<sup>90</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 213.

<sup>91</sup> In questi termini T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

requisito dell'*impedibilità* di un'offesa *oggettivamente* ingiusta, concretamente subita dall'agredito, in nome dell'assenza, nella sua reazione, di quell'intento difensivo che la ricorrenza della causa di giustificazione, nella pienezza di tutti i suoi elementi, compresi – dunque – quelli di carattere *soggettivo*, postulerebbe invariabilmente. Si tratta di un nodo cruciale rispetto alla tematica della (necessaria) presenza di fattori di ordine soggettivo nella struttura delle singole cause di giustificazione, tant'è che pure in seno alla letteratura di lingua tedesca non mancano voci inclini – non certo, ovviamente, sulla base di questo solo profilo<sup>92</sup> – a rinnegare *in toto* la necessità del loro riscontro<sup>93</sup>.

Non ci sembra, peraltro, che l'esempio più sopra riportato possa condurre ad esiti di tale portata.

Invero, il dato che il latitante abbia agito per un intento offensivo, anziché per quello difensivo che gli avrebbe consentito di giovare della legittima difesa, comporta sì che (questi) abbia agito con il dolo della consumazione rispetto ai delitti di cui agli artt. 336 e/o 337 c.p., ma non eclissa il dato che, non rivestendo gli ex complici le qualifiche soggettive di pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, la realizzazione delle rispettive fattispecie di reato abbia avuto luogo in forma meramente *putativa*. Il che implica l'assoggettamento del fatto da lui commesso alla disciplina dell'art. 49, comma 1, c.p. e la sua conseguente esenzione da qualsivoglia responsabilità penale<sup>94</sup>.

Può suscitare l'impressione del ricorso a un semplice *escamotage* verbale, diretto ad occultare l'effettiva operazione sostanziale, che vi è sottostante, per esigenze di mera coerenza interna, questa traslazione della problematica sollevata da questo caso e della sua soluzione sul versante del reato putativo. Si può, infatti, obiettare che l'affermata prevalenza del reale sul putativo è un fenomeno del

---

<sup>92</sup> Il punto è, comunque, ben evidenziato da J. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Berlin-Heidelberg-New York, 2002, p. 265 ss.

<sup>93</sup> Cfr., appunto, J. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, citato alla nota che precede, *passim*.

<sup>94</sup> Facendo salva, nell'esempio addotto, un'eventuale responsabilità del latitante, deducibile dall'art. 49, comma 3, c.p., per il delitto di violenza privata, ove ne sussistessero tutti gli estremi: il che non è arguibile dal caso riportato.

tutto comune alle situazioni regolate, rispettivamente, dall'art. 49, comma 1, c.p., per ciò che attiene al fatto tipico, e dall'art. 59, comma 1 c.p., in rapporto alle cause di giustificazione<sup>95</sup>. Pertanto, la via realmente da seguire per ottenere l'esonero da pena del latitante aggredito, nell'esempio prospettato, dovrebbe pur sempre consistere nell'applicazione diretta a suo favore dell'art. 59, comma 1, c.p., nonostante tale soggetto non potesse considerarsi "costretto", nel senso più sopra indicato. È peraltro lampante che, in questo modo, si dovrebbe assegnare alla disposizione in parola proprio quella valenza "oggettivizzante", che in precedenza abbiamo negato poterle competere<sup>96</sup>.

Di fatto, questa situazione di *impasse* sembra superabile soltanto operando una previa *actio finium regundorum* fra la sfera di competenza riservata all'art. 49, comma 1, c.p. e quella assegnata, per converso, al predetto primo comma dell'art. 59 c.p. A imporre di compierla induce, fra l'altro, quell'elementare canone ermeneutico che suggerisce, in presenza di più disposizioni suscettibili di disciplinare una o più situazioni di fatto, di garantirne – ove possibile – la reciproca *conservazione*, attribuendo a ciascuna di esse uno specifico ambito applicativo, in luogo di procedere ad una loro lettura unitaria, destinata invariabilmente a sfociare nell'*interpretatio abrogans* di una delle stesse.

In forza di quest'ultima, andrebbe sottolineato come l'ambito di applicazione del reato putativo sia soltanto quello definito dall'art. 49, comma 1, c.p. In questo devono iscriversi soltanto i casi nei quali un soggetto abbia a commettere un fatto atipico, ossia *non* corrispondente allo schema delineato in astratto da una norma incriminatrice, nell'erronea convinzione che questo costituisca reato. La circostanza che, *per incidens*, ciò possa valere anche per le ipotesi in cui – come nell'esempio del latitante a più riprese discusso – l'ipotetica ed erronea qualificazione del fatto commesso *sub specie* di un effettivo reato possa discendere (anche) dall'assenza di un elemento soggettivo, richiesto ai fini dell'integrazione di una singola causa di

<sup>95</sup> Cfr. in tal senso, per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, cit., sub Art. 49/8 e Art. 59/18.

<sup>96</sup> Rinviamo, a questo proposito, alle considerazioni svolte al par. 6 di questo Capitolo.

giustificazione, non muta la sostanza del fenomeno: il presunto fatto di violenza o resistenza a pubblico ufficiale non costituirà reato, quantunque esso sia ritenuto tale dal suo autore, in base all'art. 49, comma 1, c.p.

Viceversa, l'art. 59, comma 1, c.p. dovrà ritenersi riferito ai casi nei quali la causa di giustificazione è presente, in tutti i requisiti di ordine oggettivo e soggettivo postulati dalla sua struttura, senza che l'agente ne sia a conoscenza. Sicché, sempre procedendo dalla sua struttura, potranno darsi due possibilità. Se la scriminante consta anche di elementi soggettivi e questi sono completamente o parzialmente assenti, questa non potrà trovare applicazione, con le relative conseguenze. Se, invece, la scriminante si regge soltanto su componenti oggettive, come da noi accade – ad esempio – per l'adempimento di un dovere (art. 51, comma 1, c.p.)<sup>97</sup>, sarà sufficiente la loro presenza effettiva a produrre l'effetto giustificante, ultroneo risultando il riscontro di momenti soggettivi, che la sua struttura non richiede.

#### 8. *Il loro riconoscimento da parte della nostra giurisprudenza*

È giunto a questo punto il momento di verificare in quali costellazioni di casi la nostra giurisprudenza dà ingresso agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, affinché di queste si producano gli effetti.

---

<sup>97</sup> Pur riconoscendo l'assenza di *altri* requisiti di ordine soggettivo nella sua struttura, ammette, nondimeno, che alla sussistenza della scriminante in parola sia essenziale la *conoscenza* del dovere G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi*, cit., p. 84 ss.

Quando, però, si sofferma sulle situazioni nelle quali la sua previa conoscenza sarebbe necessariamente propedeutica all'insorgenza del dovere, il cui adempimento scrimina *ex art. 51, comma 1, c.p., l'A.* (cfr., *ibidem*, p. 85) richiama ipotesi che, in realtà, nulla hanno a che vedere con l'ambito di operatività di questa causa di giustificazione. Questo rilievo vale, in particolare, per il riferimento al dovere enucleabile, in base all'art. 593 c.p., per l'omissione di soccorso. Rispetto a quest'ultima situazione, la conoscenza risulterà funzionale all'insorgenza della situazione *tipica* rispetto al reato omissivo proprio ivi previsto e non già a quella di un dovere (eventualmente) scriminante, che ne potrebbe discendere.

Si vaglieranno, quindi, le conseguenze che i nostri organi giudicanti ricollegano al fatto che, nel singolo caso concreto, si sia appurato il difetto di quel requisito di ordine soggettivo inerente alla struttura della scriminante, la presenza del quale era, viceversa, postulata ai fini della sua efficacia.

Il punto di riferimento obbligato, per un quadro significativo degli orientamenti giurisprudenziali in questa materia, è costituito proprio dalla disposizione dell'art. 52 (comma 1) c.p., concernente la legittima difesa, e dai filoni interpretativi che intorno ad essa sono germinati. Precisamente in relazione alla legittima difesa si sono potuti constatare, infatti, gli estremi di quella scissione fra *disposizione*, intesa come statuizione di diritto positivo in astratto, e *norma*, intesa come la rielaborazione che questa ha ricevuto nella prassi, che la nostra dottrina più attenta ha avuto modo di tematizzare<sup>98</sup>. Nella fase della sua applicazione, in effetti, ai presupposti richiesti *ex lege* per la sua ricorrenza, è stato aggiunto, da una pluralità di pronunce, quello del *non* essere stata la situazione di pericolo, dalla quale deriva la necessità di difendersi, volontariamente determinata dall'agente<sup>99</sup>. Non contemplata dall'art. 52 c.p., diversamente da quanto accade per lo stato di necessità, la non volontarietà della determinazione del pericolo, dal quale scaturisce l'autorizzazione a difendersi, ha il significato di esigere che, ai fini della sussistenza della scriminante, l'aggressione altrui sia *subita* e non già *creata, rectius* concausata, dal potenziale beneficiario della legittima difesa<sup>100</sup>. In altri termini, questo requisito vale a sottolineare che l'agente versi in uno stato di soggezione, qualunque sia la declinazione – oggettiva o soggettiva<sup>101</sup> – che di questo si dia, per poter fruire della legittima difesa.

<sup>98</sup> Cfr., al riguardo, M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., p. 87 ss.

<sup>99</sup> Per i necessari ragguagli sulla giurisprudenza richiamata nel testo cfr. M. CERASE, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Vol. II, Milano, 2010, p. 881 s.

<sup>100</sup> Cfr. sempre M. CERASE, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale*, cit., p. 881.

<sup>101</sup> Per la delineazione di una contrapposizione fra un'interpretazione meramente oggettiva e una meramente soggettiva del requisito della costrizione, di cui all'art. 52 c.p., e la proposta di una nozione svincolata da entrambe cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 213 s.



In altre decisioni, nondimeno, il requisito appena accennato finisce con l'assumere una valenza più marcatamente "soggettivistica", dal momento che si nega l'applicabilità della legittima difesa a chi abbia determinato la situazione di pericolo, sì da non essere mosso alla commissione del fatto "non soltanto *dall'intento di difendersi*"<sup>102</sup>, ma anche – evidentemente – da quello di offendere. Una valorizzazione dello scopo di difendersi e della sua lettura in termini spiccatamente soggettivi si desume, altresì, *a contrario*, dagli arresti giurisprudenziali che escludono la sua ricorrenza e, con ciò stesso, quella degli estremi della legittima difesa laddove il fatto sia stato commesso per (uno scopo di) risentimento o ritorsione<sup>103</sup>. In evenienze di questo tipo non si esita, infatti, ad asserire che fa difetto, rispetto all'integrazione della scriminante di cui all'art. 52 c.p., l'elemento della costrizione<sup>104</sup>, questo essendo compatibile soltanto con l'intento di difendersi, in costanza della percezione della situazione di pericolo determinata dall'aggressore, e non già con ulteriori e/o diversi intenti scaturenti *motu proprio* dalla condotta dell'agredito.

Un'attenzione del tutto particolare deve essere poi riservata, nell'ambito della tematica qui trattata, ai rapporti fra legittima difesa e delitto di *rissa* (art. 588 c.p.).

La persistenza di un autentico intento difensivo segna, in effetti, lo spartiacque fra quanto, nel contesto (dello svolgersi) di una rissa, può ancora rientrare entro i confini della legittima difesa e quanto, all'opposto, ne esula, dovendo iscriversi *tout court* nello schema della rissa. Poiché ciò che connota il fatto descritto dall'art. 588 c.p. è precisamente un intento di *reciproca aggressione* fra i corrissanti, ne discende che, almeno ordinariamente, questa situazione risulta preclusiva rispetto alla ricorrenza della legittima difesa<sup>105</sup>. I margini per il richiamo a quest'ultima intervengono soltanto quando, nel corso della rissa, ad opera della condotta di taluno di coloro che vi pren-

<sup>102</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 13 dicembre 1976, in *Giust. pen.*, 1977, II, c. 485.

<sup>103</sup> Cfr., a questo proposito, le decisioni richiamate da M. CERASE, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale*, cit., p. 881.

<sup>104</sup> Cfr. M. CERASE, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

<sup>105</sup> Cfr., in argomento, le indicazioni giurisprudenziali reperibili in M. CERASE, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale*, cit., p. 882.

dono parte, sia posto in essere un pericolo *maggiore* di quello preventivabile da quello accettato dagli altri corrisanti all'atto di partecipare alla rissa, e in capo a questi – o, almeno, a quello fra (di) essi che reagisce al pericolo ulteriore creato *ex novo* – sia riscontrabile un intento *esclusivamente* difensivo<sup>106</sup>.

Un'altra causa di giustificazione, rispetto alla quale la prassi applicativa inclina a valorizzare requisiti di ordine soggettivo per apprezzarne la ricorrenza, è quella incarnata dal c.d. *ius corrigendi*. Riconducibile all'ambito di operatività dell'art. 51 c.p., essa si concreta nel riconoscere uno spazio di liceità a fatti riportabili nel tipo di una norma incriminatrice quando questi siano realizzati nell'esercizio di una potestà correzionale, che si assume rientrare nel diritto/dovere, mettente capo essenzialmente ai genitori<sup>107</sup>, di educare i figli. Lasciamo del tutto impregiudicata, in questa sede, la questione se questa modalità di estrinsecazione della potestà educativa sia ancora conforme all'assetto del rapporto genitori/figli divisato dagli attuali orientamenti pedagogici e dalla stessa Costituzione, oppure se essa debba considerarsi espressione di una sua ricostruzione in termini autoritari, oggi certamente non più condivisibile<sup>108</sup>. Ciò che qui interessa sono, infatti, soltanto i criteri ai quali si è informata la giurisprudenza nel ritagliarne gli spazi applicativi. A questo riguardo, sembra potersi reputare (come) assodato il fatto che gli eventuali fatti di reato commessi nel suo esercizio sono stati valutati come “coperti” dalla relativa scriminante, a patto che a base dei medesimi fosse dato rinvenire una “*finalità educativa*”<sup>109</sup>.

Dal che traspare come, anche in questa materia, la gestione del-

<sup>106</sup> In questo senso, fra le altre, Cass., Sez. I, 15 dicembre 1976, cit. *sub nota* 35.

<sup>107</sup> Di recente, il tema dello *ius corrigendi* è stato rivisitato a fronte di una vicenda nella quale il ruolo del suo preteso titolare era stato assunto (non da un genitore, ma) da un'insegnante. Sull'argomento si vedano, infatti, L. RISICATO, *L'educazione del “bullo” tra uso e abuso dei mezzi di correzione*, in *Criminalia*, 2011, p. 461 ss.; A. VALLINI, *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, *ivi*, p. 472.

<sup>108</sup> Per un approfondimento di questi aspetti del problema cfr. S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione* (nota a Cass., Sez. VI, 18 marzo 1996), in *Cass. pen.*, 1997, p. 37 s.

<sup>109</sup> In questo senso Cass., Sez. V, 3 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, n. 638, p. 1162.

la causa di giustificazione non sia stata condotta dalla giurisprudenza secondo la logica, meramente *oggettiva*, del bilanciamento fra i contrapposti interessi mettendo capo, rispettivamente, alla potestà educativa dei genitori e ai diritti di libertà dei figli minorenni; ma come essa, all'opposto, sia stata calibrata anche in funzione del coefficiente *soggettivo*, vale a dire dello *scopo*, plasmante l'esercizio della potestà riconosciuta ai primi.

9. *I corollari che la loro recezione, ad opera della prassi, comporta sotto il profilo teorico*

Individuato il campo di materie, indiscutibilmente circoscritto ma comunque coerente, al suo interno, nel fornire indicazioni stabili e lineari, nel quale la giurisprudenza ha riconosciuto spazio – da noi – agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, restano ora da valutare i riflessi specifici che da questo quadro si possono irradiare rispetto ad alcuni nodi cruciali inerenti alla loro disciplina e alla loro incidenza sotto un profilo di teoria generale del reato.

Quanto al primo versante, abbiamo già riportato il dato che da noi ci si interroghi, muovendosi peraltro nel solco di percorsi seguiti dalla letteratura tedesca, sul trattamento sanzionatorio da riservare a chi ha posto in essere un fatto coperto da una scriminante c.d. parziale, di questa ricorrendo i requisiti oggettivi ma non quelli soggettivi<sup>110</sup>. Sul punto, estendendo anche all'antigiuridicità una concezione gradualista del reato, elaborata in quello specifico contesto di riferimento<sup>111</sup>, che alla problematica delle c.d. scriminanti parziali – nel senso che qui interessa – non si era allargata nelle recezioni di cui, pure, essa è stata oggetto nella nostra letteratura<sup>112</sup>, si enuclea la categoria delle situazioni c.d. *quasi scriminanti* e si propone di ac-

<sup>110</sup> Cfr., in particolare, F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti»*, cit., p. 265 ss.

<sup>111</sup> Per i necessari ragguagli si può rinviare a T. LENCKNER, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, p. 167 e 481.

<sup>112</sup> Alludiamo a quella operata da C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 701 ss.

cordarle rilievo, se non per il tramite dell'istituto delle attenuanti generiche (art. 62 *bis*)<sup>113</sup>, quanto meno facendo ricorso a meccanismi circostanziali opportunamente riformulati<sup>114</sup>. Certo interessante per gli sviluppi dei quali è suscettibile, questo approccio – che abbiamo richiamato in modo assai riduttivo – appare, nondimeno, nel suo insieme tutto sommato incompleto. Pur approfondendosi nell'analisi degli spazi riservabili, *de lege ferenda*, alle scriminanti incomplete, esso tiene in non cale le risposte che, con riferimento al loro trattamento, ha dato la nostra giurisprudenza.

La risposta che vi si rinviene, in relazione al quesito appena delineato, è, in effetti, *tranchant*: se il fatto commesso è corredato dei requisiti oggettivi e soggettivi della causa di giustificazione, la sua realizzazione è scriminata; se, invece, risultano assenti gli elementi soggettivi della medesima, chi lo pone in essere risponde di delitto consumato. *Tertium non datur*.

Il che significa che per l'elisione del carattere illecito del fatto non è sufficiente che venga annullato il disvalore di evento che vi è insito, ma occorre che venga rimosso anche il disvalore di azione che vi è correlato.

Ora, in un contesto culturale come il nostro, nel quale il disvalore di azione è ancora oggetto di ripulse e/o di fraintendimenti (che, inevitabilmente, conducono a... respingerne la rilevanza)<sup>115</sup>, le acquisizioni desumibili dal panorama giurisprudenziale schizzato nel paragrafo precedente sembrano rivestire un significato rilevante da un punto di vista *euristico*.

Ragionando *a contrario sensu*, infatti, è dato osservare come il richiedere, agli effetti della ricorrenza della legittima difesa in una rissa, non soltanto che nel corso di questa il singolo corrissante legittimato a beneficiarne sia stato minacciato da un'offesa "più grave di quella accettata" e concretamente prevedibile, ma anche che la sua

---

<sup>113</sup> Per l'esame di questa possibilità e la sua successiva ripulsa, in ragione dei peculiari aspetti di criticità che connotano le attenuanti generiche, cfr. F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti»*, cit., rispettivamente p. 286 ss. e 291 ss.

<sup>114</sup> Per un più ampio quadro degli istituti utilizzabili per disciplinare, *de lege ferenda*, il fenomeno delle scriminanti parziali cfr. F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti»*, cit., p. 296 ss.

<sup>115</sup> Basti ricordare, a questo proposito, gli orientamenti di cui abbiamo dato conto nel par. 1 del precedente Capitolo.

reazione abbia avuto causa soltanto nel suo “scopo di difendersi”<sup>116</sup>, possiede l’attitudine a lumeggiare pienamente i caratteri del fatto tipico, che la scriminante interviene a neutralizzare. Quest’ultimo, con ciò alludendosi a quello che integra gli estremi dell’art. 588 c.p., non potrà essere ravvisato (solo) nel partecipare a una colluttazione reciproca, ma dovrà necessariamente essere colorato da un intento *offensivo* nei confronti di taluni di coloro che ad essa prendono parimenti parte.

Analogamente, assodato che il rimprovero rivolto da un genitore al figlio minore travalica i limiti del c.d. *ius corrigendi* e sconfinata nella sfera di efficacia dell’ingiuria quando, assumendo una valenza esclusivamente mortificatrice, da questo esula qualsivoglia intento educativo<sup>117</sup>, se ne possono trarre istruttivi corollari sul fatto previsto dall’art. 594 c.p., che l’esercizio dello *ius corrigendi* potrebbe sortire, in astratto, l’effetto di scriminare. Consta, pertanto, che alla sua integrazione non basterà la pronuncia di parole offensive dell’onore del soggetto passivo, in presenza di quest’ultimo; ma occorrerà, in più, che questa sia sorretta da un *intento umiliante* nei suoi confronti.

Quanto appena osservato ha ricadute di indubbio peso nella delineazione degli illeciti riprodotti dalle figure richiamate. Se ne può dedurre che il fatto stesso, che ne è alla base, sia contrassegnato da una costante finalità, quella di offendere nella rissa e quella di umiliare nell’ingiuria, malgrado né l’art. 588 c.p., né l’art. 594 c.p. siano costruite come fattispecie a dolo specifico<sup>118</sup>.

Ciò convalida, *in parte qua*, l’assunto welzeliano, alla stregua del quale anche nei delitti **non connotati** da elementi soggettivi dell’illiceità il dolo deve essere reputato “un elemento soggettivo generale dell’illecito”<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> Cfr. la già più volte richiamata decisione di Cass., Sez. I, 15 dicembre 1976, cit.

<sup>117</sup> In tal senso, cfr. sempre Cass., Sez. V, 3 novembre 1994, cit.

<sup>118</sup> Sul tema cfr. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli elementi finalistici della fattispecie*, Milano, 1993, p. 107 ss.

<sup>119</sup> In questi termini, esso è ripreso da E.J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, cit., p. 41.

### 9.1. Alcune puntualizzazioni doverose

È quello offerto dalla letteratura tedesca – certamente non digiunta dai contributi che la stessa giurisprudenza di quel paese fornisce<sup>120</sup> – l’osservatorio privilegiato per l’esame e la discussione della problematica concernente gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Ciò posto, un’esigenza di metodo consiglia di tenere separati i casi capaci di evocare questioni effettivamente rilevanti per la discussione di questi temi, come quelli sinteticamente riportati più sopra<sup>121</sup>, da quelli che risultano, all’opposto, fuorvianti e d’ostacolo alla reale comprensione dell’*an* stesso degli interrogativi in materia.

Ad illustrazione emblematica dei casi idonei a sollevare solo pseudo-problemi e, con ciò stesso, dubbi sullo stesso significato del dibattito sul punto, val la pena di ricordare, per tutti, quello relativo al medico che esegue sì in modo conforme alle *leges artis* del rispettivo campo l’intervento chirurgico sul paziente che vi si è sottoposto, ma non lo fa per guarirlo, sibbene per lucrare l’elevato compenso pattuito<sup>122</sup>. Ora, anche a voler ammettere – il che è tutt’altro che pacifico – che il trattamento medico-chirurgico sia effettivamente inquadrabile nell’ambito delle cause di giustificazione, non si vede per quale ragione il fine di lucro perseguito dal medico possa essere d’ostacolo ad un intervento voluto dal paziente, necessario alla sua guarigione e perfettamente riuscito. Interrogativi fondati potrebbero sorgere soltanto se il fine di lucro avesse indotto il medico a compiere un intervento eseguito in modo corretto, ma in sé non necessario alla salute del paziente: in un’evenienza siffatta, peraltro, sarebbe dato cogliere gli estremi del trattamento medico-chirurgico arbitrario. Finché, nondimeno, ci si mantiene entro i confini dell’esempio originariamente proposto, il fine di lucro rimarrà un *motivo del tutto interno* alla psiche del medico, inidoneo a rendere lesivo l’atto terapeutico che questi correttamente compie. Assegnare una rilevanza

---

<sup>120</sup> Cfr. le indicazioni fornite, sul punto, da H.U. PAEFFGEN, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 1237 s.

<sup>121</sup> Rinviamo al quadro sommariamente tracciato *antea*, al par. 2.

<sup>122</sup> Si tratta di un esempio formulato da G. JAKOBS, *Strafrecht. AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, II ed., Berlin-New York, 1991, p. 360.

penale a questo scopo del suo autore equivarrebbe ad abbandonare il diritto penale del fatto<sup>123</sup> e ad incamminarsi sui sentieri del diritto penale dell'atteggiamento interiore, dando altresì corpo a quella visione eticizzante del diritto penale, che tanti alibi ha fornito alla nostra letteratura per non raccogliere importanti stimoli provenienti dall'esperienza d'oltralpe.

#### 10. *Un bilancio ultimo*

Sullo sfondo della dicotomia fra disvalore di azione e disvalore di evento, quest'ultimo inteso in senso rigorosamente *sostanziale*<sup>124</sup>, la "scoperta" degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione dovrebbe sortire l'effetto di non estromettere ulteriormente il primo dalla definizione del fatto di reato e di evitare quella tendenza a privilegiarne quella lettura in chiave monoliticamente oggettiva, che le declinazioni più oltranziste del principio di offensività hanno ineluttabilmente comportato.

Certo, il dato che attraverso gli elementi che valgono ad escluderne l'illiceità sia stato possibile approdare, in via indiretta, alla constatazione dell'inerenza di specifiche *intenzioni* fra quelli che la fondano, come si è visto accadere in materia di rissa (art. 588 c.p.) e di ingiuria (art. 594 c.p.), sembrerebbe appannare quella nitida distinzione fra disvalore di azione e disvalore di *intenzione*, l'esatta percezione della quale va certamente ascritta ai meriti della nostra letteratura contemporanea<sup>125</sup>. Nondimeno, ciò non comporta il rischio, da sempre paventato – come detto<sup>126</sup> – al cospetto della valorizzazione dell'*intenzione*, di una sua eventuale strumentalizzazio-

<sup>123</sup> Così G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, p. 360.

<sup>124</sup> Con riferimento alla distinzione fra disvalore di evento in senso sostanziale e in senso strutturale, rinviamo a quanto esposto al par. 1 del Capitolo precedente.

<sup>125</sup> Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 204.

<sup>126</sup> Trattando degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, un simile rischio viene evocato, in relazione ad un'interpretazione "soggettivistica" del requisito della costrizione nel contesto della legittima difesa, da T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 213.

ne nella direzione di un malaugurato recupero di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, perché le cennate finalità rilevano solo entro le coordinate del fatto, del quale servono unicamente, ma anche decisamente, a colorare la fisionomia<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 205 s.



### CAPITOLO III

## IL DISVALORE DI AZIONE NELLA STRUTTURA DEL REATO

SOMMARIO: 1. I luoghi di esplicita emersione del disvalore di azione nel sistema penale vigente. – 2. La rilevanza implicita attribuita dalla giurisprudenza al disvalore di azione in altre costellazioni di casi: gli orientamenti sulla responsabilità colposa del sanitario antecedenti alla sentenza Franzese. – 3. L’atteggiarsi della problematica nel concorso di persone nel reato. – 4. La restrizione ai soli contributi acasali del beneficio dell’attenuante di cui all’art. 114, comma 1, c.p. nella sua (dis)applicazione nella prassi. – 5. I richiami al tentativo di partecipazione: puntualizzazioni. – 6. Gli effetti dell’individuazione del contributo minimo di partecipazione, in base alla giurisprudenza formata-si intorno all’art. 114, comma 1, c.p. rispetto al problema della desistenza del concorrente (e delle condizioni per la sua efficacia). – 7. Il “filtro” dell’organizzazione quale criterio per salvaguardare il carattere causale delle condotte di partecipazione rientranti nell’alveo dell’art. 114, comma 1, c.p. secondo la prassi. Critica. – 8. Il disvalore di azione dei contributi inutili e il tentativo di partecipazione nelle differenti formule che questo ha assunto nel codice penale tedesco. – 9. La correlazione fra l’abrogazione della fattispecie di complicità tentata e l’elaborazione di tesi orientate a integrare e/o rimuovere la teoria condizionalistica in ambito concorsuale. – 10. Conclusioni.

#### 1. *I luoghi di esplicita emersione del disvalore di azione nel sistema penale vigente*

Come abbiamo anticipato più sopra<sup>1</sup>, oltre che in senso sostan-

---

<sup>1</sup> Rinviamo, a questo proposito, alla premessa contenuta, *supra*, nel par. 1 del Capitolo I e nel par. 1 del Capitolo II.

ziale, ossia nei termini della contrapposizione condotta *versus* offesa al bene giuridico protetto nella definizione del reato, la diade disvalore di azione/disvalore di evento ha precisi riflessi anche sulla sua struttura, *rectius* sul piano di quel fatto che ne è pur sempre la piattaforma di base. Un problema di dosimetria collegato all'incidenza dell'una o dell'altra entità nel denotarne la cifra complessiva ha modo di porsi sensatamente soltanto in rapporto ai reati di evento, facendo ovviamente difetto il secondo elemento della coppia concettuale testé richiamata in quelli di mera condotta.

Ancor prima di affrontare e approfondire le questioni relative ai delicati equilibri fra queste due componenti, che si sono talvolta manifestate in modo palese nella prassi applicativa, appare sicuramente opportuno – anche per sfuggire alla sensazione di voler a tutti i costi tematizzare problemi “d’importazione”, in realtà scevri di riflessi sul piano del nostro diritto positivo – specificare quali sono le (rispettive) *sedes materiae*, nelle quali assume una precisa rilevanza il disvalore di azione.

Sebbene sia stato oggetto di una focalizzazione soltanto recente, il cui merito va ascritto – non a caso – alla nostra dottrina più attenta<sup>2</sup>, uno dei luoghi nei quali tale aspetto assume una valenza più significativa è quello dei commi 3 e 4 dell'art. 56 c.p. Al di là di altre plausibili chiavi di lettura del diverso trattamento riservato a desistenza e recesso attivo<sup>3</sup>, il *discrimen* tra le due figure e la permanenza nella cornice della punibilità del solo recesso attivo, a fronte della impunità di principio della desistenza, può rinvenire il proprio fondamento giustificativo precisamente sotto il profilo del disvalore di azione. In effetti, per quanto il recesso attivo possieda (la) piena attitudine a neutralizzare il disvalore di evento intrinseco al delitto tentato, tanto da impedirne la consumazione, va da sé che analogo effetto non può sortire in ordine al disvalore di azione. Quest'ultimo si è ormai condensato nel tentativo compiuto, sì da non poter essere

---

<sup>2</sup> Il riferimento è a M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 2 ss. (del dattiloscritto).

<sup>3</sup> Cfr., al riguardo, quelle offerte di recente da D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, p. 160 ss.

rimosso da una condotta di segno contrario che intervenga *successivamente* alla sua realizzazione. Ciò che dà ragione della sua perdurante punibilità, al cospetto della non sottoposizione a pena della desistenza, in ragione della sua piena idoneità a rimuovere anche il disvalore di azione insito nel delitto tentato<sup>4</sup>.

D'altra parte, sebbene la sua incidenza sia oggi parzialmente svuotata dal ruolo assorbente assunto dalla scelta del rito da parte dell'imputato, anche la fase della commisurazione della pena riconosce un preciso rilievo al disvalore di azione. Il primo parametro, al quale l'art. 133, comma 1, c.p. ancora la gravità del fatto, è proprio quello compendiato "dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione" (art. 133, comma 1, n. 1, c.p.)<sup>5</sup>.

Lo stesso codice di rito pare, dal canto suo, assegnare un significativo ruolo al disvalore di azione nella determinazione delle regole sulla competenza per *territorio*. L'art. 8, comma 2, c.p.p. stabilisce, infatti, in deroga al criterio generale – enunciato dal primo comma – alla stregua del quale tale specie di competenza deve intendersi attribuita al giudice del luogo in cui il reato è stato consumato, che, laddove dal fatto sia "derivata la morte di una o più persone, è competente il giudice del luogo in cui è avvenuta l'azione o l'omissione". A rivestire di una peculiare pregnanza quest'indicazione normativa è, in particolare, il dato che questa trovi spazio nel contesto di reati, come quelli cui allude l'art. 8, comma 2, c.p.p., nella *struttura* dei quali il disvalore di evento, polarizzandosi appunto sulla morte della/e vittima/e, gode di una valenza inequivocabile. Sicché, la circostanza che proprio al cospetto di questa tipologia di reati si sia voluta accordare una preponderanza, anche se limitatamente agli effetti della competenza per territorio, al disvalore di azione – *recte*: della condotta – non può che far risaltare la valorizzazione, di cui quest'ultimo è oggetto. Vero è che le prime riflessioni di matrice sostanzialistica sugli effetti delle scelte, trasfuse nel codice di procedura penale del 1988, sul piano del diritto sostanziale dell'innova-

<sup>4</sup> Cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 4.

<sup>5</sup> Cfr. M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, sub Art. 133/7.

zione contenuta nell'art. 8, comma 2, c.p.p. ne avevano fortemente circoscritto l'impatto, a fronte di un clima culturale, quale quello permeante la dottrina (sostanziale) dell'epoca<sup>6</sup>, incline ad assegnare al disvalore di evento una rilevanza del tutto prioritaria (quando non – addirittura – assorbente) nella delineazione della struttura del reato<sup>7</sup>. Ciò non toglie che oggi, in un contesto nel quale non sembra più formare oggetto di discussioni il fatto che il disvalore d'azione – quanto meno – *concorra*, insieme a quello di evento, a lumeggiare la struttura dell'illecito penale<sup>8</sup>, l'opzione contenuta nell'art. 8, comma 2, c.p.p. appaia assai meno incongruente rispetto agli orientamenti invalsi nella letteratura sostanzialistica.

2. *La rilevanza implicita attribuita dalla giurisprudenza al disvalore di azione in altre costellazioni di casi: gli orientamenti sulla responsabilità colposa del sanitario antecedenti alla sentenza Franzese*

Precisati i luoghi nei quali il disvalore di azione assume un espresso e tangibile significato, sotto l'angolazione della struttura del reato, sul piano del diritto positivo, occorre a questo punto spostarsi all'analisi di quelli nei quali allo stesso risultato, malgrado la formulazione testuale della singola norma oppure il quadro sistematico in cui questa era calata non lo consentisse, si è pervenuti mercé la lettura che dell'una o dell'altro ha fornito la giurisprudenza.

Le due aree tematiche che andranno investigate sono – lo anticipiamo sin d'ora – quella delle fattispecie colpose causalmente orientate e quella del concorso di persone nel reato.

Quando ci si riferisce alle prime, si deve sottintendere un richiamo restrittivamente circoscritto alle note vicende applicative che ne hanno caratterizzato la gestione, ad opera della prassi, per quasi

---

<sup>6</sup> I tratti essenziali della quale, rispetto al tema indicato nel testo, sono riportati da M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 2 ss. e, in particolare, 6.

<sup>7</sup> Cfr., infatti, le considerazioni svolte da A. PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 54.

<sup>8</sup> Rinviamo, a questo proposito, a quanto esposto nel par. 1 del Capitolo I.

un intero ventennio<sup>9</sup>, sul versante della responsabilità medica. Nella specie, l'attenzione è catalizzata dagli orientamenti invalsi nella prassi in materia di ricostruzione del rapporto di causalità fra omissione del medico ed evento verificatosi in danno del paziente. Sebbene non sempre di autentiche omissioni si trattasse<sup>10</sup> e, d'altra parte, i filoni interpretativi formatisi all'ombra della responsabilità del sanitario si siano presto irradiati ad altri settori<sup>11</sup>, è indiscutibile che il *clou* delle decisioni degli organi giudicanti sul punto e, di conseguenza, delle riflessioni da queste indotte nella nostra letteratura si sia condensato intorno al nodo del reato omissivo improprio colposo contestato al medico e del suo concreto accertamento. In questo contesto, a divenire cruciale è stato il passaggio relativo al *quantum* di probabilità che l'intervento medico omesso, se tempestivamente e correttamente eseguito, avrebbe avuto di impedire l'evento lesivo. In questa *querelle*, incentrata sulla causalità dell'omissione ascrivibile al sanitario, gli indirizzi giurisprudenziali propensi ad implementarne la responsabilizzazione, facendo leva sul dato che in quest'ambito "è in gioco la vita umana"<sup>12</sup>, ne hanno riconosciuto la sussistenza pur quando l'intervento omesso, se concretamente e adeguatamente posto in essere, avrebbe avuto non già la certezza, ma una probabilità sinanche *inferiore al 50%* di neutralizzarne la verifica<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Tale è, in effetti, il lasso di tempo intercorso fra la prima pronuncia orientata nel senso della sufficienza delle "serie ed apprezzabili possibilità di successo" dell'intervento medico omesso a far scattare la responsabilità del sanitario (Cass., Sez. IV, 7 gennaio 1983, Melis) e la definitiva soluzione della questione, ad opera di Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese.

<sup>10</sup> Lo evidenzia puntualmente M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, p. 54 ss., il quale mette in luce come, alla base di questa conversione di siffatte condotte in comportamenti omissivi *tout court*, vi sia la confusione tra la vera omissione e il c.d. *momento omissivo della colpa*, presente (anche) nelle ipotesi di colpa commissiva (*ivi*, p. 55).

<sup>11</sup> Su tale estensione cfr. già M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 63 ss.

<sup>12</sup> Sul ricorso a questo diffuso *tòpos* argomentativo, da parte degli indirizzi giurisprudenziali richiamati nel testo, cfr., criticamente, M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 62 ss. e nt. 50.

<sup>13</sup> Cfr., in particolare, per l'abbassamento della soglia di probabilità di successo dell'intervento omesso al solo 30%, la nota Cass., Sez. IV, 12 luglio 1991, Silvestri.

In questo modo, il *trend* giurisprudenziale in parola obliterava l'esigenza di una verifica autentica dell'esistenza del nesso di causalità, laddove questa, nei casi in questione, avrebbe preteso la prova che il comportamento imposto, qualora fosse stato effettivamente prodotto, avrebbe escluso con certezza o con una probabilità confinante con quest'ultima la verifica dell'evento<sup>14</sup>. E ne surrogava la presenza appagandosi, in luogo della sua verifica, del fatto che l'omissione avrebbe semplicemente *aumentato il rischio* della sua verifica; o – il che nulla cambia – che l'intervento doveroso avrebbe semplicemente aumentato le *chances* di salvezza del bene da proteggere, senza – peraltro – poter attingere il livello dell'alto grado di probabilità circa il dato che ciò sarebbe realmente accaduto.

Soppiantato dal criterio dell'aumento del rischio l'autentico nesso causale fra omissione ed evento, postulato dall'art. 40, cpv., c.p. ai fini dell'equiparazione fra causalità omissiva e causalità attiva, questa forma di causalità "dimidiata"<sup>15</sup> degradava l'evento ascritto alla condotta del suo autore a mera condizione di punibilità<sup>16</sup>. Vero che soltanto questo inquadramento dogmatico dell'evento infausto – quale esito del trattamento medico-chirurgico – era in grado di dar conto del suo rapporto *acausale* con la condotta alla quale era imputato, era parimenti vero che un risultato di tal genere faceva emergere il contrasto del filone giurisprudenziale, in seno al quale esso era maturato, con il principio della personalità della responsabilità penale, consacrato nell'art. 27, comma 1, Cost.<sup>17</sup>. Posto che l'esistenza del rapporto causale fra la condotta del soggetto e l'evento ascritto gli rappresenta la prima condizione, sul piano logico, per garantirne l'osservanza<sup>18</sup>, è evidente che l'indirizzo invalso nella prassi in questione vi si poneva in palese contraddizione.

Tanto premesso, è appena il caso di ricordare come l'indirizzo or ora esposto sia andato incontro ad un brusco *revirement* ad ope-

<sup>14</sup> Sul punto, incisivamente, M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 75 e 81.

<sup>15</sup> Mutuiamo l'espressione impiegata, in questo contesto, da M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 62.

<sup>16</sup> Cfr. M. DONINI, *op. ult. cit.*, in particolare pp. 41, 72, 75.

<sup>17</sup> Cfr. sempre M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 72.

<sup>18</sup> M. DONINI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

ra della giurisprudenza di legittimità dell'immediato inizio di questo secolo<sup>19</sup> e come il tema della causalità omissiva appaia oggi cadenzato secondo i principi esplicitati dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite – c.d. sentenza Franzese – di poco successiva<sup>20</sup>.

In questa sede, ciò che preme sottolineare è il significato sottostante al filone giurisprudenziale incline a sostituire, nella materia della responsabilità medica, al requisito della causalità della condotta omissiva del suo autore quello dell'attitudine della stessa ad aumentare il rischio della verifica dell'evento.

La sostituzione del criterio causale con quello, meno esigente e, per ciò stesso, meno impegnativo, dell'aumento del rischio è espressione dell'istanza di imputare comunque l'evento a condotte intrinsecamente contrassegnate da un alto grado di colpa in settori nei quali le elevate pretese probatorie, connesse all'accertamento effettivo del nesso di causalità, si temeva potessero sfociare, nell'ipotesi del loro fallimento, nell'esenzione *tout court* da responsabilità penale del rispettivo autore. Ciò in quanto, almeno in ambito sanitario (e diversamente da quanto accadeva e accade per le violazioni delle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro), non esistono strumenti (disponibili) per sanzionare *ex se* condotte indiscutibilmente colpose se non vi è prova del loro collegamento eziologico con l'evento. In quest'ottica, il disancoramento dal paradigma causale e l'adesione alla flessibilità certamente maggiore di quello incarnato dall'aumento del rischio si lasciano leggere come *escamotages* per colpire il disvalore di *condotte* (sott.: anche gravemente colpose) che, in caso contrario, si sarebbero esposte al rischio di rimanere completamente impunte. *Ergo*, l'intervenuto mutamento di paradigma si può leggere come il tentativo di attribuire una precisa rilevanza al disvalore di azione nel contesto delle ipotesi di responsabilità medica<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Da ricordare, in questo senso, sono – fra le altre – Cass., Sez. IV, 28 settembre 2000, Baltrocchi e Cass., Sez. IV, 29 novembre 2000, Musto, entrambe riportate da G. CANZIO, *Il progetto preliminare del codice penale nella giurisprudenza di legittimità*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. DE MAGLIE e S. SEMINARA, Milano, 2002, p. 209.

<sup>20</sup> Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Guida al Diritto*, 2002, n. 38, p. 62 ss.

<sup>21</sup> Evidenzia questo aspetto M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., in particolare p. 40 e 63.

3. *L'atteggiarsi della problematica nel concorso di persone nel reato*

“Restaurato”, per il tramite della sentenza Franzese, il dogma causale sul terreno dell'accertamento della responsabilità colposa del sanitario rispetto ai trattamenti medici ad esito infausto, non altrettanto è avvenuto con riferimento ad altre aree nelle quali, pure, era dato constatare – come si è detto<sup>22</sup> – un'erosione, o meglio una vera e propria elusione, del requisito causale.

Il pensiero corre – quasi superfluo dirlo – ai criteri di accertamento del contributo *minimo* di partecipazione nel concorso di persone nel reato. Da sempre elevato a indice di selezione dei comportamenti rilevanti sul versante concorsuale<sup>23</sup>, il modello causale è stato ampiamente disatteso dall'impiego, in suo luogo, di criteri di accertamento di idoneità *ex ante* o, comunque, di chiavi di lettura *acausalì* nella valutazione della rilevanza del contributo del singolo concorrente rispetto all'esecuzione del fatto concorsualmente realizzato. Quanto ciò abbia affondato le sue radici nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 114, comma 1, c.p. o, più esattamente, nel costante diniego della sua applicazione da parte degli organi giudicanti e nelle motivazioni che questi ne hanno reiteratamente fornito, è questione sulla quale dovremo soffermarci più ampiamente in séguito. Al momento basti segnalare come questi atteggiamenti della prassi abbiano comportato come proprio effetto – similmente a quanto si è potuto riscontrare in rapporto alle vicende relative alla responsabilità per omissione colposa del sanitario – la degradazione del fatto di reato plurisoggettivamente realizzato da *evento*, collegato alla singola condotta di partecipazione da un effettivo nesso di causalità, a mera *condizione obiettiva di punibilità*, in quanto tale non supportata da alcun legame causale con la condotta del concorrente, al quale è ascritto.

Prima ancora di indagare questo fenomeno e le ragioni che ne sono state (e ne sono tuttora) alla base, c'è però da chiedersi se, in questa materia, quella funzione di tipicizzazione delle condotte concorsualmente rilevanti assegnata al criterio condizionalistico sia

<sup>22</sup> Cfr. quanto anticipato all'inizio del paragrafo precedente.

<sup>23</sup> Sul punto cfr., per tutti, G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, cit., *sub* Pre-Art. 110/9 e, più diffusamente, *sub* Art. 110/41 ss.



stata, dopo una lunga stagione di vicissitudini che ne hanno ampiamente sminuito la portata, in qualche modo ripristinata; se, in altri termini, un omologo della sentenza Franzese ne abbia rivitalizzato l'impiego.

Diciamo subito che la risposta, in *subiecta materia*, è negativa. Non si registrano arresti giurisprudenziali orientati a ribadire la centralità del criterio causale nella delineazione dei contributi rilevanti *ex art.* 110 c.p. e a precisarne le condizioni di impiego.

Perché mai, allora, al cospetto di un criterio, quale quello causale, atto sia a fissare le condizioni minime per l'imputazione di un fatto realizzato in un'esecuzione monosoggettiva di natura colposa, sia quelle relative alle stesse esigenze rispetto a una sua realizzazione in forma concorsuale, si rinvengono importanti prese di posizioni giurisprudenziali orientate a salvaguardarne il suo significato garantistico soltanto sul primo versante e non sul secondo?

Probabilmente ingenua la domanda, sicuramente scontata la risposta: in casi come questi, il diritto penale riscopre la sua sempre immanente vocazione a ritagliarsi sull'*autore*, anziché sul *fatto*. Fermo restando il ruolo del criterio causale al fine di assicurare, quanto meno, l'osservanza del principio della *responsabilità per fatto proprio* (art. 27, comma 1, Cost.), non stupisce che il destro per una sua decisa riaffermazione sia stato colto proprio sul terreno della responsabilità medica. In questi casi, l'interlocutore della giustizia penale è un soggetto che agisce in un contesto non soltanto *lecito*, ma addirittura *autorizzato*<sup>24</sup>.

Diversamente, dall'angolazione visuale del concorso di persone nel reato, è ben noto come precise spinte politico-criminali siano state alla base di un non casuale sfavore, con il quale il codice del 1930 ha guardato al fenomeno e lo ha disciplinato nel segno del rigore sanzionatorio<sup>25</sup>; sfavore che la giurisprudenza, nel suo complesso, non solo non ha fatto venir meno, ma ha – all'opposto – perpetuato nella propria prassi applicativa.

<sup>24</sup> Sull'estensione delle tipologie d'autore prese in considerazione dall'universo penalistico ai soggetti che agiscono in un contesto lecito di base cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 235 ss.

<sup>25</sup> Cfr., per tutti, sempre G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Pre-Art. 110-10.

4. *La restrizione ai soli contributi acausali del beneficio dell'attenuante di cui all'art. 114, comma 1, c.p. nella sua (dis)applicazione nella prassi*

Ad attestare la disapplicazione dell'attenuante della minima partecipazione, prevista dall'art. 114, comma 1, c.p., sono i repertori giurisprudenziali, i commentari<sup>26</sup>, i saggi<sup>27</sup> e le monografie<sup>28</sup>, che direttamente l'hanno investita.

Assai di più di questo risultato ultimo interessa, peraltro, lo snodo delle argomentazioni mediante le quali vi si è pervenuti. In particolare, piuttosto che la storia delle interpretazioni – nondimeno, ampiamente documentata<sup>29</sup> – che di questa disposizione la dottrina ha offerto, *rectius* ha tentato di elaborare, rilevano le motivazioni a mezzo delle quali la *giurisprudenza* ne ha fondato il diniego nei confronti dei singoli correi, che invocavano la presenza delle condizioni per beneficiare della sua applicazione.

Il rigorismo giurisprudenziale, nell'accostarsi al perimetro applicativo dell'attenuante di cui all'art. 114, comma 1, c.p., si può plasticamente compendiare attingendo alle formule con le quali le differenti pronunce ne hanno delineato lo spettro di operatività. In questo senso, è dato reperire l'assunto in forza del quale potrebbe ammettersene la ricorrenza solo quando il contributo del concorrente ha influenzato l'esito ultimo dell'impresa criminosa “*in maniera del tutto marginale, sì da poter essere avulsa senza apprezzabili conseguenze pratiche, dalla serie causale produttiva dell'evento*”<sup>30</sup>. Evidenziano in modo ancor più stringente il distacco dell(o spazio

<sup>26</sup> Per tutti cfr. G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Art. 114/1-3.

<sup>27</sup> Cfr. M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, in particolare p. 241 e 243.

<sup>28</sup> Cfr. quella di R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, con specifico riferimento al suo Capitolo IV.

<sup>29</sup> Se ne può rinvenire un'ampia ed esauriente ricostruzione in R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit., p. 20 ss.

<sup>30</sup> Si rinvia, sul punto, alle indicazioni giurisprudenziali reperibili in R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit., p. 117 e nt. 14, nonché in G. GRASSO, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Art. 114/2.

riservato all'art. 114, comma 1, c.p. dalla logica causale, che governa – *rectius*, dovrebbe governare – la selezione dei contributi concorsualmente rilevanti, gli arresti che ne subordinano l'esistenza al dato che la partecipazione del correo abbia inciso “in minima parte” sulla produzione dell'evento, “in modo tale” che questa “non solo non era necessaria alla consumazione del reato, ma che, anche senza il contributo del compartecipe, il reato sarebbe stato commesso ugualmente”<sup>31</sup>. Quando, poi, ai fini dell'applicazione dell'art. 114, comma 1, c.p., si arriva a pretendere che il contributo del partecipe sia stato di tale (ir)rilevanza, che il reato sarebbe stato portato a conclusione “*con le medesime modalità*”<sup>32</sup>, il commiato dallo schema causale nella tipicizzazione dei contributi rilevanti nella prospettiva degli artt. 110 ss. diviene definitivo, sì che la patente di minima importanza finisce con l'essere elargita a contributi che, secondo quello schema, non possono essere definiti concorsualmente rilevanti, (proprio) perché *non causali*<sup>33</sup>.

Allorché, d'altra parte, nel rapportarsi all'attenuante dell'art. 114, comma 1, c.p., la giurisprudenza non si limita ad esercitare l'*ars destruens* nei confronti della logica causale sottostante all'impostazione codicistica in materia di concorso di persone nel reato, ma vi congiunge quella *construens*, incline a riportare nel suo alveo quei contributi che, *pur non causali*, abbiano aumentato il rischio della verificazione del reato, essa opera una traslazione verso quella loro identificazione in termini di comportamenti contrassegnati da un'idoneità *ex ante* rispetto alla realizzazione del reato, la quale legittima il sospetto che, dietro la loro valorizzazione, si celi – in realtà – l'incriminazione di un *tentativo di partecipazione*<sup>34</sup>.

Mediante questo espediente ermeneutico, nondimeno, è possibile trovare una collocazione normativa e, con ciò stesso, una risposta sanzionatoria per comportamenti che, per quanto privi di un col-

<sup>31</sup> Decisioni ispirate a quest'orientamento sono richiamate da R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit., p. 117 e nt. 15.

<sup>32</sup> Cfr. ancora gli arresti della Cassazione riportati da R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit., p. 117 e nt. 16, così come da G. GRASSO, *op. ult. cit., loc. cit.*

<sup>33</sup> Cfr., al riguardo, le prese di posizione della giurisprudenza di legittimità alle quali fa rinvio R. GUERRINI, *op. ult. cit.*, p. 126.

<sup>34</sup> In questo senso R. GUERRINI, *op. ult. cit.*, p. 128.

legamento condizionalistico con il reato plurisoggettivamente realizzato, non appaiono, tuttavia, meritevoli di un'incondizionata non punibilità. Per proporre un esempio molto banale, in quanto ritagliato su un caso di scuola impiegato per documentare la persistente validità del solo criterio causale, quale quello dell'arma da scasso fornita dal complice al ladro che trovi, inopinatamente, la cassaforte aperta<sup>35</sup>, non c'è dubbio che la completa esenzione da pena di colui che, procurandogliene la disponibilità, ne abbia indubbiamente *rafforzato* il proposito possa far apparire incongrua, per eccesso, la fedeltà al dogma causale, incoraggiandone la sostituzione con quello dell'aumento del rischio (sott.: della realizzazione del reato).

Che, a questo scopo, possa risultare fruttuoso l'eventuale inquadramento di questi casi nel contesto dell'art. 114, comma 1, c.p. è un'asserzione certamente meritevole di considerazione. Quale che sia il giudizio su quest'opzione interpretativa, resta comunque il dato che l'accostamento del suo (ipotetico) accoglimento alla recezione, nel nostro sistema, del *tentativo di partecipazione* costituisce affermazione bisognosa dei distinguo e delle precisazioni necessari e, nel suo risultato ultimo, del tutto inesatta.

##### 5. *I richiami al tentativo di partecipazione: puntualizzazioni*

In effetti, quando si ricorre alla nozione di "tentativo di partecipazione", se ne può sottendere tanto un'accezione *negativa*, quanto una *positiva*.

In quella negativa, essa si presta a ricomprendere tutte le ipotesi di partecipazione – intese in senso atecnico, ovviamente – ad un reato plurisoggettivamente realizzato, che si connotano, appunto *in negativo*, per la loro *mancata incidenza causale* rispetto alla realizzazione del reato in forma concorsuale<sup>36</sup>. In questo concetto di ten-

---

<sup>35</sup> Trattasi di un caso riportato da G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 464, e ripreso da R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit., p. 70 e nt. 94.

<sup>36</sup> Questa è l'accezione nella quale viene inteso il tentativo di partecipazione da K. VON BIRKMEYER, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des*

tativo di partecipazione può quindi farsi rientrare, a buon diritto, precisamente quella tipologia di contributi che la nostra prassi applicativa riconduce nella sfera di efficacia dell'art. 114, comma 1, c.p., sì da determinarne – per via del suo inquadramento in un modello (di disciplina) del concorso di persone nel reato strutturato secondo il paradigma causale – la pratica inoperatività.

Al di là di questa sua declinazione in termini di ciò che *non è (un)* contributo causalmente rilevante sotto il profilo della sua incidenza sul reato concorsualmente realizzato, del tentativo di partecipazione si possono reperire anche formulazioni *positive*, così come si può riscontrare nelle legislazioni che ne conoscono la presenza. Così, alla stregua del par. 30 del codice penale tedesco, risponde di tentativo di partecipazione (*Versuch der Beteiligung*) “chi tenta di determinare o di istigare altri a commettere un delitto”; e, del pari, ne risponde “chi si dichiara disponibile, chi accetta la richiesta di un altro o chi raggiunge con un altro l'accordo” rispetto al fatto di commettere un delitto o di istigare alla sua commissione. Sotto il profilo sanzionatorio, diversamente da quanto il sistema tedesco prevede per il tentativo di un delitto monosoggettivamente eseguito (in rapporto al quale la diminuzione di pena è soltanto *facoltativa*: cfr. § 23, Abs. 2, StGB), il tentativo di partecipazione beneficia di una diminuzione *obbligatoria* della pena<sup>37</sup>. Al di là delle contingenti ragioni storiche che hanno dato luogo alla sua introduzione<sup>38</sup> e delle ricorrenti critiche che ne hanno investito la presenza<sup>39</sup>, questo è il tenore *attuale* della disposizione – precisazione tutt'altro che irrilevante, ché essa ha conosciuto, come vedremo, enunciati diversi – che il sistema tedesco dedica al tentativo di partecipazione.

Chiarito, a questo punto, con maggior rigore concettuale il senso del richiamo al tentativo di partecipazione quale formula riassuntiva dei contributi acausali alla realizzazione del reato, con la quale

---

*deutschen Reichsgericht*, Berlin, 1890, da noi ripreso da G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, (1932), in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, cit., p. 87.

<sup>37</sup> Questo dato si trova evidenziato in H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, V ed., Berlin, 1996, p. 703.

<sup>38</sup> Se ne vedano i fugaci e sommari richiami in G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., p. 61 e nt. 54.

<sup>39</sup> Se ne può vedere un'articolata rassegna in B. SCHÜNEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. ed., 2006, Band 1, p. 2116 ss.

la giurisprudenza designa l'ambito di operatività dell'art. 114, comma 1, c.p., e assodato che, in questo contesto, il riferimento va circoscritto alla nozione *negativa*, che ne abbiamo sopra tracciato, resta ora da verificare se questo assunto, pur nei limiti appena specificati, si possa considerare fondato.

Sul punto, la risposta non può che essere decisamente negativa.

Anche se l'accostamento del contributo "di minima importanza", sedimentatosi nella prassi, al tentativo di partecipazione può apparire, *prima facie*, corretto, non può sfuggire il dato che esso si rivela, in ogni caso, *incompleto*. Non dà conto, invero, del fatto che non è sufficiente la semplice prestazione di un contributo acausale a dar luogo all'applicazione dell'art. 114, comma 1, c.p., ma (che) si richiede, in più, che almeno un altro concorrente abbia posto in essere gli estremi di un reato. Anche se se ne postula l'assenza di una derivazione eziologica dal contributo di minima partecipazione, questo non può comunque mancare. Ecco perché, alla luce della sua necessaria relazione – anche se di natura *non* causale – con il reato realizzato da altro correo, la definizione che sembra meglio attagliarsi all'essenza e al *modus operandi* della partecipazione tratteggiata dalla recezione giurisprudenziale dell'art. 114, comma 1, c.p. è quella di un *tentativo di partecipazione, sottoposto alla condizione obiettiva di punibilità che un altro concorrente abbia effettivamente commesso il reato*. Ed è proprio questa ulteriore condizione che separa le vicende applicative dell'art. 114, comma 1, c.p. da quelle che riguardano, negli ordinamenti che lo ammettono, il vero e proprio tentativo di partecipazione: questo è punito in sé e per sé, senza necessità alcuna di un qualsivoglia abbinamento con un reato effettivamente commesso.

Al di là del suo inquadramento dogmatico, i corollari della gestione giurisprudenziale dell'attenuante della minima partecipazione lasciano comunque un'impronta indelebile, *de lege lata*<sup>40</sup>, sulla ricostruzione della teoria del concorso di persone nel reato e, più in particolare, sulla determinazione della soglia del contributo minimo necessario alla sua integrazione.

---

<sup>40</sup> Sulle progettate – e non realizzate – modifiche al contenuto dell'art. 114 c.p., che i diversi progetti di riforma del codice avrebbero comportato, cfr. R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, cit. e *ivi* l'intero Cap. VI.

Proprio perché maturata nel solco della disposizione – *ergo*, l’art. 114, comma 1, c. – chiamata a definire il requisito della partecipazione di minor rilevanza in sede concorsuale, la lettura che la giurisprudenza ne offre sembra essere lo strumento più affidabile per fissare l’*ubi consistam* “basico” della condotta di partecipazione. Alla stregua di essa, tale soglia minima pare doversi indefettibilmente ravvisare in un contributo che, in qualunque diverso modo lo si intenda, risulta *sprovvisto* di efficacia *causale* rispetto al reato pluri-soggettivamente realizzato.

Quali che siano le ragioni – da indagare a parte – del fenomeno, ne rimane invariata la diagnosi: l’applicazione giurisprudenziale dell’art. 114, comma 1, c.p. è fonte di un’aporia insolubile fra la ricostruzione causale della struttura del concorso di persone nel reato nel diritto vigente, avvalorata dall’impostazione storico-dogmatica che ne è alla base<sup>41</sup>, e la lettura di una circostanza attenuante che, dal canto suo, ne sovverte l’impianto.

Vero che è inerente alla stessa natura della circostanza il suo porsi in rapporto di specialità rispetto agli elementi essenziali dell’ente cui accede<sup>42</sup>, risalta nel modo più lampante l’anomalia di una circostanza, come quella incorporata dall’art. 114, comma 1, c.p., che, ben lungi dal limitarsi a specificare un singolo aspetto della sua struttura generale, la amputa – nella sua applicazione pratica – di uno dei suoi predicati essenziali.

6. *Gli effetti dell’individuazione del contributo minimo di partecipazione, in base alla giurisprudenza formatasi intorno all’art. 114, comma 1, c.p. rispetto al problema della desistenza del concorrente (e delle condizioni per la sua efficacia)*

Impregiudicata restando ogni spiegazione delle ragioni per le quali si è giunti a questa ricostruzione del significato dell’art. 114,

---

<sup>41</sup> Sulla quale cfr., per tutti, G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., Pre-Art. 110/9.

<sup>42</sup> In tal senso M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 59/14.

comma 1, c.p. e, con ciò stesso, della soglia minima di rilevanza del singolo contributo concorsuale, appare tutt'altro che irrilevante soffermarsi sugli effetti, di carattere *sistematico*, che essa ha comportato. In altri termini, l'idea che a fondare la rilevanza di un determinato comportamento, sul piano concorsuale, sia necessaria e sufficiente la presenza di un tentativo di partecipazione, subordinato alla condizione di punibilità della commissione del reato da parte di altro concorrente, non ha mancato di riverberarsi su altri nodi problematici della teoria del concorso di persone nel reato.

Alludiamo, in particolare, alla *vexata quaestio* della desistenza del singolo in materia di concorso di persone nel reato e, correlativamente, delle condizioni che le assegnano efficacia. È noto come il problema si presenti tuttora aperto, nella nostra esperienza, per l'assenza – a differenza di quanto è dato riscontrare in altre legislazioni<sup>43</sup> – di disposizioni che ne dettino la disciplina<sup>44</sup>. Sostanzialmente si contrappongono, senza poter in questa sede approfondire in modo adeguato il problema<sup>45</sup>, due orientamenti al riguardo. Il primo inclina ad ammettere la desistenza a favore del singolo concorrente che abbia neutralizzato tutti gli effetti della propria condotta, rendendola quindi non causale rispetto al fatto di reato da realizzarsi, *pur quando questo venga effettivamente commesso* dagli altri correi<sup>46</sup>. Il secondo ritiene viceversa necessario, ai fini dell'efficacia della desistenza del singolo concorrente, che questi abbia effettivamente *impedito* la realizzazione del reato da eseguirsi concorsualmente<sup>47</sup>.

Chi si schiera, pur senza rinunciare alle dovute precisazioni<sup>48</sup>, a favore della prima opzione ermeneutica è, non a caso, un fautore dell'infedeltà del dogma causale nella ricostruzione e nel-

<sup>43</sup> Ciò cui provvede, nel sistema tedesco, il Par. 24, Abs. 2, StGB.

<sup>44</sup> Lo rileva G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, p. 6.

<sup>45</sup> Rinviamo, in argomento, a G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, cit., p. 36 ss. e *passim*.

<sup>46</sup> Dà conto di quest'indirizzo G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Art. 110/149.

<sup>47</sup> Riferimenti a questa seconda linea interpretativa si possono rinvenire sempre in G. GRASSO, *op. ult. cit.*, sub Art. 110/148.

<sup>48</sup> Cfr. G. GRASSO, *op. ult. cit.*, sub Art. 110/150, ove si ammette che “*non sempre risulta possibile per il concorrente elidere il proprio precedente apporto senza incidere sull'attività degli altri concorrenti*”, in tal caso la desistenza dovendo realizzarsi mediante l’*“arresto dell'azione criminosa altrui”* (corsi originali).



la selezione dei contributi atipici concorsualmente rilevanti<sup>49</sup>. Se la partecipazione sta e cade in funzione della propria efficacia causale rispetto all'esecuzione del reato plurisoggettivamente realizzato, è perfettamente coerente ammettere che si possa ben neutralizzare la portata causale del proprio contributo, indipendentemente da quello che è il destino ultimo del reato programmato.

Certamente conforme al canone della personalità della responsabilità penale<sup>50</sup>, questa linea interpretativa sconta, nella sua fedeltà al dogma causale, le incrinature che alla sua intangibilità arreca la più volte ricordata giurisprudenza formatasi in rapporto all'art. 114, comma 1, c.p., la quale ad esso non si allinea.

Se, in effetti, la collocazione dogmatica più consona alla realizzazione del reato da parte degli altri concorrenti risulta essere, nell'ottica della giurisprudenza in tema di art. 114, comma 1, c.p. appena richiamata, quella di una condizione obiettiva di punibilità, nessun ruolo potrà giocare, rispetto ad esso, l'annullamento di un'efficacia causale, *dalla quale comunque si prescinde*.

Ne segue che, secondo l'ordine di idee da ultimo prospettato, potrà profilarsi una desistenza efficace soltanto laddove venga eliminata la condizione di punibilità alla quale è subordinato il tentativo di partecipazione delineato dall'art. 114, comma 1, c.p., ossia il reato commesso dagli altri concorrenti. Questa esigenza potrà essere salvaguardata, a sua volta, solo se il reato degli altri concorrenti venga effettivamente impedito.

7. *Il "filtro" dell'organizzazione quale criterio per salvaguardare il carattere causale delle condotte di partecipazione rientranti nell'alveo dell'art. 114, comma 1, c.p. secondo la prassi. Critica*

Si può enucleare un diaframma, da interporre fra il singolo contributo di partecipazione e il reato plurisoggettivamente realizzato, al quale (poter) riferire l'efficacia causale di quel contributo, così da conciliare la permanente fedeltà al dogma causale con la contestua-

<sup>49</sup> Cfr., infatti, la posizione di G. GRASSO, *op. ult. cit.*, sub Art. 110/41 ss.

<sup>50</sup> Lo sottolinea G. GRASSO, *op. ult. cit.*, sub Art. 110/149.

le ammissione, immanente nella giurisprudenza formatasi intorno all'art. 114, comma 1, c.p., della rilevanza, in sede concorsuale, di condotte sprovviste di ogni legame causale con il reato conclusivamente intervenuto.

A tanto perviene quella ricostruzione del concorso di persone che sottolinea la preminenza, che al suo interno assume la dimensione associativa o – con terminologia meno equivoca – *organizzativa*, caratterizzante la dinamica concorsuale<sup>51</sup>. Per organizzazione si intende, in quest'ottica, ciò che “raccolge e sintetizza i frammenti dell'agire collettivo” indirizzati verso la realizzazione dell'“evento del reato”, “ma da quest'ultimo ... distinto in termini sia cronologici sia ontologici”<sup>52</sup>. Essa rappresenterebbe l'indefettibile proiezione, in chiave necessariamente oggettiva e materiale (ché, altrimenti, vi si potrebbe rintracciare il germe di un contrasto con il principio di materialità dell'illecito penale), di quel “previo accordo” fra i partecipi, al quale si tende a riconoscere un ruolo specifico soltanto all'interno dell' (e alla problematica relativa all') elemento soggettivo del concorso di persone nel reato<sup>53</sup>.

La centralità di questa componente organizzativa, in sede di analisi del fenomeno concorsuale, risulterebbe dall'essere questa entità *intermedia* – e non già il reato plurisoggettivamente realizzato nella sua forma ultima – il termine al quale rapportare l'*incidenza causale* dei contributi (sott.: atipici) dei singoli concorrenti<sup>54</sup>. Il *discrimen* per tale via instaurato fra organizzazione, da una parte, e reato concorsualmente realizzato, dall'altra, consentirebbe di individuare condotte che, pur essendo causali rispetto alla prima, non lo sono in relazione al secondo. Così, se Tizio fornisce a Caio – per ricorrere ad uno degli esempi più consueti in materia – una fiamma ossidrica per consentire a lui e ai suoi complici di aprire una cassaforte e impossessarsi del suo contenuto, Tizio risponderà di concor-

<sup>51</sup> Cfr. G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Torino, 1988, p. 462.

<sup>52</sup> In questi termini G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 463.

<sup>53</sup> Assegnano rilevanza al previo accordo in questa prospettiva L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981, p. 38 s.; G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Art. 110/84.

<sup>54</sup> Cfr. G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 463.

so in furto, benché la fiamma ossidrica non sia stata poi utilizzata in quanto Caio e gli altri correi hanno trovato aperta la cassaforte. A questo esito si approda perché il termine di riferimento, sul quale calibrare l'efficacia causale della condotta di Tizio, è – appunto – l'*organizzazione*, vale a dire l'apprestamento dei mezzi necessari all'esecuzione del reato; e non già la commissione del reato, ché, rispetto alle concrete modalità di quest'ultima, il comportamento di Tizio è sprovvisto di qualsivoglia valenza causale, non essendo stata la fiamma ossidrica oggetto di alcun impiego<sup>55</sup>.

L'assunzione del momento organizzativo quale parametro di tipicizzazione e "filtro" delle condotte di partecipazione ha immediate ricadute sul piano della lettura dello stesso art. 114, comma 1, c.p. Instaurata una relazione causale fra tali condotte e l'organizzazione, potranno darsi tipologie di contributi di carattere secondario od occasionale, inquadrabili in una dimensione "gregaria" rispetto a quelli principali che costituiscono in senso stretto l'organizzazione, ma pur sempre causali rispetto alla medesima<sup>56</sup>. La circostanza che questi contributi siano sprovvisti di qualsivoglia efficacia causale rispetto al risultato ultimo, dato dal reato plurisoggettivamente realizzato, non toglie che la loro rilevanza si possa mantenere, comunque, nell'orbita del paradigma causale. Ciò in quanto – appunto – ne è mutato il termine di riferimento, rinvenibile non più nel reato commesso, ma nell'organizzazione che vi risulta strumentale. Il riferimento all'anello intermedio dell'organizzazione consente, dunque, da un lato di legittimare e razionalizzare una prassi che circoscrive l'operatività dell'art. 114, comma 1, c.p. ai soli contributi non causali rispetto al reato concorsualmente commesso; dall'altro, di graduarne l'incidenza con riferimento a condotte munite di efficienza causale in relazione al momento organizzativo, sì da consentire, al loro interno, una selezione che posseda l'attitudine a far emergere quelle autenticamente marginali e occasionali, cui si addice l'applicazione del beneficio previsto dall'art. 114, comma 1, c.p.

Questa ricostruzione del fenomeno concorsuale, incentrato sul-

---

<sup>55</sup> Cfr. sempre G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., in particolare p. 462 e 467.

<sup>56</sup> In questi termini G. INSOLERA, *op. ult. cit.*, p. 498 s.

la valorizzazione, quale punto di riferimento causale dei contributi dei partecipi, del requisito dell'organizzazione, pare esporsi, nondimeno, ad un duplice ordine di obiezioni.

In primo luogo, il concetto di organizzazione, valorizzato come elemento centrale della struttura del concorso di persone, postula una previa *actio finium regundorum* rispetto all'omonima e omologa nozione sulla quale giurisprudenza<sup>57</sup> e dottrina<sup>58</sup> radicano l'*ubi consistam* dei reati associativi. Sebbene questo problema venga chiaramente avvertito da chi incentra – appunto – il concorso di persone sul momento organizzativo<sup>59</sup>, la via prescelta per uscire dall'*impasse* che una mancata distinzione della nozione e delle sue modalità di impiego nei due contesti appena richiamati sembra poco persuasiva. Quando si precisa che l'ambito applicativo delle fattispecie associative sarebbe destinato a restringersi a favore di quello riservato ad un modello di concorso di persone imperniato sul requisito dell'organizzazione, “quanto meno *nell'ipotesi del reato continuato*”<sup>60</sup>,<sup>61</sup>, si finisce con l'ammettere una fungibilità di questo elemento *nei soli casi* nei quali ricorra la continuazione fra il reato associativo e il concorso di persone nel reato-scopo. Il che lascia inevasa la questione relativa al *an* e al *quomodo* della sua declinazione quando *non* ricorrono gli estremi della continuazione, vale a dire nel rapporto intercorrente *in astratto* tra fattispecie associativa e concorso di persone nel reato.

In secondo luogo, questa ricostruzione del concorso di persone, valorizzando il momento della sua organizzazione – anche al di là della sovrapposibilità di questo elemento con quello che è, parimenti, nota caratterizzante i reati associativi, aspetto forse superabile mediante una diversa lettura di questi ultimi – quale punto di riferimento dei singoli contributi atipici, arriva conclusivamente a rimodularlo entro le coordinate del concorso... *nell'organizzazione* del reato. Il che val quanto dire che la partecipazione viene rapportata

<sup>57</sup> Pur essendo doveroso dare atto delle differenti sfumature nelle quali viene inteso il requisito dell'organizzazione dalle pronunce giurisprudenziali che lo richiamano, la sua indefettibilità viene, nondimeno, costantemente richiesta: cfr., al riguardo, per tutte Cass. 16 novembre 1984, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 654.

<sup>58</sup> Cfr., per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. s., II ed., cit., p. 474.

<sup>59</sup> Cfr., infatti, G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 471 s.

<sup>60</sup> Il corsivo è aggiunto.

<sup>61</sup> Così G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 472.

ad un *quid* che, dal punto di vista logico e cronologico, si colloca in una fase *prodromica e anticipata* rispetto all'esecuzione plurisoggettiva del reato. Ancorando la rilevanza concorsuale delle singole condotte al punto di riferimento dell'organizzazione del concorso, si rischia, in sostanza, di trasformarle in corrispondenti forme di partecipazione al *pericolo* di un concorso. Quanto ciò si differenzi dall'attribuire rilievo, *expressis verbis*, a un autentico *tentativo di concorso* – nell'accezione *negativa*, sopra precisata<sup>62</sup> – rimane, peraltro, oscuro. Invero, il collegamento della rilevanza causale del singolo contributo alla predisposizione dei mezzi per realizzare il reato, anziché alla sua consumazione *tout court*, si risolve surrettiziamente, per il tramite *dell'anticipazione* del punto di riferimento cui questo si salda e per il fatto che questo si identifica solo ed esclusivamente con il pericolo della realizzazione di un reato in concorso, nel qualificare come sufficiente, in sede concorsuale, quello che, di fatto, non è un concorso nel reato, ma quel tentativo di concorso di persone nel reato, al quale si nega cittadinanza nel nostro sistema<sup>63</sup>.

8. *Il disvalore di azione dei contributi inutili e il tentativo di partecipazione nelle differenti formule che questo ha assunto nel codice penale tedesco*

Si presenta (come) indifferibile, a questo punto, l'esigenza di affrontare *in medias res* il problema del tentativo di partecipazione e del suo rapporto con la necessità – ben lungi dall'essere espressa soltanto dalla nostra esperienza<sup>64</sup> – di assegnare rilevanza penale a contributi concorsuali sprovvisti di efficacia causale rispetto al reato plurisoggettivamente realizzato nel suo *hic et nunc*.

Quest'ultima istanza nasce, evidentemente, dalla pretesa di marcare, conferendo loro una valenza penalistica, ipotesi di partici-

<sup>62</sup> Rinviamo, pertanto, alla relativa nozione datane, *antea*, al par. 5 di questo Capitolo.

<sup>63</sup> Cfr. G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 460 e *ivi* nt. 195 e 196.

<sup>64</sup> In quanto di essa si rinvergono riscontri anche in quella d'Oltralpe, come non tarderà ad emergere da questo stesso paragrafo e da quello successivo.

zione nelle quali è lampante il disvalore di azione inerente alla singola condotta proiettata verso il reato concordato (si pensi al classico caso della fornitura della fiamma ossidrica da utilizzare per scassinare una cassaforte trovata aperta, o della quale altri ha reso disponibile la chiave o la combinazione), ma che la fedeltà al paradigma causale impone di estromettere dall'area del penalmente rilevante. Quando sottolineiamo che sollecitazioni di questo segno non costituiscono affatto una prerogativa della nostra esperienza, alludiamo precisamente al dato che pulsioni dirette a ricomprendere questa tipologia di condotte nell'area della rilevanza concorsuale sono state ben presenti, esprimendosi per il tramite di torsioni e rielaborazioni – *in subiecta materia* – del principio causale, in costruzioni della letteratura tedesca<sup>65</sup>, alle quali la nostra ha attinto a piene mani.

Torniamo, comunque, al tema del tentativo di partecipazione, rinviando ad un momento ulteriore l'analisi delle sue connessioni con la problematica da ultimo accennata.

Al cospetto del nostro diritto positivo, è la disposizione dell'art. 115 c.p. l'argomento più frequentemente impiegato per negarne l'ammissibilità<sup>66</sup>. Che l'accordo e l'istigazione, non seguiti dai fatti che ne formano, rispettivamente, oggetto, non siano punibili è assunto che, oltre che su questa solida piattaforma positiva, trova la propria ragione teorica fondante nei postulati della teoria dell'accessorietà, qui facendo difetto quel fatto principale, dal quale i contributi atipici ripetono la loro tipicità in sede concorsuale<sup>67</sup>. Stempera, peraltro, l'attitudine dell'art. 115 c.p. a porsi come regola generale preclusiva del tentativo di partecipazione l'incontestabile presenza, tanto nella parte speciale del codice quanto nella legislazione complementare<sup>68</sup>, di singole fattispecie che vi derogano, così da dar luo-

<sup>65</sup> Il pensiero corre, in particolare, al contributo di W. CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, in *Festschrift für U. Stock*, 1966, p. 115 ss.

<sup>66</sup> In questa direzione cfr., per tutti, G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Art. 110/26.

<sup>67</sup> Cfr. G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, cit., p. 87 s.

<sup>68</sup> All'ordinaria non punibilità dell'istigazione non accolta fanno eccezione – com'è noto – le varie ipotesi di istigazione *pubblica*, delle quali si prevede la sottoposizione a pena, disseminate nella parte speciale del codice; essa contempla altresì l'assoggettamento a pena di un'istigazione *privata*, quale quella contemplata nell'art. 302 c.p.

go, nei casi di punibilità del mero accordo o della mera istigazione non accompagnati dalla commissione di un delitto, alla punibilità dei tentativi di partecipazione, nei quali essi si concretano.

Completamente diverso è, all'opposto, il contesto normativo nel quale sono germinate le riflessioni maturate, con riferimento alla riconducibilità nella (sfera della) rilevanza concorsuale di contributi non causali, nell'esperienza tedesca.

Qui una norma incriminatrice del tentativo di partecipazione c'è: si tratta del § 30 StGB. Originata da un caso storicamente ben determinato – il c.d. *Duchesne-Fall*, vale a dire la vicenda, datata 1873, in cui un cittadino belga, appunto tal Duchesne, aveva offerto all'arcivescovo di Parigi la propria disponibilità a porre in essere, dietro il versamento di un lauto compenso, un attentato alla vita di Otto Bismarck, senza ottenerne adesione alcuna, poiché il prelado la rifiutò espressamente<sup>69</sup> – questa disposizione è ben sopravvissuta al venir meno delle contingenti condizioni storiche, che avevano presieduto alla sua enucleazione. Ora, al di là del suo tenore attuale, del quale abbiamo più sopra dato conto, ciò che preme evidenziare, in questo momento, sono i mutamenti di formulazione che questa, in progresso di tempo, ha conosciuto.

Sotto questo profilo, non si può seriamente mettere in discussione il dato che l'aspetto più interessante e innovativo – anche se temporaneo, essendo stato il medesimo rimosso a mezzo della 3. *Strafrechtsänderungsgesetz* del 4 agosto 1953<sup>70</sup> – delle formulazioni, che questa disposizione ha via via assunto, vada rinvenuto nel contenuto impresso all'allora Par. 49 a, Abs. III, StGB dalla *Strafrechtsangleichungsverordnung* del 29 maggio 1943<sup>71</sup>. Alla sua stregua “chi presta aiuto all'autore nella commissione di un delitto, viene punito come complice, quando il

---

Per ciò che attiene alla legislazione speciale, basti ricordare l'art. 8, comma 1, l. 962/1967, il quale, in materia di genocidio, incrimina *ex se* l'istigazione pubblica a commettere taluno dei delitti di cui agli artt. 1-5 della legge in questione.

<sup>69</sup> Riferimenti più dettagliati sulla vicenda possono reperirsi in K. LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlin, 1972, p. 87 ss.; W. JOECKS, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, München, 2003, p. 1143; B. SCHÜNEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., p. 2110 s.

<sup>70</sup> Sul punto cfr., per tutti, K. LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, cit., p. 155; B. SCHÜNEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., 2111.

<sup>71</sup> Sulla quale cfr. E. MEZGER, *Die Teilnahmelehre in der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943*, in *Deutsches Strafrecht*, 1943, p. 116 ss.

delitto *non* giunge ad esecuzione oppure vi giunge *independentemente* dalla prestazione del suo aiuto”. Dal punto di vista sanzionatorio, poi, la disposizione in parola precisa che il giudice *possa*, in questi casi, procedere ad una diminuzione della pena o, addirittura, prescindere *tout court* (*von Strafe absehen*). Per tale via, quindi, le forme del tentativo di partecipazione si estendevano (fino) a colpire la complicità tentata (*versuchte Beihilfe*). E si riconosceva a questa novazione normativa il merito di aver superato le ambiguità della giurisprudenza del *Reichsgericht* in tema di agevolazione alla commissione del delitto<sup>72</sup>: queste si dovevano ritenere *in re ipsa* eliminate dall'autonoma previsione (della punibilità) del tentativo di complicità.

9. *La correlazione fra l'abrogazione della fattispecie di complicità tentata e l'elaborazione di tesi orientate a integrare e/o rimuovere la teoria condizionalistica in ambito concorsuale*

Si tratta, a questo punto, di rintracciare e specificare il nesso intercorrente fra le evoluzioni della formula relativa al tentativo di partecipazione e la problematica del trattamento da riservare a quei contributi concorsuali che, pur apparendo in sé meritevoli di pena, tendono a sfuggire alle maglie della disciplina della compartecipazione criminosa in quanto sprovvisti di un collegamento *causale* con il reato plurisoggettivamente realizzato.

Ebbene, malgrado nella nostra letteratura contemporanea non manchino certamente contributi che si sono soffermati sui correttivi che al paradigma causale, sul terreno concorsuale, sono stati apportati dalla letteratura tedesca per farvi rientrare i contributi *de quibus*<sup>73</sup>, non è dato riscontrare alcun segnale in ordine alla correlazione esistente fra queste elaborazioni teoriche e l'assetto normativo in tema di tentativo di partecipazione, dal quale queste hanno preso le mosse.

Eppure, se solo ci si sofferma su uno dei saggi maggiormente ci-

<sup>72</sup> Cfr., al riguardo, i riferimenti giurisprudenziali riportati da E. MEZGER, *Die Teilnahmelehre in der Strafrechtsangleichungsverordnung*, cit., p. 120.

<sup>73</sup> I necessari riferimenti si rinvengono in G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Art. 110/31-32.



tati nella nostra letteratura sul punto, vale a dire quello di Wilhelm Class<sup>74</sup>, che approda alla teoria della causalità *di rinforzo* per ricondurre alla sfera del concorso di persone condotte che, in quanto carenti di un vero rapporto causale con il reato posto in essere dagli altri concorrenti, dovrebbero rimanervi estranee<sup>75</sup>, vi si rinviene un *incipit* che non lascia dubbi sulla presenza di tale collegamento. Scrive, infatti, Class, che il problema da lui tematizzato nasce proprio per la mancanza di una fattispecie di *complicità* tentata, qual era, precisamente, quella descritta dal previgente § 49 a, Abs. III, StGB, abrogato dalla successiva legge 4 agosto 1953<sup>76</sup>.

Giova, al riguardo, focalizzare, sia pure in via meramente incidentale, l'attenzione sulle ragioni che condussero alla scelta legislativa di espungere dal sistema il suddetto par. 49 a, Abs. III, StGB.

È opinione comunemente ricevuta, nella letteratura tedesca che si è occupata di questo problema, che alla base della sua abrogazione vi sia stata la lettura di questa disposizione come espressione di quel *Willensstrafrecht* di cui si imponeva comunque il rigetto, fosse questo o meno il frutto dell'influsso esercitato dalle coordinate del diritto penale nazionalsocialista<sup>77</sup>.

Nella misura in cui si collega ad un'interpretazione del § 49 a StGB *sub specie* di manifestazione del *Willensstrafrecht*, questa spiegazione della sua rimozione pare bisognosa di qualche indispensabile precisazione. Vero che il tentativo di partecipazione si prestava ad essere inquadrato in questa cornice, è nondimeno incontestabile che era l'*intera* tematica del *tentativo* ad essere investita, nell'era del diritto penale nazionalsocialista, dal suo influsso<sup>78</sup>. Non è un caso che l'epoca sia stata connotata dalle declinazioni più marcatamente soggettivistiche dell'istituto<sup>79</sup>. In questo quadro, l'impronta

<sup>74</sup> Alludiamo a *Die Kausalität der Beihilfe*, cit., *antea*, sub nt. 65.

<sup>75</sup> Cfr., infatti, W. CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, cit., in particolare p. 119 e 126.

<sup>76</sup> Cfr. W. CLASS, *Die Kausalität der Beihilfe*, cit., p. 115 e nt. 1.

<sup>77</sup> In tal senso, fra gli altri, K. LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, cit., p. 155; B. SCHÜNEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., p. 2111.

<sup>78</sup> In argomento si rinvia alle ampie e dettagliate indicazioni su quel periodo storico rinvenibili nel fondamentale lavoro di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, p. 787 ss.

<sup>79</sup> Cfr., sul punto, S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., in particolare p. 791.

soggettivistica ascrivibile al § 49 a StGB altro non era – se ci si passa la metafora – che la proiezione su un ramo della fisionomia dell’albero al quale metteva capo. La scelta di espungerlo dal sistema, operata dal legislatore tedesco del secondo dopoguerra, si può leggere, pertanto, come l’espressione della volontà di incidere su uno degli *effetti* del fenomeno, lasciandone intatta la *causa*.

Per un intervento indirizzato alla rimozione in radice dell’impostazione in chiave soggettivistica del tentativo si è dovuta attendere, invece, la nuova formulazione del § 22 StGB, la cui entrata in vigore ha avuto luogo il 1° gennaio 1975<sup>80</sup>.

Se si recide, peraltro, il cordone ombelicale fra il §49 a StGB e le coeve letture soggettivistiche del tentativo e ci si concentra esclusivamente sul suo tenore letterale, non si comprende a che cosa risalga – avendosi qui riguardo all’Abs. 3 della disposizione in questione – effettivamente l’*imprinting* soggettivistico, dal quale lo si giudica affetto. Invero, l’espressione “presta aiuto”, con la quale si designa questa peculiare forma di partecipazione, sembra (poter) armonizzare perfettamente con una sua esegesi in chiave oggettiva, sì da renderla consona ad un diritto penale del *fatto*, piuttosto che ad uno della *volontà*. Se mai, potrebbero essere sollevati dubbi rispetto alla possibile equiparazione dal punto di vista *sanzionatorio* fra le ipotesi di complicità *consumata*, vale a dire quelle sostanziatisi in effettivi contributi (atipici) alla realizzazione del reato, e quelle di complicità meramente *tentata*. Anche in questo caso, nondimeno, la criticità evidenziata non avrebbe costituito una prerogativa esclusiva dell’abrogato par. 49 a, Abs. 3, StGB.

Tutta la disciplina del tentativo di partecipazione era improntata all’equiparazione sanzionatoria fra tentativo e consumazione, un’eventuale diminuzione di pena per chi si fosse reso responsabile del primo essendo soltanto *facoltativa*. In ciò era dato cogliere, pertanto, un’incontaminata simmetria rispetto alla disciplina dettata per il tentativo monosoggettivamente realizzato di un delitto.

Anche su questo punto, peraltro, la legge di riforma del codice penale tedesco del 1975 ha introdotto una modifica tutt’altro che irrilevante, statuendo l’*obbligatorietà* della diminuzione di pena prevista per chi si era limitato a tentare di concorrere nel reato rispetto

<sup>80</sup> Cfr. H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 514.

a chi vi era concorso effettivamente<sup>81</sup>. Non a caso, la rottura dei perfetti meccanismi di corrispondenza fra tentativo e tentativo di partecipazione ha rafforzato le tendenze, già presenti<sup>82</sup>, a dubitare della riconducibilità della fattispecie contenuta nell'attuale § 30 StGB all'ambito di pertinenza sistematica del tentativo<sup>83</sup>.

## 10. Conclusioni

Sacrificata sull'altare della necessità di operare un processo di denazificazione del diritto penale e un reciso distacco dal *Willensstrafrecht*, la disposizione contenuta nel previgente § 49 a, Abs. III, StGB non pare(va), in realtà, effettivamente permeata dagli influssi che ne avrebbero giustificato la rimozione dal sistema. Se, poi, ci si sforza di ipotizzare un'ideale crasi fra il suo tenore letterale, da una parte, e gli aggiustamenti che, in prosieguo di tempo, il legislatore tedesco ha approntato rispetto al trattamento sanzionatorio previsto per il tentativo di partecipazione, dall'altra, ne esce rafforzata l'idea di una norma che, così congegnata, sfuggirebbe alle immancabili censure di eccessivo appiattimento alle istanze soggettivistiche, che da sempre investono ogni sforzo di riconoscere al disvalore di azione quel ruolo che di fatto gli spetta.

Si tratta, in effetti, di riconoscere l'esigenza di concedergli, nella materia del concorso di persone, quella rilevanza che, anche se formalmente negata, finisce con l'emergere *aliunde* quando – ad esempio – per riportare nell'area della rilevanza concorsuale contributi non utilizzati si ricorre, in Germania ma anche da noi, a teorie pseudocausali<sup>84</sup> che so-

<sup>81</sup> Cfr. H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 703.

<sup>82</sup> Cfr. K. LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, cit., p. 219 ss., il quale rinviene la ragion d'essere della disposizione sul tentativo di partecipazione nella volontà di sottoporre eccezionalmente a pena atti *meramente preparatori*.

<sup>83</sup> Sul distacco, indotto da questa novazione legislativa, della tematica pertinente al § 30 StGB da quella propriamente riservata al tentativo cfr. B. SCHÜNEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., p. 2116.

<sup>84</sup> Questo predicato si attaglia, in particolare, alla teoria, elaborata da Class, sulla c.d. causalità di *rinforzo*, menzionata nel paragrafo che precede; nonché a quella della c.d. causalità *agevolatrice*, patrocinata, nella nostra letteratura, da R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale*, cit., p. 60 ss.

lo nominalisticamente possono garantire la presenza di un legame causale fra quei contributi e il reato plurisoggettivamente commesso.

La porzione più calzante, rispetto a questo problema, della formula dell'abrogato par. 49 a era certamente quella che contemplava la responsabilità, a titolo di complicità tentata, a carico di chi avesse prestato un aiuto alla commissione del reato, "quando il reato sia giunto ad esecuzione *indipendentemente* dal suo aiuto".

Siamo esattamente di fronte a quei contributi *non* causali, ai quali la nostra giurisprudenza circoscrive l'applicazione *facoltativa* dell'attenuante di cui all'art. 114, comma 1, c.p.

Non sarebbe preferibile inquadrarli in una disposizione ricalcante la combinazione fra l'originaria formulazione del § 49 a, Abs. III, StGB e il trattamento sanzionatorio stabilito per le attuali forme di tentativo di partecipazione, per le quali è stabilita una diminuzione *obbligatoria* di pena, che abbiamo poco sopra ipotizzato?

Si tratterebbe, in altri termini, di inserire, all'intero della disciplina del concorso di persone nel reato – sempre che il legislatore futuro non intenda circoscriverne l'operatività a talune fattispecie che considera più gravi, "sposando" allora una soluzione di parte speciale – una disposizione *ad hoc*, alla stregua della quale "chi prende parte all'esecuzione di un reato in concorso con altri è, per ciò solo, punito anche quando il reato è stato commesso indipendentemente dalla sua azione od omissione, ma la pena è diminuita".

Una norma di tal genere consentirebbe di sanzionare il disvalore della condotta posta in essere da un soggetto siffatto, senza appiattirla sulla responsabilità gravante su coloro che *effettivamente* sono concorsi nel reato commesso.

Un'opzione normativa di questo tipo confermerebbe la valorizzazione del disvalore di azione in termini chiari e inequivoci; non già (e non più) attraverso le vie indirette mediante le quali vi si è pervenuti<sup>85</sup> e vi si perviene tuttora<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Ne abbiamo visto ipotesi paradigmatiche trattando degli orientamenti giurisprudenziali, in materia di responsabilità del sanitario, antecedenti alla sentenza Franzese: cfr., *retro*, par. 2 di questo Capitolo.

<sup>86</sup> Lo attesta l'impostazione tuttora prevalente, nella prassi, sul terreno della (dis)applicazione dell'art. 114, comma 1, c.p., sulla quale rinviamo alle considerazioni sviluppate al par. 8 del presente Capitolo.

## CAPITOLO IV

### IL DISVALORE DI EVENTO IN SENSO SOSTANZIALE E LA SCELTA DELLE TECNICHE DI TUTELA PIÙ IDONEE A GARANTIRE LA SALVAGUARDIA DEI BENI PROTETTI

SOMMARIO: 1. Necessità di una revisione del disvalore di evento in senso sostanziale. – 2. Ancora sulle declinazioni del principio di offensività: la sua versione “forte”. – 3. (segue): e quella “debole”. – 4. La fondatezza delle ragioni essenziali sottostanti all’enucleazione del principio di offensività. – 5. (segue): e l’esigenza di veicolarle nel sistema in una prospettiva *de lege ferenda*. – 6. Considerazioni sui modelli di reato strutturalmente più indicati ad assolvere ai compiti di tutela: le sollecitazioni teoriche... – 7. (segue): ...e quelle derivanti dalla prassi. – 8. Verso la creazione di reati di mera condotta anche per soddisfare le istanze del principio di precauzione?

#### 1. *Necessità di una revisione del disvalore di evento in senso sostanziale*

Dal modello di illecito penale tratteggiato sulla scorta di quanto finora esposto, non stenta ad emergere una presenza – quando non addirittura una decisa preminenza – del disvalore della condotta capace di sminuire – se non di eclissarne la portata – il disvalore di evento inteso *in senso sostanziale*. Quanto ciò disti dall’immagine del reato restituitaci dalla cultura oggi unanimemente dominante, è un dato che non necessita neppure di essere sottolineato, stante la chiarezza con la quale si palesa.

L’aspetto di reale problematicità insito in una ricostruzione dell’illecito penale in questi termini è, evidentemente, quello di

oscurarne la peculiare dimensione di fatto offensivo di un bene giuridicamente protetto, ossia di quel tratto che proprio il disvalore di evento in senso sostanziale incarna. Se, quindi, ad essere messa in discussione è la centralità, nell'economia del reato, del bene giuridico quale punto di riferimento irrinunciabile dell'offesa che vi è immanente, ciò non può che impegnare ad una riflessione, per quanto minima, sul significato da attribuire al bene giuridico nell'odierna ricostruzione del penalmente rilevante.

Non c'è dubbio che, al cospetto di altre formule alternativamente impiegate per denotarne l'essenza, quella che incentra il reato sull'offesa a un bene giuridico rimane pur sempre quella che meglio si presta a denotarne *l'ubi consistam*<sup>1</sup>.

I problemi nascono non appena dalla funzione dogmatico-classificatoria di questa formula ci si sposta ad analizzarne la reale valenza e l'attitudine ad esprimere in modo esaustivo le caratteristiche dell'oggetto che essa pretende di descrivere.

Sotto il primo profilo, deve ormai considerarsi acquisito il superamento dell'idea che l'ancoraggio del reato alla lesione di un bene giuridico valga a garantire quell'aspirazione a fungere da criterio delimitativo della sfera del penalmente rilevante, che gli è stata accreditata per molto tempo<sup>2</sup>. In realtà, è la storia stessa del concetto di bene giuridico ad erudirci sulla fallacia di questo convincimento, se è vero che fin dalla sua genesi – risalente a Birnbaum – la sua creazione ha risposto ad esigenze di *ampliamento*, anziché di riduzione, della cernita dei comportamenti ascrivibili alla competenza del diritto penale<sup>3</sup>.

Sotto il secondo profilo, la riduzione ad unità del reato nel se-

---

<sup>1</sup> Cfr., al riguardo, M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1549.

<sup>2</sup> Precise indicazioni in questa direzione si possono rinvenire, per tutti, in E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, p. 58 e Autori ivi richiamati.

<sup>3</sup> Cfr., in tal senso, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I, cit., sub Pre-Art. 39/2*; M. DONINI, *Il principio di offensività, Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, Roma, 25 maggio 2012, in onore di Mirelle Delmas-Marty, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 settembre 2013, p. 4. Per un'impostazione chiaramente divergente rispetto alla valutazione dell'opera di Birnbaum cfr. E. Musco, *Bene giuridico*, cit., p. 66 s.

gno di mero *fatto* offensivo di beni giuridici di altrui spettanza non rende giustizia al dato che questo origina, pur sempre, soltanto da comportamenti *umani*. Il che significa che rinviene la sua fonte sempre e solo in avvenimenti che ricadono sotto le possibilità del controllo dell'uomo.

In questa specifica prospettiva, alle costruzioni teoriche che individuano l'essenza del reato nella lesione di un bene giuridico (*Rechtsgutsverletzung*) si fa preferire, in quanto dà spazio alla sua peculiarità appena segnalata, l'impostazione jakobsiana che la rinviene nella *Normwidrigkeit* che gli è immanente. L'accentuazione dell'essere *oggetto della tutela penale l'osservanza della norma* orientata alla protezione dei beni giuridici, anziché questi ultimi *in quanto tali*, permette di estromettere dall'ambito di rilevanza penale sia le offese a beni giuridici – pur penalmente salvaguardati – scaturenti da decorsi naturali, sia – ed è ciò che maggiormente interessa – quelle originanti *in modo inevitabile – ergo*, secondo modalità non ascrivibili neppure alla colpa del loro autore – da comportamenti umani<sup>4</sup>. Che, poi, sullo sfondo della vigenza della norma, che si intende presidiare penalmente, si staglino comunque i beni giuridici che questa tende a preservare, è un dato che nulla toglie alla miglior capacità teorica di questa impostazione di rispecchiare il fatto che compito del diritto penale non è quello di offrire ai beni giuridici protetti una tutela a tutto campo, ma quello di circoscriverla a determinate *modalità di lesione*<sup>5</sup>. Allo stesso tempo, questa ricostruzione non estromette i beni giuridici dalla loro vocazione a selezionare l'area del penalmente rilevante, anche se – palesemente – in questa prospettiva il ruolo che ad essi spetterà sarà quello di legittimare le scelte esistenti e non già quello di svolgere una funzione *critica* in direzione di quelle future.

D'altra parte, la possibilità di riportare al loro interno soltanto le offese a beni giuridici contrassegnate, quanto meno, dalla colpa del loro autore altro non è che la proiezione, sull'intera struttura del reato, della recezione del principio di colpevolezza. Vero che ogni

<sup>4</sup> Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, II ed., Berlin-New York, 1991, p. 35 s.

<sup>5</sup> In questi termini si esprime, appunto, G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 36.

fatto di reato deve ritenersi pensato dal legislatore “con ‘dentro’ la colpevolezza”<sup>6</sup>, non si può pensare che ciò non reagisca sulla selezione delle condotte umane che, pur ugualmente produttive di lesioni ai beni giuridici, saranno – *recte*, sono – assoggettabili a pena. In questo senso, la norma penale si indirizzerà *ab imis* soltanto a quelle, tra di esse, che siano non soltanto corredate da questa efficacia, ma che siano anche supportate – quanto meno – da un indispensabile coefficiente colposo.

Risultato, questo, che è il frutto dell’adeguamento del nostro sistema al principio di colpevolezza e della correlativa necessità di espungere, dal suo interno, tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva che ancora vi albergano<sup>7</sup>.

## 2. *Ancora sulle declinazioni del principio di offensività: la sua versione “forte”*

Quello che appare il portato di istanze sostanzialmente condivise, ossia l’incentrarsi del reato non soltanto sulla lesione di un bene giuridico ma anche su una condotta, dolosa o colposa, che vi dà corpo, non armonizza perfettamente con il principio di offensività, *rectius* con alcune delle varianti in cui si articola la sua declinazione.

Prescindendo dal richiamare – al momento – le valutazioni critiche già espresse in ordine al suo fondamento normativo<sup>8</sup>, precisiamo che in questa sede non viene in considerazione la contrapposizione fra la versione “forte” e quella “debole” della sua recezione, pur essa

---

<sup>6</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 39/69; ID., in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale. II*, cit., sub Pre-Art. 85/6.

<sup>7</sup> Che proprio questo sforzo di conformare il nostro sistema penale al principio di colpevolezza costituisca una delle costanti fondamentali del globale impegno scientifico di Massimo Donini è significativamente riconosciuto dallo stesso Autore, a partire dalla Prefazione a *Illecito e colpevolezza*, cit. (p. VII ss.), fino a ID., *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 19, nt. 50.

<sup>8</sup> Rinviamo, in argomento, a quanto esposto, in particolare, al Capitolo I, Sez. I, par. 8.3.



già richiamata<sup>9</sup>. Questa riguarda non già i lineamenti strutturali del principio quanto, piuttosto, la capacità selettiva *esterna*, che gli si reputa immanente. Laddove la lettura “forte” del principio di offensività è compatibile con una concezione del reato in termini di offesa a un bene costituzionalmente garantito, quella “debole” vi ravvisa un vincolo – per il legislatore – a costruirlo in chiave di offesa a un bene protetto, senza che l’oggetto di tutela sia sottoposto ad *actio finium regundorum* alcuna.

Piuttosto, la precisazione che a dar luogo all’offesa al bene giuridico tutelato – quale che sia l’estensione che a quest’ultimo si intende conferire – debba essere una condotta dolosa o colposa del suo autore, finisce con l’essere fonte di una discrasia di tipo *strutturale* nella ricostruzione del versante *interno* del principio di offensività, che non risparmia neppure coloro che ne condividono il giudizio conclusivo sulla (sua) portata. Invero, anche fra i sostenitori del modello “forte” del principio di offensività, anche se circoscritto alla necessità che i beni tutelati siano “*comparabili*’ ... col sacrificio (anche se potenziale...) della libertà personale”<sup>10</sup>, si registra pur sempre uno iato fra la posizione – minoritaria – di chi identifica l’offesa come un *quid* che si correla indefettibilmente ad una condotta dolosa o colposa (o, quanto meno, antiprecettiva, per sottolinearne il carattere *impersonale*<sup>11</sup>)<sup>12</sup>; e quelle – sicuramente ancor’oggi maggioritarie – che, in nome di quell’oggettività dell’offesa costituente la prerogativa della stessa fondazione originaria del principio di offensività<sup>13</sup>, si appagano dell’attitudine offensiva di un fatto ricostruito secondo cadenze rigorosamente prewelzeliane, *ergo* senza concessione alcuna alle curvature soggettive della condotta che vi dà luogo<sup>14</sup>. Antinomia intrinseca al modello “forte” del

<sup>9</sup> Rinviamo, sul punto, al quadro delineato al Capitolo I, par. 3, e al Capitolo II, Sezione I, par. 1.

<sup>10</sup> Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 12.

<sup>11</sup> Evidenzia questo aspetto M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 36.

<sup>12</sup> Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., in particolare p. 214, 218 e, più in generale, tutta la Sezione II del Capitolo II; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 215 s.

<sup>13</sup> Cfr., per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 741 ss.

<sup>14</sup> Chiaro è il rifiuto di queste impostazioni da parte di V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 32 e nt. 55.

principio di offensività, questa, che spiega come mai al disvalore di azione venga riconosciuto, in questo contesto, uno specifico ruolo soltanto da chi si identifica nella prima delle due varianti della sua versione forte appena schizzate.

È appena il caso di sottolineare, trattando dei modelli forti o deboli del principio di offensività, come centrale risulti, comunque, agli effetti della sua fondazione a livello costituzionale, il comune riferimento al c.d. *argumentum libertatis*. Sebbene questo dato emerga indubbiamente con maggior risalto rispetto alle concezioni “forti” del principio di offensività<sup>15</sup>, non si può dire che questo *tòpos* argomentativo sia estraneo a quelle c.d. “deboli”. Anche se l’obiettivo ultimo al quale queste tendono non è quello di circoscrivere il novero dei beni penalmente tutelati soltanto a quelli, di rilievo costituzionale, suscettibili di essere bilanciati con il sacrificio – potenziale – della libertà personale<sup>16</sup>, rimane indubbio che questa peculiarità dell’intervento penale conservi un preciso significato anche nella loro aspirazione ad attribuire un rango costituzionale al principio secondo il quale non può esservi reato senza offesa ad un bene giuridico. Quando, infatti, si ricerca una norma costituzionale idonea ad attribuirglielo, la si rinviene nell’art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui consacra il “principio fondamentale della dignità dell’uomo”<sup>17</sup>. E se ne trae il corollario che le esigenze del suo rispetto risultino tanto più marcate proprio laddove hanno luogo “le forme più pesanti dell’intervento statale *nella sfera di libertà* della persona”<sup>18</sup>; il che val quanto dire in sede di applicazione delle *sanzioni penali*. Se ne evince che, in questo contesto, la salvaguardia di tali istanze possa essere assicurata da un diritto penale inderogabilmente associato alla lesione di un bene giuridico<sup>19</sup>.

Ciò comporta che entrambi i modelli si espongano, per tale via, alle obiezioni già sviluppate, in rapporto all’*argumentum libertatis*, in altra parte di questo lavoro<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. quanto esposto, *retro*, al Capitolo I, par. 8.1.

<sup>16</sup> Come accade, invece, rispetto alle sue declinazioni “forti”.

<sup>17</sup> In questi termini E. MUSCO, *Bene giuridico*, cit., p. 119.

<sup>18</sup> Cfr. sempre E. MUSCO, *Bene giuridico*, cit., *ibidem*.

<sup>19</sup> In questo senso E. MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 120.

<sup>20</sup> Cfr. *retro*, *sub* Capitolo I, par. 8.1.

3. (segue): *e quella “debole”*

Prima ancora di sviluppare qualsivoglia prospettiva di rafforzamento (della portata) del disvalore di evento *in senso sostanziale* nell'economia di un concetto di reato che, a dispetto della sicurezza con cui ne viene rivendicata l'incontestata primazia, non sembra offrire garanzie sufficienti per salvaguardarla, è bene rivolgere lo sguardo ad ulteriori argomenti prospettati dalla versione c.d. debole del principio di offensività al fine di convalidarne la presenza e l'efficacia vincolante.

Vero che la clausola dell'art. 49, cpv., c.p. palesa, oltre ad incongruenze intrinseche, la proprietà di veicolarne i riflessi anche nella costruzione del modello “forte”, di rilevanza costituzionale, del principio di offensività<sup>21</sup>, non è men vero che anche la piattaforma normativa, sulla quale si regge la sua versione “debole”, fornisce una base piuttosto sdruciolevole per assumerne la vigenza.

La tesi che il reato debba risolversi – sempre e comunque – in un'offesa a un bene giuridico, intesa in senso rigorosamente (ed esclusivamente) *oggettivo*, rinviene la sua base, a livello di legge ordinaria, nella disciplina che l'art. 56 c.p. detta con riferimento al delitto tentato<sup>22</sup>. Il dato che a denotarne la cifra sia il pericolo per il bene protetto e che la dosimetria sanzionatoria fra delitto tentato e delitto consumato si calibri, secondo un rapporto da *minus a maius*, su un *discrimen* che affonda le sue radici nel differente grado di offesa invariabilmente inerente all'uno e all'altro, viene letto come l'espressione a favore di un diritto penale dell'offesa al bene giuridico – lo si ripete: solo *oggettivamente* intesa – contenuta già nel codice penale

<sup>21</sup> Proprio su questo punto ci permettiamo di sottolineare i motivi di divergenza rispetto alla compiuta e articolata rappresentazione offertane da M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., *passim*.

Quando se ne indicano le *fonti* di livello costituzionale (*ivi*, p. 11), si premette ogni riferimento a quell'art. 49 c.p. che l'artefice della fondazione costituzionale del principio di offensività, *id est* Franco Bricola, reputava parimenti costituzionalizzato, nel meccanismo delineato dai suoi commi 2 e 4 (cfr. *antea*, Cap I, par. 8.3). Così facendo, peraltro, non si affrontano le discrasie, rispetto alla funzione del principio in questione, che detto assunto comporta.

<sup>22</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1*, cit., p. 528 s.

vigente<sup>23</sup>. Ora, al di là della (fin troppo ovvia) constatazione che una siffatta fondazione del principio di offensività manca di qualsiasi valenza *prescrittiva* in ordine al rispetto di questo principio da parte del legislatore futuro, questa potendo discendere soltanto dalla sua elevazione a principio di rango costituzionale, giova rimarcare come ad essa faccia altresì difetto la capacità descrittiva di rispecchiare compiutamente le scelte presenti nel codice vigente.

In particolare, la possibilità di deroghe a tale regola era già *ab origine* ammessa tanto a livello intracodicistico, nulla ostando ad una previsione derogatoria contenuta al suo interno<sup>24</sup>; quanto in sede extracodicistica, stante la clausola di cui all'art. 16 c.p.<sup>25</sup>.

#### 4. *La fondatezza delle ragioni essenziali sottostanti all'enucleazione del principio di offensività*

Rimarcare l'assenza e/o l'insufficienza – e, in alcuni casi, anche la contraddittorietà<sup>26</sup> – della piattaforma normativa sulla quale è edificato il principio di offensività e, con ciò stesso, la tesi della necessaria inerenza all'illecito penale di un disvalore di evento in senso *sostanziale*, non significa assolutamente – si badi – disconoscere la fondatezza delle ragioni che sono state e sono tuttora alla base della sua enucleazione.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. sempre G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*. 1, cit., p. 529.

<sup>24</sup> Tale è quella risultante dall'interpretazione che V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VI, 5<sup>a</sup> ed, 1983, a cura di P. Nuvolone e G. Pisapia, p. 558, propone in ordine ai rapporti fra detenzione e spendita di monete falsificate nel quadro dell'art. 453, n. 3), c.p. Posto che, secondo l'Autore, la detenzione non costituisce alcunché di diverso rispetto al tentativo di spendita delle monete in oggetto; e che detenzione e spendita rientrano nella medesima cornice editale fissata dall'art. 453, n. 3) c.p., se e dovrebbe giocoforza dedurre che, all'interno di quest'ultimo, il tentativo è equiparato alla consumazione.

<sup>25</sup> Cfr., oltre al "classico" caso in materia di contrabbando, rappresentato dall'art. 295 D.P.R. 43/1973, ai sensi del quale "per il tentativo di contrabbando si applica la stessa pena stabilita per il reato consumato", la disposizione di cui all'art. 24 l. 24 maggio 1975, n. 152, a norma della quale, nei casi in cui è stata applicata la misura di prevenzione della sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni (cfr. art. 22 della stessa legge), la persona che "elude o tenta di eludere l'esecuzione del provvedimento è punita con la reclusione da tre a cinque anni".

<sup>26</sup> Cfr., in particolare, i rilievi sviluppati nel Capitolo I, *sub par.* 9.

Specie con riferimento alla sua versione c.d. “forte”, non si potranno mai considerare superflui i richiami all’esigenza di rinvenire un vincolo atto ad arginare l’(altrimenti) incontrollata discrezionalità rimessa alle singole e variegata maggioranze parlamentari nel selezionare la cernita dei fatti penalmente rilevanti. Esigenza la quale altro non è che la manifestazione di quel rifiuto di appaltarne la gestione ai partiti politici, nel quale si deve rintracciare la genesi ultima della delineazione del volto costituzionale dell’illecito penale<sup>27, 28</sup>.

Né, d’altra parte, tale ultima istanza si può considerare conclusivamente recepita da quelle pronunce della Corte Costituzionale, avendosi in questa sede riguardo alla sentenza 189/1987 in tema di esposizione in pubblico di bandiere estere senza (la) preventiva autorizzazione<sup>29</sup>, nelle quali è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale di una norma penale per il difetto assoluto di un *bene giuridico*, che la disposizione in questione fosse diretta a tutelare<sup>30</sup>. Ribadire l’indefettibilità di un bene giuridico di riferimento per la legittimità di una norma penale è un assunto che non contiene informazione alcuna sulle caratteristiche che quel bene deve possedere per formare oggetto della tutela penale. Ancora conciliabile con la declinazione “debole” del principio di offensività, questo enunciato non lo è,

<sup>27</sup> Cfr., per tutti, M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 67.

<sup>28</sup> Una piena recezione di questa versione “forte” del principio di offensività era certamente rintracciabile nell’art. 129, comma 1, del Progetto di riforma costituzionale, approvato dalla Commissione bicamerale del Parlamento il 4 novembre 1997, nel contesto di quello che è stato icasticamente definito come “un ‘colpo di mano’ giacobino” – e, forse, non alieno da un certo revanscismo di fondo, aggiungeremmo a titolo personale – “effettuato da una ristretta cerchia di giuristi ‘di sinistra’”, secondo la definizione datane da M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Studi sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 56.

Per un complessivo giudizio su questo progetto cfr. M. DONINI, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 67 ss.

<sup>29</sup> Questa pronuncia è riportata in *Giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana. Decisioni e orientamenti fondamentali (1985-1996)*, cit., p. 145 ss.

<sup>30</sup> Cfr., specificamente, Corte Cost. 189/1987, cit. alla nota precedente, p. 152.

Nello stesso senso M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I*, cit., sub Pre-Art. 39/10.

evidentemente, con quella “forte”. La sua valenza ermeneutica non gli consente di attribuire al concetto di bene giuridico quella funzione limitativa delle scelte del legislatore in materia penale, alla quale soltanto una precisazione dei suoi contorni e non la mera pretesa che esso – qualunque ne sia l’*ubi consistam* – almeno esista può adempiere.

Dopo aver più sopra constatato, peraltro, come neppure il modello c.d. “debole” del principio di offensività si regga su pilastri argomentativi sufficientemente solidi<sup>31</sup>, si affaccia il quesito relativo ai percorsi mediante i quali le istanze espresse dalle diverse prospettazioni di questo principio possono trovare un ingresso solido e stabile entro le coordinate del nostro sistema penale. Si tratta, evidentemente, di uno pseudoproblema nell’autorevole ottica di chi muove dalla (tesi della) sua asseverata vigenza, in una portata assai prossima a quella sottesa dalla sua versione “forte”<sup>32</sup>, già *de lege lata* e ne rinviene elementi di convalida anche su scala europea<sup>33</sup>. Non lo è, invece, se, sulla scorta dei dubbi sulla sua base epistemologica rimarcati in questo lavoro<sup>34</sup>, si aderisce all’idea che al principio di offensività faccia tuttora difetto una legittimazione sistematica (davvero) sufficiente.

5. (segue): *e l’esigenza di veicolarle nel sistema in una prospettiva de lege ferenda*

Se è inusuale l’abbrivio concernente l’interrogativo sulla legittimazione del principio di offensività in un clima culturale – quale quello offerto dalla nostra letteratura contemporanea – ormai del tutto aduso ad assumerne la vigenza e a pretenderne l’osservanza, quale che sia il “modello” accolto in ordine alla sua estensione, piuttosto scontata appare, di contro, la scelta del rimedio da adottare

<sup>31</sup> Cfr., *retro*, il par. 3 di questo Capitolo.

<sup>32</sup> Cfr. M. DONINI, *Il contenuto vigente*, cit., p. 3 (del dattiloscritto).

<sup>33</sup> In questo senso sempre M. DONINI, *L’eredità di Bricola*, cit., p. 28 ss.; ID., *Il contenuto vigente*, cit., p. 8 ss. (del dattiloscritto).

<sup>34</sup> Se ne può vedere un sunto *retro*, *sub* Capitolo I, par. 9.

nel caso in cui – secondo l'ordine di idee prospettato in questo lavoro – emergano elementi atti ad inficiare le basi epistemologiche sulle quali esso si regge. In una evenienza siffatta, invero, se si conviene sulla condivisibilità delle istanze che vi sono sottese, l'unica soluzione percorribile per garantire loro il recepimento entro le coordinate del sistema non può essere, *de lege ferenda*, che quella di una sua espressa *codificazione*.

Che, del resto, si tratti di un'idea non lontana dagli stessi orientamenti prevalenti nella nostra dottrina risulta, in modo non equivoco, dal dato che in tutti i più recenti Progetti di riforma nel codice è contemplata una clausola diretta ad enunciare il postulato della necessaria offensività dei fatti suscettibili di integrare gli estremi di un reato. Al di là delle differenti formulazioni che essa ha conosciuto nei diversi Progetti in questione, resta comunque il fatto che la sua costante previsione *in queste sedi* costituisce – anche – la miglior riprova che la sua vigenza *de lege lata* non godeva di basi così solide come si tende a ritenere, ultronea risultando, in una ipotesi di questo genere, ogni necessità di una sua esplicita codificazione.

Due sono, comunque, le indicazioni di maggior rilievo – agli effetti del discorso che qui interessa – promananti dai riferimenti al canone della necessaria offensività dell'illecito penale contenuti nei menzionati Progetti di riforma.

Netta si presenta, in primo luogo, la cesura fra la valenza attribuita al principio di offensività dal Progetto Pagliaro e dal Progetto Grosso, da una parte, e quella riconosciuta dal Progetto Pisapia, dall'altra. Nello Schema di Articolato proposto dalla Commissione Pagliaro (25 ottobre 1991), pur dandosi atto – nella corrispondente relazione di accompagnamento – che il principio *de quo* rappresenta un irrinunciabile canone di politica legislativa al quale devono conformarsi le scelte di incriminazione rimesse al legislatore, se ne confina l'efficacia al solo profilo *dell'interpretazione* delle fattispecie di reato, rispetto alle quali si precisa l'esigenza che queste siano, appunto, *interpretate* “in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi del bene giuridico” (art. 4, comma 1, dell'Articolato). Assegna al principio di offensività una portata meramente interpretativa anche il Progetto Grosso, laddove – mercé la previsione dell'art. 2, comma 1, dell'Articolato – statuisce che “le norme incriminatrici non si

applicano ai fatti che non determinano un'offesa al bene giuridico".

Segue cadenze ben diverse e, con ciò, possiede un impatto ben più significativo la declinazione del principio di offensività recepita dal Progetto Pisapia. Nei principi di codificazione contenuti nello *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, spicca, all'art. 2, comma 2, lett. a), quello secondo il quale, nell'esercizio di tale delega, il Governo è vincolato a "prevedere come reati solo fatti che offendono beni giuridici *di rilevanza costituzionale*". Lampante la progressione che la portata e la dimensione del principio di offensività conoscono in questo progetto: da un lato, se ne accredita una valenza di principio di politica legislativa vincolante, in luogo di quella di canone puramente interpretativo attribuitagli da quelli precedenti; dall'altro, ne viene operata una consacrazione nella versione "forte", vale a dire in quella che limita ai soli beni costituzionalmente rilevanti l'attitudine a formare oggetto di tutela penale.

Si rompe, in secondo luogo, quel connubio esiziale fra il principio di offensività e la disposizione dell'art. 49, cpv., c.p. che ha nuociuto – come abbiamo avuto modo di verificare<sup>35</sup> – alla valorizzazione del primo tanto (come canone interpretativo) a livello di legge ordinaria, quanto alla sua stessa trasposizione a rango di principio costituzionale<sup>36</sup>. Scompare, infatti, l'incongruenza insita nella possibilità di applicare una misura di sicurezza all'autore di un fatto che, sebbene tipico, non è offensivo del bene protetto dalla relativa norma incriminatrice. Sebbene già implicito nel silenzio del Progetto Pagliaro sulla sorte del reato impossibile, il suo superamento si è reso manifesto nelle scelte compiute, al proposito, dal Progetto Grosso. Queste si segnalano sotto due distinti profili: da un lato, la tematica del reato – *rectius*, del delitto, per uniformarsi alle precise scelte lessicali del Progetto in parola – impossibile viene restituita alla sua originaria *sedes materiae*, vale a dire quella del tentativo, essendo trattata nell'ultimo comma dell'art. 41 dell'Articolato, concernente

---

<sup>35</sup> Rinviamo, nella specie, a quanto esposto nel Capitolo I, in particolare ai parr. 5 e 6.

<sup>36</sup> Il riferimento corre, in questo caso, al Capitolo I, par. 8.3.



– appunto – il delitto tentato; dall'altro – ed è quel che più interessa rimarcare in questa sede – al tentativo impossibile la suddetta disposizione dell'Articolato riconnette, *sic et simpliciter*, la non punibilità del suo autore, *senza contemplare alcuna possibilità di applicare una misura di sicurezza a suo carico*. Viene, per tale via, rimossa la principale discrasia fra il contenuto del principio di offensività e il regime sanzionatorio previsto, *de lege lata*, dal combinato disposto dei commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p., sulla quale abbiamo, a più riprese, insistito.

Spezza conclusivamente il binomio principio di offensività/tentativo impossibile il Progetto Pisapia. Nella corrispondente Relazione di riferimento, si precisa come risulti inutile – e, conformandoci per parte nostra ai rilievi già svolti, pernicioso per le aporie alle quali dà luogo – una disposizione che lo concerna, in quanto gli effetti che vi si vorrebbero riconnettere, *id est* la non punibilità dei fatti inoffensivi, sarebbero già assicurati dalla norma contemplante il principio di offensività, che quel Progetto – appunto – presuppone.

6. *Considerazioni sui modelli di reato strutturalmente più indicati ad assolvere ai compiti di tutela loro assegnati: le sollecitazioni teoriche...*

Recuperato al disvalore di evento in senso *sostanziale* il ruolo che doverosamente gli spetta nel definire i contrassegni del reato, resta ora da assolvere al compito, tutt'altro che secondario, di specificare le modalità attraverso le quali ne deve essere definita la *struttura*, affinché le relative fattispecie incriminatrici adempiano alla propria funzione di prevenire quelle offese ai beni giuridici che si tratta di stornare.

Breve: occorre spostarsi dal versante sostanziale a quello *strutturale* dell'illecito penale e verificare in quale modo si atteggi, su *questo secondo piano*, il rapporto fra disvalore della condotta e disvalore dell'evento.

Il che non può, ovviamente, limitarsi ad una mera ricognizione dell'esistente, palese risultando, sotto il profilo *strutturale*, la premi-

nenza, se non sotto il profilo quantitativo<sup>37</sup>, sotto quello dell'impatto applicativo, dei reati di evento rispetto a quelli di mera condotta. Ma investe, in modo non eludibile, la questione delle tecniche di tutela utilizzabili a fronte delle istanze di protezione promananti dai beni che oggi godono della salvaguardia offerta dal diritto penale dell'evento (strutturalmente, *ergo* naturalisticamente inteso). A porsi sul tappeto è, in sostanza, proprio il problema se questa tipologia di incriminazioni sia davvero ancora la più confacente a queste esigenze di tutela; o se, viceversa, proprio il rispetto dei principi (anche) costituzionali, che il suo impiego postula, non ne suggerisca la sostituzione con eventuali modelli ad esse alternativi.

Tale quesito ha modo di porsi con particolare riferimento ai delitti colposi di evento. Già in altra sede<sup>38</sup> lo abbiamo affrontato, sottolineando gli aspetti di problematicità insiti in un criterio di selezione delle responsabilità, quale quello connotante queste fattispecie, che fa del caso (la *Zufallskomponente*), immanente alla verificazione o meno dell'evento ivi previsto, il *discrimen* rispetto alla rilevanza penale di condotte parimenti inosservanti delle regole cautelari che ne disciplinano l'esecuzione<sup>39</sup>. Di qui la proposta, in quella stessa sede affacciata, di procedere, *de lege ferenda*, ad una conversione di tali fattispecie – con i limiti contestualmente segnalati<sup>40</sup> – in altrettanti reati di pericolo e di rivedere in modo radicale la posizione di un evento, che si intendeva estromettere dall'area del penalmente rilevante<sup>41</sup>.

Oggi, siamo a riproporre questo stesso interrogativo in un contesto completamente diverso. Mentre allora se ne poteva intravedere la ragion d'essere in speculazioni che, pur essendo comunque suscettibili di evidenti ricadute pratiche, muovevano da una prospetti-

---

<sup>37</sup> Rileva come i reati di pericolo costituiscano “il maggior numero delle incriminazioni oggi esistenti” M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. It. dir. Pen. Econ.*, 2013, p. 9 (delle bozze).

<sup>38</sup> Cfr. M. MANTOVANI, «Diritto penale del caso» e prospettive «*de lege ferenda*», in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 1080 ss.

<sup>39</sup> Cfr. sempre M. MANTOVANI, «Diritto penale del caso», cit., p. 1081 ss.

<sup>40</sup> M. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 1090 s.

<sup>41</sup> Sia consentito rinviare alla proposta da noi avanzata nel lavoro da ultimo richiamato, p. 1086 ss.

va eminentemente teorica, attualmente la problematica del rapporto fra disvalore di azione e disvalore di evento, nella cifra strutturale del delitto colposo di evento, si lascia cogliere, in tutte le sue sfaccettature, dagli orientamenti che, al riguardo, esprime la prassi giurisprudenziale più recente.

Se è vero – come si è avuto modo di rimarcare più sopra<sup>42</sup> – che, a fronte dell'erompere di istanze collegate alla valorizzazione del disvalore di azione in questa classe di illeciti – per un arco di tempo corrispondente alla quasi totalità dell'ultimo ventennio del secolo scorso – la nostra giurisprudenza, procedendo prima dal settore nevralgico della responsabilità medica ed estendendosi successivamente ad altri, è giunta ad una progressiva degradazione (del ruolo) dell'evento, confinandolo in una posizione affine a quella delle condizioni di punibilità per il tramite della costante erosione del nesso di causalità indefettibilmente richiesto fra la condotta e la sua verificazione, è vero che il modello “classico” del delitto colposo di evento ha prevalso, da ultimo, su questo *trend* della prassi.

Restaurato dalla sentenza Franzese il dogma causale e, con ciò stesso, l'elemento di tenuta garantistica di questa tipologia di illeciti al cospetto della tendenza a svuotarne la portata operata dai predetti orientamenti della prassi, suscettibili di sfociare – attraverso la c.d. “flessibilizzazione” dei criteri di accertamento del rapporto di causalità (fra condotta ed evento)– in una sostanziale erosione del principio costituzionale della responsabilità per fatto proprio<sup>43</sup>, sono state tenute in non cale altre proposte, formulate nel contesto dei lavori della Commissione Grosso, dirette a risolvere i problemi aperti da quella giurisprudenza. Non ha avuto séguito, in particolare, l'idea – in quella sede affacciata – di costruire, a livello di parte speciale, un'apposita categoria di “illeciti di *rischio*”, mirante a salvaguardare, mediante la creazione *ad hoc* di fattispecie di mera condotta, beni di preminente rilevanza, la cui sicura ed efficiente tutela non si conciliava con il rigore preteso, in materia di accertamento dell'effettiva sussistenza del rapporto di causalità, dalle ordinarie ipotesi incarnate dai corrispondenti delitti colposi di evento. Se e in quale

<sup>42</sup> Cfr. quanto riportato – *antea* – al Capitolo IV, par. 2.

<sup>43</sup> Ci rifacciamo ancora a quanto esposto, *retro*, al Capitolo IV, par. 2.

misura l'enucleazione di questo tipo di disposizioni sarebbe valsa a neutralizzare e/o arginare le deviazioni dai principi riscontrabili in taluni canoni di accertamento della responsabilità penale, che la nostra esperienza più recente, sempre in tema di delitti colposi di evento, segnala in modo lampante, è questione che potremo e dovremo affrontare solo dopo averne precisato l'*ubi consistam*.

7. (segue): ... e quelle derivanti dalla prassi

Gli attacchi che lo scenario contemporaneo registra, sempre sul terreno dei delitti colposi di evento, rispetto al principio della responsabilità per fatto proprio – e anche, come vedremo, a quello della responsabilità per fatto proprio *colpevole* – attengono, invece, alla ricostruzione della *colpa* in questa classe di reati.

Accostandosi con maggior precisione alle modalità con le quali questi hanno luogo, si deve dire, *in medias res*, che lo strumento privilegiato per realizzarli risiede nell'impiego, rispetto a questa tipologia di delitti, del *principio di precauzione* in luogo dei legittimi – e costituzionalmente imposti – criteri di accertamento della responsabilità colposa.

Sul tema del principio di precauzione esiste già una letteratura così ampia, della quale è dato facilmente preconizzare ulteriori sviluppi, che non è certamente possibile, nei limiti del richiamo che vi facciamo in questo lavoro, darne compiutamente conto<sup>44</sup>.

Qui interessa unicamente evidenziare i riflessi che l'applicazione *sostanziale* – pur se accompagnata da una sua non menzione o, addirittura, da una sua negazione *formale*<sup>45</sup> – dei criteri informativi di questo principio ha comportato sul versante dei delitti colposi di evento.

---

<sup>44</sup> Lo sforzo di darne conto risulterebbe certamente inane se, oltre ai lavori già editi, si volesse far riferimento (anche) a quelli in corso di pubblicazione. Per la stretta attinenza con le tematiche qui trattate, ci limiteremo, pertanto, ad attingere alle informazioni reperibili in D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012.

<sup>45</sup> Quale quella che si rinviene in Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, sulla quale si richiamano i rilievi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., in particolare p. 133 s.

Di fatto, si può dire – compendiosamente – che il suo intervento ha finito con il rimuovere la base *nomologica* sottostante alla genesi della regola cautelare, dal cui riscontro deve procedere ogni accertamento diretto a verificare l'imputazione per colpa di un evento ad una data condotta umana. Al pari del giudizio (sul rapporto) causale, infatti, anche quello relativo alla qualificazione di un determinato comportamento come colposo non può prescindere dal ricorso a leggi scientifiche di copertura, quando si tratta di individuare il parametro alla stregua del quale valutare quella riconoscibilità *ex ante* della possibilità della verifica di un evento tipico ai sensi di una fattispecie colposa, che fonda il dovere di evitarne la realizzazione da parte dell'autore della condotta suscettibile di produrlo<sup>46</sup>. Hanno sostanzialmente smantellato questo sostrato nomologico dell'enucleazione delle regole cautelari le pronunce che, dichiarandolo o meno, hanno fatto ricorso all'impiego del principio di precauzione al fine di argomentare il carattere colposo delle condotte ascritte ai rispettivi prevenuti<sup>47</sup>. Quando si è asserita la sufficienza del *dubbio* – in senso nomologico, appunto – in ordine alla verifica dell'evento per suffragarne l'imputazione all'asserita condotta colposa che lo aveva cagionato<sup>48</sup>, ci si è discostati da quell'esigenza di ancorare il dovere di riconoscerne la realizzazione ad una corrispondente generalizzazione causale, che costituisce il presupposto indeffettibile per la legittimità di un giudizio di colpa. In questo modo, si è – di più – calato nello stesso alone di incertezza lo stesso giudizio di responsabilità per fatto proprio dell'imputato, questo non potendo essere efficacemente salvaguardato, evidentemente, da un canone di giudizio che si appaga... della sua incertezza.

Questo giudizio sulle prestazioni offerte dal principio di precauzione nel settore dei delitti colposi di evento si attaglia, *a fortiori*, a quelle decisioni che, in questa stessa materia, hanno ritenuto che l'addebito di colpa rivolto agli autori di determinate condotte po-

<sup>46</sup> Fondamentali, sul punto, le precisazioni di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 1990, p. 208 ss.

<sup>47</sup> Se ne può vedere un'ampia e articolata rassegna in D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 132 ss.

<sup>48</sup> Cfr. ancora le indicazioni desumibili da D. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, p. 133.

tesse *tout court* prescindere dall'impiego di leggi scientifiche atte ad asseverare il collegamento eziologico fra tali condotte e l'evento<sup>49</sup>.

Al di là dell'irruzione (degli effetti) del principio di precauzione, tutta la prassi giudiziale sviluppatasi in questo specifico ambito finisce, poi, con l'obliterare la pretesa che l'evento concretamente realizzatosi costituisca la realizzazione dello specifico rischio che la correlativa regola cautelare violata aveva lo scopo di evitare e si limita a richiedere, in luogo di essa, la produzione di un evento genericamente dannoso per la salute umana<sup>50</sup>. È appena il caso di notare, tuttavia, come la rimozione, nella ricostruzione del giudizio per colpa, del *tòpos* della necessaria inerenza dell'evento concretamente prodottosi allo scopo di tutela ritagliato dalla cautela inosservata finisca con il riportarlo sui sentieri di un ineludibile *versari in re illicita*<sup>51</sup>, sì da travolgere lo stesso principio della responsabilità per fatto proprio *colpevole*.

---

<sup>49</sup> Paradigmatica è, in questo senso, la statuizione di Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, relativa alla nota vicenda di Sarno, in *Cass. pen.* 2011, n. 2.5, p. 82 ss., ed *ivi* la conclusione *tranchant* del par. 8 (ibidem, p. 97), alla cui stregua, se di un fenomeno *non* si conoscono le leggi scientifiche che valgono ad innescarlo, "la cautela che occorre usare nell'affrontarlo... deve essere ancora maggiore proprio perché non si possono escludere, con valutazione *ex ante* fondata su conoscenze scientifiche affidabili, gli effetti maggiormente distruttivi".

<sup>50</sup> Si rinvia, di nuovo, ai riscontri giurisprudenziali forniti da D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 135.

Nella nostra letteratura un'opera di dissoluzione di *tòpoi* essenziali al giudizio di colpa, condotta in nome delle esigenze del principio di precauzione e sfociante in risultati non dissimili da quelli ai quali è approdata – successivamente – la giurisprudenza richiamata nel testo, è quella di C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., p. 1433 ss.

In particolare, il giudizio di colpa viene amputato dell'esigenza che l'obbligo di adottare determinate cautele, nel produrre una data condotta, insorga solo quando sia *ex ante* disponibile una legge scientifica che colleghi quella condotta all'evento da evitare (in questi termini, C. RUGA RIVA, *loc. cit.*, p. 1763 s.).

<sup>51</sup> Per una limpida sottolineatura dell'esigenza che la responsabilità per colpa non si esaurisca nel semplice accertamento della violazione di una specifica norma cautelare e della verifica dell'evento causalmente collegatovi, ma si arricchisca dell'ulteriore requisito che essa "sia circoscritta ai risultati che la norma stessa mirava a prevenire" proprio per evitare che essa tracimi in un indistinto *versari in re illicita*, cfr. i sempre attuali rilievi del compianto G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, 1965, ora in ID., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 208 ss.

8. *Verso la creazione di reati di mera condotta anche per soddisfare le istanze del principio di precauzione?*

Alla luce della compromissione di garanzie fondamentali nell'accertamento della responsabilità penale che la gestione giurisprudenziale delle fattispecie colpose di evento comporta, la loro suggerita conversione – nei termini altrove specificati<sup>52</sup> – in corrispondenti fattispecie di pericolo, pur dando atto di un suo ipotetico contrasto con la logica della sussidiarietà in materia penale<sup>53</sup>, si presenta come un rimedio certamente preferibile alla loro conservazione nel segno che l'interpretazione della prassi le conferisce.

A scanso di equivoci, detta conversione *non* comporterebbe – nella stragrande maggioranza dei casi – la *creazione di nuovi reati di pericolo in aggiunta a quelli già esistenti*. Al contrario, essa postulerebbe unicamente la trasformazione di illeciti minori, già presenti – si pensi alle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro e a quelle attualmente previste dal Codice della Strada, in quest'ultima materia provvedendosi altresì alla ripenalizzazione di talune ipotesi oggi degradate a meri illeciti amministrativi – nel sistema, in altrettante fattispecie delittuose, necessariamente previste anche nella forma colposa<sup>54</sup>.

Ci si può quindi ulteriormente chiedere se il ricorso al modello di reati di mera condotta possa costituire un succedaneo atto a rimpiazzare quei vuoti di tutela che l'eliminazione dei delitti colposi di evento, declinati alla stregua della logica "*precauzionale*" più sopra divisata, finirebbe con il determinare.

Circoscrivendo rigorosamente i margini di un'incursione nelle tematiche collegate al principio di precauzione, ci soffermiamo, unicamente, sulla possibilità di interdire le situazioni di *non innocui-*

<sup>52</sup> Ci rifacciamo al nostro «*Diritto penale del caso*», cit., p. 1086 ss.

<sup>53</sup> Mette in risalto il dato che il far dipendere la punibilità dell'illecito colposo proprio dalla verifica dell'evento potrebbe contribuire a circoscriverne la rilevanza entro i limiti della "stretta necessità" dell'intervento (del diritto) penale N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento*, cit., p. 291. Si tratta, evidentemente, di un'impostazione diametralmente opposta rispetto a quella richiamata, *supra*, alla nt. 38 di questo Capitolo.

<sup>54</sup> Questo aspetto era stato da noi già illustrato in «*Diritto penale del caso*», cit., p. 1087.

*tà*<sup>55</sup> – vale a dire di quelle rispetto alle quali si riscontra uno stato di *incertezza* rispetto agli epiloghi *dannosi* che ne potranno seguire – mercé (il ricorso ai predetti) reati di mera condotta. Anche se affacciata con estrema cautela<sup>56</sup>, la prospettiva dell’impiego, in un’ottica “precauzionale”, (anche) di illeciti *contravvenzionali*, è una soluzione che si presta ad essere valutata con attenzione.

Ci sembra, nondimeno, che iscrivere questa tipologia di illeciti in ambito penale vada incontro a frizioni insanabili con il principio di colpevolezza. Abbiamo visto che proprio il suo pieno rispetto collide con il modello del pericolo *astratto*, potendo darsi evenienze nelle quali il pericolo, in vista della prevenzione del quale il legislatore aveva tipizzato determinate condotte come *generalmente* contrassegnate dalla sua presenza, si presenti, nel caso concreto, *ex ante* assente. Il che fa sì che, proprio in questo caso, non possa essere rimproverabile il comportamento di chi abbia tenuto la condotta descritta nella relativa fattispecie penale nella *completa assenza* del pericolo che quella era deputata a fronteggiare.

*A fortiori*, analogo ragionamento non sembra non potersi estendere a chi ha tenuto una condotta inquadrabile all’interno di una fattispecie ispirata al principio di precauzione, quest’ultima già scontando *ab origine* il tratto intrinseco dell’*incertezza* del pericolo che vi si associa. Ciò che rende parimenti *ab imis* insostenibile l’idea di una rimproverabilità di chi quella condotta in concreto tiene.

---

<sup>55</sup> Mutuiamo l’espressione impiegata, in sede di designazione delle situazioni nelle quali prende corpo (e pretende vigenza) il principio di precauzione, da D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., p. 49.

<sup>56</sup> Cfr. D. CASTRONUOVO, *op. ult. cit.*, p. 164.



## POSTILLA DELL'AUTORE

1. La mancata individuazione, risultante da quanto finora esposto, di reali vincoli di natura *sostanziale* all'incessante proliferazione di norme penali, posta in essere da una legislazione sempre più in balia del contingente e, allo stesso tempo, aliena dall'avvedersi degli strumenti che già esistono al fine di debellare i fenomeni che si tratta di neutralizzare, impone un obbligo ineludibile di ricercare *limiti*, che valgano a contenerne gli effetti.

Esistono, dunque, e, in caso affermativo, quali sono gli argini di cui un'eventuale riforma potrebbe avvalersi per contrastare l'altrimenti irrefrenabile ipertrofia penalistica?

Questa problematica s'intreccia – è appena il caso di sottolinearlo – con quella della riserva di legge, *id est* della sua crisi. L'irruzione, nel nostro quadro istituzionale, del sistema maggioritario non ha potuto che amplificare il carattere meramente *formale* delle garanzie che essa offre rispetto all'effettivo controllo delle scelte di politica penale espresse dalla maggioranza<sup>1</sup>. Di qui le proposte, funzionali all'esigenza di rendere concretamente efficiente tale controllo, di introdurre un *onere di motivazione delle leggi* in materia penale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr., per tutti, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 83 s.

<sup>2</sup> In relazione a questo aspetto cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 84 e 320.

Sarebbe evidentemente un fuor d'opera impegnarsi nella discussione di tali soluzioni. Basti, in questa sede, sottolineare come la loro recezione non potrebbe che implicare una previa determinazione dei criteri sostanziali, sulla base dei quali calibrare detti controlli. Il che rimanda all'incertezza in ordine alla loro compiuta identificazione, più sopra denunciata.

2. Si staglia, *rebus sic stantibus*, un diverso orizzonte, al cui interno, con tutti i margini di ingenuità e utopia che un'operazione di questo genere comporta, si può intravedere un possibile sbarramento all'esondazione di una legislazione penale sempre più intrisa di componenti del tutto irrazionali, sì da uniformarsi ai voti di quanti ne propugnano l'assunzione di una funzione di *extrema ratio*.

Questo è, precisamente, il terreno dei vincoli (non già sostanziali, ma) *procedimentali*.

In altri termini, dalla ricerca del *quid* oggetto dell'intervento penale si tratta di passare a quella del *quorum* mediante il quale addivenirvi.

Moduliamo questa proposta nei termini di un modesto *input* verso una soluzione che, se accolta, abbisognerebbe di approfondimenti e precisazioni ben più ampi di quelli in questa sede accennati.

In sé e per sé iscritto in un alone di arbitrarietà che precluderebbe di intraprenderlo, questo tentativo gode, oggi, del vantaggio di un referente costituzionale atto a fissarne un preciso punto di riferimento.

Questo ci sembra rinvenibile nell'art. 79, comma 1, Cost., laddove, trattando delle condizioni alle quali si possono concedere amnistia e indulto, si stabilisce che entrambi “sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale”<sup>3</sup>.

La disposizione appena richiamata assume una specifica rilevanza, sotto il profilo che qui interessa, in relazione al suo segmento concernente l'*amnistia*. Ciò discende dal dato che in quest'ultima sono ravvisabili i tratti di un *actus contrarius* rispetto all'introduzio-

<sup>3</sup> Quella alla quale si fa riferimento nel testo è l'attuale conformazione costituzionale del regime di concessione dell'amnistia (e dell'indulto). Quali saranno gli effetti che su di essa spiegheranno i progetti di riforma costituzionale prospettati al momento in cui si scrive è questione che esula, ovviamente, da qualsivoglia possibile previsione.

ne di una norma incriminatrice e che, pertanto, il *quorum* richiesto agli effetti dell'emanazione della legge che la concede sembra suscettibile di irradiare i propri effetti anche in ordine all'esercizio della potestà legislativa attinente alla produzione di *nuove* norme penali.

Prima di procedere oltre nella delineazione di questa prospettiva, sono nondimeno necessarie *due* precisazioni.

In primo luogo, il prospettato accostamento fra amnistia e *actus contrarius* rispetto all'emanazione di norme incriminatrici non ne comporta l'assimilazione ad una vera e propria *abolitio criminis*. Malgrado si tratti di opinione che non ha mancato di ricevere consensi<sup>4</sup>, l'equiparazione dell'amnistia a una vera e propria abrogazione delle fattispecie che rientrano nel suo ambito applicativo si scontra con l'assenza nella prima, alla quale si deve certamente riconoscere il carattere della *generalità*, del requisito dell'*astrattezza*, essendo comunque predeterminabile il novero dei suoi destinatari<sup>5</sup>.

In secondo luogo, l'introduzione, ad opera della l. cost. 6 marzo 1992, n. 2, del *quorum* stabilito dall'attuale art. 79, comma 1, Cost., perseguiva scopi suoi propri, che nulla hanno a che vedere con gli obiettivi che, in questa sede, si intenderebbe assegnargli. Il nuovo limite quantitativo stabilito rispondeva, infatti, all'esigenza di salvaguardare le finalità proprie dell'amnistia da quella trasfigurazione in mero strumento "di sgravio giudiziario e penitenziario"<sup>6</sup>, che il ricorso incontrollato ad essa ne aveva implicato<sup>7</sup>. Tanto premesso, resta pur sempre fermo che l'oggettivazione dello scopo nella disposizione, che ne reca l'impronta, non esclude che questa possa, in prosieguo di tempo, rendersi autonoma dalla sua matrice originaria e prestarsi, in

<sup>4</sup> Cfr. G. MARINI, voce *Amnistia e indulto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 141.

Per ulteriori indicazioni di opinioni orientate nel medesimo senso cfr. M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., sub Art. 151/15. Assimila l'amnistia propria ad un "fenomeno di novazione legislativa", peraltro limitato nel tempo, F. CORDERO, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, 1957, p. 81.

<sup>5</sup> Cfr. M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., sub Art. 151/14.

<sup>6</sup> In questi termini M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, sub Art. 151/12.

<sup>7</sup> Cfr. M. ROMANO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, sub Art. 151/12 s.

questo modo, a farsi portatrice di differenti e *ulteriori* valenze, senza che un'operazione ermeneutica di questo tipo si esponga, per ciò solo, alla censura di rappresentarne un'eterogenesi dei fini.

3. Fatte queste premesse, vediamo in che modo si possa giungere ad ipotizzare un vincolo *procedimentale* rispetto all'enucleazione di nuove ipotesi di reato.

Invero, se l'amnistia fosse ricostruibile come una *species* del *genus* dato dall'abrogazione delle leggi penali, si potrebbe, utilizzando l'*argumentum a contrario*, asserire che lo stesso *quorum* richiesto per (quella che sarebbe) un'ipotesi di *abolitio criminis* dovrebbe essere preteso anche per l'introduzione di una nuova figura di reato.

Peraltro, sappiamo che così non è: all'amnistia sopravvivono conseguenze – in termini di effetti penali della condanna e di obbligazioni civili nascenti da reato (art. 198 c.p.) – che l'*abolitio*, viceversa, elide.

Esclusa la richiesta del *quorum*, di cui all'art. 79, comma 1, Cost., in base all'argomento *a contrario sensu*, non ci pare che la possibilità di rinvenirne la necessità sia comunque fuori gioco.

Può valere, pur sempre, il ricorso al ragionamento *a fortiori*.

Invero, se, per la semplice rimozione di alcuni *effetti* del reato<sup>8</sup>, quale quella che si verifica nell'amnistia, si esige la maggioranza qualificata di cui all'art. 79, comma 1, Cost., *a fortiori* se ne potrebbe e dovrebbe pretendere la presenza al cospetto di scelte di ben maggiore impatto, quali quelle sottostanti alla creazione di una nuova fattispecie incriminatrice.

Una riforma costituzionale in questa direzione costituirebbe, in quest'ottica, il naturale sbocco di una logica già immanente al sistema vigente.

Innumerevoli e inimmaginabili sarebbero le obiezioni che investirebbero una prospettiva come quella affacciata.

Prendendone in considerazione una soltanto, essa cozzerebbe con la realtà degli obblighi comunitari che, a livello nazionale, richiedono l'emanazione di norme penali per la loro attuazione; obblighi che non vengono certamente fissati osservando il vincolo procedimentale qui adombrato.

<sup>8</sup> Cfr. M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, sub Art. 151/16.

Ad essa si potrebbe nondimeno replicare osservando come, in materia penale, la competenza dell'Unione europea non possa considerarsi certamente *completa*. Ferma restando la sua titolarità del potere di ritagliare nuclei precettivi a tutela dei quali sarebbe giustificato il ricorso alla sanzione penale, rimane parimenti assodato che la scelta definitiva in ordine all'*an* e al *quantum* della relativa opzione costituisce tuttora prerogativa esclusiva dei singoli Stati membri. Di qui la propensione a definire detta competenza penale dell'Unione, anche sulla base delle indicazioni desumibili dall'art. 83 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), in termini di competenza penale indiretta<sup>9</sup>.

Ora, se si tiene conto del censurato carattere *simbolico*<sup>10</sup>, che le scelte parapenali – la definizione si collega al carattere dimidiato della reale forza penale loro immanente – dell'Unione europea in certi settori denotano, e del pericolo di tracimare verso un diritto penale *moraleggiante* – *ergo*, destinato a collidere con il principio di laicità<sup>11</sup> – che esse stesse rivelano, si può ben vedere nel *quorum* preteso per la loro traduzione in forme di diritto penale nazionale un antidoto capace di arginare efficacemente derive del tipo appena segnalato.

Certo, si potrebbe realisticamente paventare il rischio di un'irreparabile paralisi della legislazione penale a fronte della richiesta di una maggioranza di tale spessore. Ma se questo rischio fosse l'unica alternativa allo stillicidio della produzione di una legislazione irrazionale, come quello al quale si continua ad assistere e, con ciò, l'unico mezzo per ricondurla ad un prodotto meditato e ponderato degli interessi che vi sono sottesi?

Per tale via, questa soluzione drastica e – lo si ripete – assolutamente utopica potrebbe essere l'unica a garantire scelte del legistato-

---

<sup>9</sup> Sul punto cfr., diffusamente, C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 401, in particolare p. 1147, 1151, 1157 s.

<sup>10</sup> Cfr., al riguardo, C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 111.

<sup>11</sup> Cfr. sempre C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo*, cit., p. 111 s. Sul tema della laicità del (e nel) diritto penale cfr., per tutti, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in Id. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, p. 9 ss.

re, in materia penale, corredate da un supporto oggetto di una reale democratica condivisione.

4. È appena il caso di precisare che l'approvazione di una legge penale con la maggioranza sopra indicata non equivarrebbe certamente a una sua "blindatura" rispetto a eccezioni di incostituzionalità scaturenti dalla (sua) mancata osservanza dei principi fondamentali del sistema penale. Resterebbe fermo il dato che le violazioni del principio di tassatività, di (quello di) irretroattività o di (quello di) colpevolezza si tradurrebbero in altrettanti *vulnera* delle garanzie in essi incorporate, che nessuna copertura quantitativa varrebbe a compensare. Quanto, invece, alle tensioni con un principio di contenuto marcatamente assiologico, come il principio di offensività, si è visto come la soluzione procedimentale si delinei come un'alternativa diretta ad evitarne i relativi margini di incertezza, sì che, intervenendo *in luogo* di esso, non se ne potrebbe per definizione ammettere una *contrarietà* rispetto al medesimo.

Una soluzione come quella prospettata non mancherebbe, indubbiamente, di avere conseguenze di tangibile impatto in ordine alle *altre* fonti di produzione, diverse dalla legge in senso formale, che la materia penale – pure – ammette.

Trasparente, in questo contesto, l'allusione ai decreti legislativi e ai decreti-legge.

Per quanto riguarda i primi, non ne verrebbe messa in discussione l'attitudine a costituire fonte di norme penali, una volta che gli artt. 76 e 77 Cost. venissero corredate dell'indefettibile correttivo alla cui stregua una legge-delega in materia penale dovrebbe essere approvata, in entrambi i rami del Parlamento, a maggioranza dei due terzi dei rispettivi membri. Il che varrebbe, sulla base di quanto sopra specificato, anche quando la legge-delega fosse funzionale all'*esclusiva* attuazione di obblighi di derivazione comunitaria.

Quanto, invece, alla problematica inerente al permanere, in capo al Governo, di un autonomo spazio di discrezionalità all'atto del suo esercizio, che la legge-delega non è comunque in grado di escludere, e a quella relativa a prassi che, ben lungi dall'uniformarsi al canone secondo il quale detta legge dovrebbe specificare "principi e criteri" per il suo esercizio, rilasciano al Governo autentiche "cam-

biali in bianco<sup>12, 13</sup>, si tratta di questioni già oggetto di discussioni nella vigenza dell'attuale disciplina costituzionale in materia di delega legislativa in materia penale, sì che un'eventuale modifica del *quorum* per addivenirvi nulla muta rispetto al loro esito.

Ben maggiore risulterebbe, per converso, l'impatto della modifica qui proposta in rapporto ai decreti-legge.

La necessità che alla loro conversione in legge, entro i sessanta giorni dalla loro adozione previsti dall'art. 77, comma 3, Cost., provveda ogni singola Camera, a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, scongiurerebbe il Governo dal ricorrevvi in tutti quei casi nei quali essi, per quanto dettati dalla necessità e dall'urgenza (art. 77, comma 2, Cost.), presentino un contenuto di cui non possa preconizzarsi l'idoneità a coagulare attorno a sé un consenso di quella portata. Di qui, certamente, un (salutare) *freno* al loro utilizzo in materia penale.

Ciò posto, bisognerebbe pur farsi carico dei problemi connessi agli eventuali effetti *definitivi* che questi sarebbero suscettibili di produrre pur *antecedentemente* alla loro mancata conversione in legge<sup>14</sup>. Si tratta, peraltro, di criticità certamente amplificate dal più elevato *quorum* richiesto per la loro conversione, ma già presenti tuttora. Un intervento di riforma della loro disciplina sarebbe pertanto necessario onde rimuovere *ab imis* tali effetti.

5. Una volta adottato il rigoroso regime per l'introduzione di nuove norme penali sopra schizzato, non si potrebbe certamente escludere la tentazione, da parte del legislatore, di orientarsi verso l'impiego di *escamotages* atti a soddisfare la propria esigenza di un consumo bulimico di norme penali, senza incappare nelle strettoie in cui sarebbe inevitabilmente limitato dal *quorum* richiesto per la loro emanazione.

La strada meglio percorribile per sfuggirvi sarebbe certamente

---

<sup>12</sup> In questi termini G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1*, cit., p. 47.

<sup>13</sup> I due profili sono trattati da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, 1*, cit., rispettivamente a p. 44 ss. e 47 ss.

<sup>14</sup> Questi aspetti sono evidenziati da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 43.

quella incarnata dal ricorso a precetti presidiati da sanzioni dal carattere *formalmente* amministrativo, ma dal contenuto *sostanzialmente* punitivo. In altri termini, il legislatore potrebbe ricorrere a quella c.d. “frode delle etichette”, dalla quale non è mai stato alieno.

Senonché, nella stessa giurisprudenza più recente sembra possibile reperire gli antidoti efficienti a prevenire questo pericolo.

Le vicende relative a talune tipologie di confisca lo dimostrano.

Particolarmente istruttiva risulta, a questo riguardo, l'inversione di rotta registratasi, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, con riferimento alla qualificazione dell'ipotesi di confisca (“dei terreni, abusivamente lottizzati, e delle opere, abusivamente costruite”) stabilita dall'art. 44, comma 2, D.P.R. 280/2001 (T.U. edilizia), per i casi di lottizzazione abusiva, a séguito delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>15</sup> e della Corte Costituzionale<sup>16</sup>. Laddove l'orientamento originario dei giudici di legittimità inclinava a sussumere questa forma di confisca nell'alveo delle *sanzioni amministrative*, la valenza prettamente *punitiva*, sotto il profilo del suo *contenuto*, riconosciutale prima dalla CEDU, quindi dalla Corte Costituzionale, ha comportato una sua necessaria reinterpretazione *sub specie* di sanzione *penale*<sup>17</sup>.

Ne segue che un'analisi *sostanziale* della sanzione, che il legislatore pure qualifichi come amministrativa, consentirebbe di disvelarne l'autentica natura penale *tout court* e di neutralizzare, di conseguenza, eventuali frodi delle etichette architettate per eludere il *quorum* richiesto per il ricorso ad una sanzione penale *stricto sensu* intesa.

<sup>15</sup> Cfr. Corte EDU, Sudfondi e altri contro Italia, 30 agosto 2007.

<sup>16</sup> Cfr., sul punto, la pronuncia 239/ 2009 della Corte Costituzionale.

<sup>17</sup> I passaggi di questa svolta interpretativa sono sintetizzati da G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale. III*, cit., sub Art. 240/83 ss.



## BIBLIOGRAFIA

- AMOROSO G., CARTABIA M., CARUSI V., GIUSTI A., MORELLI M.R., NUCCI M., VIRGILIO B. (a cura di), *Giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana. Decisioni e orientamenti fondamentali (1985-1996)*, Milano, 1998.
- ANTOLISEI F., *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in *Scritti in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano, 1952, p. 95 ss.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Parte generale, XVI ed. (aggiornata e integrata da L. Conti), Milano, 2003.
- BETTIOL G., *Sul tentativo di partecipazione delittuosa* (1932), in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 84 ss.
- BETTIOL G., *Bene giuridico e reato* (1938), in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 318 ss.
- BETTIOL G., *Sul metodo della concezione unitaria del reato* (1938), in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 388 ss.
- BETTIOL G., *Sistema e valori del diritto penale* (1940), in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 491 ss.
- VON BIRKMEYER K., *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgericht*, Berlin, 1890.
- BRICOLA F., *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni* (1960), in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare. Diritto penale dell'economia*, tomo I, *Parte speciale e legislazione complementare*, a cura di S. Canestrari e Al. Melchionda, Milano, 1997, p. 1867 ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato* (1973), in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*,

- tomo I, *Dal 1960 al 1973*, a cura di S. Canestrari e Al. Melchionda, Milano, 1997, p. 539 ss.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70* (1980), in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II, *Dal 1973 al 1993*, a cura di S. Canestrari e Al. Melchionda, Milano, 1997, p. 1273 ss.
- BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2011.
- CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in ID. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, p. 9 ss.
- CANZIO G., *Il progetto preliminare di riforma del codice penale nella giurisprudenza di legittimità*, in AA. VV., *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. de Maglie e S. Seminara, Milano, 2002.
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012.
- CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, p. 1415 ss.
- CAVALIERE A., *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, p. 1443 ss.
- CERASE M., in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. II, Milano, 2010, p. 881.
- CLASS W., *Die Kausalität der Behilfe*, in *Festschrift für Stock*, Würzburg, 1966, p. 115 ss.
- COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 68 ss.
- CORDERO F., *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, 1957.
- CORDERO F., *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006.
- DELITALA G., *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 104 ss.
- DELITALA G., *Contraffazione di marchio e frode in commercio: concorso di norme o concorso di reati?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 250 ss.
- DELITALA G., *Il dolo nel reato di falsità in bilanci*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 311 ss.
- DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*.

- DONINI M., *La partecipazione al reato fra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 173 ss.
- DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 37 ss.
- DONINI M., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 67 ss.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI M., *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 ss.
- DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento soggettivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2555 ss.
- DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 63 ss.
- DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 1 ss. (del dattiloscritto).
- DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 giugno 2012.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 settembre 2013.
- FALCINELLI D., *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009.

- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385.
- FIANDACA G., DI CHIARA G., *Introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, pt. g., III ed., Bologna, 1995.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, pt. s., II ed., Bologna, 1997.
- IORE C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- IORE C., voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.
- IORE S., *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, 2000.
- FLORA G., *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, p. 283 ss.
- GALLAS W., *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Festschrift für W. Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936, p. 50 ss.
- GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 750 ss.
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1 ss.
- GIUNTA F., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993.
- GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997.
- HERZOG F., § 32 *Notwehr*; in KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.U., *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3<sup>a</sup> Aufl., Baden-Baden, 2010, p. 1386 ss.
- INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 438 ss.
- JAKOBS G., *Strafrecht*, AT, *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1991.
- JESCHECK H.-H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996.
- JOECKS W., in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, München, 2003, p. 1141 ss.
- KAUFMANN Arth., *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtshilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961.

- KAUFMANN Arth., *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, in *Juristenzeitung*, 1963, p. 425 ss.
- KINDHAÜSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.U., *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, I, 3<sup>a</sup> Aufl., Baden-Baden, 2010.
- LAMPE E.-J., *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967.
- LARIZZA S., *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 33 ss.
- LENCKNER T., *Par. 32 Notwehr*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25. Aufl., München, 1997, p. 525 ss.
- LETZGUS K., *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Berlin, 1972.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, pt. g., I ed., Padova, 1979.
- MANTOVANI M., *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003.
- MANTOVANI M., *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, Torino, 2008.
- MANTOVANI M., *Delitti contro la fede pubblica*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, V ed., Bologna, 2009, p. 315 ss.
- MANTOVANI M., «Diritto penale del caso» e prospettive «de lege ferenda», in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 1061 ss.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, a cura di G. Pisapia, vol. VI, V ed., Torino, 1983.
- MARINI G., voce *Amnistia e indulto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, p. 135 ss.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora in Id., *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 3 ss.
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in MARINUCCI G., DOLCINI G. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 177 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001.
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.
- MEZGER E., *Die Teilnahmelehre in der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943*, in *Deutsches Strafrecht*, 1943, p. 116 ss.

- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.
- MYLONOPOULOS C., *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981.
- NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NEPPI MODONA G., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Torino, 1996, p. 260 ss.
- NUVOLONE P., *Recensione a Neppi Modona, Il reato impossibile*, in *Ind. pen.*, 1967, p. 47 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, V ed., Milano, 1999.
- PAGLIARO A., *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 36 ss.
- PALIERO C.E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media)*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, p. 289 ss.
- PALIERO C.E., *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 95 ss.
- PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie*, Milano, 1993.
- PULITANÒ D., voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 23 ss.
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.
- RATH J., *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Berlin-Heidelberg-New York, 2002.
- RISICATO L., *L'educazione del 'bullo' tra uso e abuso dei mezzi di correzione*, in *Criminalia*, 2011, p. 461 ss.
- ROCCO Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, 1913.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, I ed., Milano, 1987.
- ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, III ed., Milano, 2004.
- ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di escussione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*,

- a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, p. 1721 ss.
- ROMANO M., GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale. II. Art. 85-149*, IV ed., Milano, 2012.
- ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale. III. Art. 150-240*, II ed., Milano, 2011.
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesis e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, p. 1743 ss.
- SCHIAFFO F., *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. Prospettive di riforma*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1003 ss.
- SCHIAFFO F., *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato: contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998.
- SCHÜNEMANN B., *Par. 30. Versuch der Beteiligung*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., Berlin, 2006, Band I, p. 2109 ss.
- SECCI M., voce *Libertà vigilata*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 578 ss.
- SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, 2012.
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146 ss.
- SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.
- STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.
- STORTONI L., *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.
- VALENTI A., *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, III ed., Torino, 2006, p. 274 ss.
- VALLINI A., *L'eccesso dell'educatore, l'empatia del giudice. Ovvero dell'uso emotivo del potere*, in *Criminalia*, 2011, p. 473 ss.
- VALSECCHI W., *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, Torino. Milano-Napoli-Palermo-Roma, 1912.
- WELZEL H., *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, Tübingen, 1949.





## SOMMARIO

Ringraziamenti	5
----------------	---

### CAPITOLO I

#### IL DISVALORE DI AZIONE NEGLI ORIZZONTI DI UNA CULTURA DOMINATA DAL DISVALORE DI EVENTO

##### SEZIONE I

1. Lo stato attuale del dibattito su disvalore di azione e disvalore di evento nella nostra cultura contemporanea	8
2. L'esigenza di un suo ripensamento	11
3. Il contrasto latente fra il riconoscimento del disvalore di azione e il principio di offensività	12
4. L'origine storica, mai rinnegata, del principio di offensività: l'art. 49, cpv., c.p. e la concezione c.d. realistica del reato	14
5. L'aporia tra un fatto inoffensivo e la sua (possibile) sottoposizione a misura di sicurezza: gli <i>escamotages</i> per superarla utilizzati da Neppi Modona	18
6. La loro attuale insostenibilità	20
7. Il reale significato attribuibile alla disposizione sul reato impossibile e al trattamento sanzionatorio per esso previsto	25
8. La costituzionalizzazione del principio di offensività nell'opera di F. Bricola	27
8.1. <i>L'argumentum libertatis</i> e il suo superamento	28
8.2. Ulteriori criticità originarie ravvisabili nella costruzione bricoliana del principio di offensività come principio di rilevanza costituzionale	30
8.3. La costituzionalizzazione dell'intero meccanismo delineato dai commi 2 e 4 dell'art. 49 c.p. nell'impostazione di F. Bricola: conseguenze	33
9. Alla ricerca di un surrogato dell' <i>argumentum libertatis</i> : le soluzioni e i loro limiti	34
10. Giudizio interlocutorio sul principio di offensività	37

##### SEZIONE II

11. Il contributo della c.d. concezione realistica del reato al superamento del muro divisorio fra colpevolezza e conoscenza dell'illiceità penale del fatto (commesso): la posizione di M. Gallo	39
12. Possibili interrelazioni fra offensività e colpevolezza nella Teoria generale del reato di F. Bricola	41
13. Il dibattito sui reati di pericolo astratto negli orizzonti del principio di offensività e di quello di colpevolezza: uno sguardo all'esperienza tedesca	43
14. Le effettive "prestazioni" del principio di offensività	50

CAPITOLO II  
DISVALORE DI AZIONE *VERSUS* DISVALORE DI EVENTO  
IN SENSO SOSTANZIALE

SEZIONE I

1. La contrapposizione del disvalore di azione al disvalore di evento in senso sostanziale, ergo come offesa al bene giuridico tutelato 54
2. Le categorie di reati polarizzati esclusivamente sul disvalore di azione che li connota: i delitti contro la fede pubblica 58
2. *bis. (segue)*: Recenti tentativi di rinvenire un'effettiva oggettività giuridica di questi reati. Critica 63
3. I delitti contro l'ordine pubblico quale ulteriore classe di reati ritagliabili solo sotto il profilo del disvalore di azione che vi è immanente 66

SEZIONE II

4. Disvalore di azione ed elementi soggettivi delle cause di giustificazione: premessa 72
5. Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione entro la cornice del sistema penale tedesco... 74
6. ...Ed entro quella del nostro sistema penale 76
7. Le obiezioni che la loro valorizzazione incontra, da noi, sul piano della teoria generale del reato 80
7. *bis. (segue)*: E con riferimento a singole cause di giustificazione 81
8. Il loro riconoscimento da parte della nostra giurisprudenza 85
9. I corollari che la loro recezione, ad opera della prassi, comporta sotto il profilo teorico 89
- 9.1. Alcune puntualizzazioni doverose 92
10. Un bilancio ultimo 93

CAPITOLO III

IL DISVALORE DI AZIONE NELLA STRUTTURA DEL REATO

1. I luoghi di esplicita emersione del disvalore di azione nel sistema penale vigente 95
2. La rilevanza implicita attribuita dalla giurisprudenza al disvalore di azione in altre costellazioni di casi: gli orientamenti sulla responsabilità colposa del sanitario antecedenti alla sentenza Franzese 98
3. L'atteggiarsi della problematica nel concorso di persone nel reato 102
4. La restrizione ai soli contributi acasuali del beneficio dell'attenuante di cui all'art. 114, comma 1, c.p. nella sua (dis)applicazione nella prassi 104
5. I richiami al tentativo di partecipazione: puntualizzazioni 106
6. Gli effetti dell'individuazione del contributo minimo di partecipazione, in base alla giurisprudenza formatasi intorno all'art. 114, comma 1, c.p. rispetto al problema della desistenza del concorrente (e delle condizioni per la sua efficacia) 109
7. Il "filtro" dell'organizzazione quale criterio per salvaguardare il carattere causale delle condotte di partecipazione rientranti nell'alveo dell'art. 114, comma 1, c.p. secondo la prassi. Critica 111

8. Il disvalore di azione dei contributi inutili e il tentativo di partecipazione nelle differenti formule che questo ha assunto nel codice penale tedesco	115
9. La correlazione fra l'abrogazione della fattispecie di complicità tentata e l'elaborazione di tesi orientate a integrare e/o rimuovere la teoria condizionalistica in ambito concorsuale	118
10. Conclusioni	121

#### CAPITOLO IV

### IL DISVALORE DI EVENTO IN SENSO SOSTANZIALE E LA SCELTA DELLE TECNICHE DI TUTELA PIÙ IDONEE A GARANTIRE LA SALVAGUARDIA DEI BENI PROTETTI

1. Necessità di una revisione del disvalore di evento in senso sostanziale	123
2. Ancora sulle declinazioni del principio di offensività: la sua versione "forte"	126
3. (segue): e quella "debole"	129
4. La fondatezza delle ragioni essenziali sottostanti all'enucleazione del principio di offensività	130
5. (segue): e l'esigenza di veicolarle nel sistema in una prospettiva de <i>lege ferenda</i>	132
6. Considerazioni sui modelli di reato strutturalmente più indicati ad assolvere ai compiti di tutela: le sollecitazioni teoriche...	135
7. (segue): ...e quelle derivanti dalla prassi	138
8. Verso la creazione di reati di mera condotta anche per soddisfare le istanze del principio di precauzione?	141
<i>Postilla</i> dell'autore	143
Bibliografia	151



PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

---

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOSI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI E., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.E., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI E., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIANCHI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.



192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO E., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO E., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO E., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI E., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetes est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.







Finito di stampare nel mese di maggio 2014  
presso Editografica – Rastignano (BO)



