



Mario Trapani

---

# IL REATO E LE SUE CONSEGUENZE

PUNIBILITÀ, PENA, PUNIZIONE IN UN SISTEMA  
CRIMINALE INTEGRALE E INTEGRATO

---

**12** LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO





Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa collana

1. A cura di G. Resta, V. Zeno-Zencovich  
*Leggi razziali. Passato/Presente*, 2015
2. A cura di I. Birocchi, L. Loschiavo  
*I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, 2015
3. E. BETTI  
*Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell'antica Roma*, 2017
4. A cura di F. Macario, M.N. Miletti  
*La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017
5. P. FARINA  
*La querela civile di falso – I. Origini e vicende storiche*, 2017  
*II. Profili teorici e attuativi*, 2018
6. A cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo  
*La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, 2018
7. I. WOOD  
*La trasformazione dell'Occidente romano e l'affermazione della Chiesa nel primo medioevo*, 2019
8. A cura di A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti  
*Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, 2020
9. A cura di G. Chiodi, I. Birocchi, M. Grondona  
*La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, 2020
10. A cura di G. Contaldi  
*Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, 2021
11. A cura di A. Carratta, L. Loschiavo, M.U. Sperandio  
*Emilio Betti e il processo civile*, 2022

*Ai miei studenti delle Università di Modena e Roma Tre*

*A Marcello Gallo e a Mario Scotti*

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

**Mario Trapani**

# **IL REATO E LE SUE CONSEGUENZE**

**PUNIBILITÀ, PENA, PUNIZIONE IN UN SISTEMA  
CRIMINALE INTEGRALE E INTEGRATO**

**12** LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO



*Roma TrE-Press*  
2022

*La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto*  
Collana diretta da Beatrice Pasciuta

*Coordinamento scientifico*

Pia Acconci (Univ. Teramo); Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza); Antonio Carratta (Univ. Roma Tre); Emanuele Conte (Univ. Roma Tre); Wim Decock (Univ. Leuven); Carlo Fantappiè (Univ. Roma Tre); Stephanie Hennette-Vauchez (Univ. Paris X – Nanterre); Caroline Humphress (Univ. St Andrews); Luca Loschiavo (Univ. Teramo); Michele Luminati (Univ. Luzern); Francesco Macario (Univ. Roma Tre); Marta Madero (Univ. Buenos Aires); Maria Rosaria Marella (Univ. Perugia); Sara Menzinger (Univ. Roma Tre); Marco Nicola Miletta (Univ. Foggia); Angela Musumeci (Univ. Teramo); Paolo Napoli (EHESP Paris); Beatrice Pasciuta (Univ. Palermo); Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II); Marco Urbano Sperandio (Univ. Roma Tre); Mario Stella Richter (Univ. Roma Tor Vergata); Isabel Trujillo (Univ. Palermo); Kaius Tuori (Univ. Helsinki).

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Questo volume si pubblica con il contributo dell'Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto nella storia e nella società.

*Coordinamento editoriale*

Gruppo di lavoro *Roma TrE-Press*

*Cura editoriale e impaginazione*

teseo  editore Roma [teseoeditore.it](http://teseoeditore.it)

*Elaborazione grafica della copertina*

**MOSQUITO**  [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri grafici utilizzati: Domaine Display Black; Futura-Bold; FuturaStd Book; MinionPro-Regular (copertina e frontespizio). Garamond (testo).

Edizioni *Roma TrE-Press*®

Roma, dicembre 2022

ISBN 979-12-5977-141-4

<http://romatrepres.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.



## Premessa

Scopo di questo lavoro, come emerge anche dal sottotitolo, è l'individuazione di un programma di costruzione di un "sistema criminale". "Criminale" e non "penale", non solo per un ritorno ad un lemma tradizionale e meglio indicativo della "materia" propria di cui ci occupiamo, ma soprattutto perché il sistema sanzionatorio connesso alla previsione di un fatto di reato non si limita alla pena in senso stretto, ma anche, direttamente, alle misure di sicurezza, alle sanzioni civili da reato e alle sanzioni amministrative a carico dell'ente per i reati commessi dai suoi organi apicali; sanzioni poi non solo punitive ma anche esecutive.

Metodologicamente, il tentativo di costruzione di un programma di "sistema criminale" implica la individuazione e l'organizzazione di un insieme di "concetti giuridici". Concetti che, se non si vuole incorrere nel più grave errore che un giurista di diritto positivo potrebbe commettere, ossia cadere in un vacuo concettualismo, si traggono dalle "norme" (a loro volta ricavate dall'interpretazione di una pluralità di enunciati linguistici-disposizioni di contenuto, appunto, normativo). Evidente allora che, se i concetti si traggono dalle norme (e non le norme dai concetti, che sarebbe allora meglio definire preconetti), distinguendo così nettamente la prospettiva di teoria generale da quella di stretto diritto positivo, essendo ogni ordinamento giuridico positivo diverso dagli altri ed essendo la costruzione dommatica costituita dall'individuazione di un insieme di concetti giuridici, ne consegue logicamente che non può esistere una dommatica "universale". Così, ad es., non ha senso, per un giurista di diritto positivo, affermare che il "dolo", concetto tipicamente normativo, è dato, sempre e comunque, dalla rappresentazione e volontà del fatto oggettivo di reato realizzato, posto che il codice penale italiano prevede imputazioni sempre a titolo di dolo per fatti di reato che non debbono essere rappresentati, in tutto o in parte (articoli 116, 117 e 609-*sexies* c.p.).

Questo lavoro si basa pertanto sulla organizzazione di un sistema concettuale basato sui dati normativi che si possono trarre da un'interpretazione dell'ordinamento penale italiano. Parlare di "sistema", e quindi di una costruzione concettuale "organica" e intrinsecamente "coerente", significa poi metodologicamente un rifiuto del metodo "casistico" (che comunque coprirebbe, inevitabilmente, qualunque materia "a macchia di leopardo", posto che ci potrebbero sempre essere disposizioni di legge mai utilizzate nella pratica, ma fondamentali per comprendere il "senso" complessivo

dell'ordinamento in cui ci si muove, secondo un disegno "unitario" e coerente, tipico fra l'altro, della "codificazione"). Col metodo casistico infatti non si può logicamente costruire un "sistema" che, per sua natura ed essenza, è al contrario intrinsecamente "chiuso" e, in quanto tale, idoneo a fornire la soluzione giuridicamente "corretta" di fronte a qualsiasi questione che dovesse presentarsi nella pratica. Metodo sistematico a sua volta coerente con la distinzione tra l'attività scientifica della dottrina, che opera attraverso "generalizzazioni" e "astrazioni" concettuali, e l'attività di applicazione del diritto da parte della giurisprudenza nella soluzione dei casi concreti. Un sistema non lo si può dunque logicamente ricavare dallo studio dei singoli casi giurisprudenziali (anche se ovviamente l'applicazione del diritto presuppone comunque l'individuazione della norma generale e astratta utilizzabile da parte del giudice).

Sempre metodologicamente, mi sono poi mosso nella prospettiva di un sistema criminale "integrale", in quanto ricavabile dalla considerazione unitaria dell'insieme di tutte le norme dei sistemi giuridici sub-specifici aventi ad oggetto la materia criminale, costitutivi non solo del diritto penale sostanziale, ma anche del diritto penale processuale, del diritto penitenziario e del diritto delle misure preventive (*ante, praeter e post delictum*). Metodologia che rappresenta applicazione del concetto di "norma penale reale" formulata da Marcello Gallo.

Quanto poi all'idea di un sistema criminale "integrato", lo ho così definito in quanto, nella mia ricostruzione, ho tenuto conto delle relazioni di interferenza e interdipendenza che intercorrono tra tutte le fattispecie di "responsabilità" che hanno tra i loro elementi costitutivi la realizzazione di un "fatto di reato" come momento centrale; in particolare, tenendo conto degli ormai numerosissimi casi in cui è rimessa *ex post* all'autore del reato la scelta se permanere nel circuito penale o uscirne definitivamente attraverso l'estinzione della punibilità come conseguenza della auto-applicazione di una sanzione civile o amministrativa. Senza dimenticare poi come l'operatività del principio di specialità tra disposizioni punitive penali criminali e amministrative condizioni, a monte, la stessa applicabilità della norma penale incriminatrice. Norma penale incriminatrice la cui struttura ho tentato di ricostruire utilizzando gli elementi strutturali propri della norma giuridica secondo l'insegnamento di Hans Kelsen, ossia gli ambiti della sua "validità" temporale, spaziale, personale e materiale. E focalizzando in particolare la mia attenzione su ciò che dovrebbe costituire la "eccezione" all'applicabilità della norma incriminatrice, cioè le – genericamente definite – "cause di non punibilità".

Debbo infine qualche spiegazione su alcune scelte, anche metodologi-

che, operate nella stesura di questo libro. Anzitutto, visto il titolo e l'oggetto del lavoro, le citazioni bibliografiche sono state evidentemente ridotte a quel minimo che ho ritenuto indispensabile o anche semplicemente utile per la corretta comprensione di quanto affermato nel testo. Citazioni dunque meramente esemplificative di tendenze dottrinarie, senza ovviamente alcuna pretesa di completezza. Quanto poi al fatto che gran parte del testo è in corpo nota, ciò è stato determinato dalla necessità di affrontare problemi teorici fondamentali senza interrompere eccessivamente il discorso. Quanto viceversa ai numerosi rinvii a miei lavori precedenti, ciò non è dovuto ad una sorta di narcisistico autocompiacimento (che non è nel mio stile), posto che questi rinvii servono semplicemente ad evitare di appesantire ulteriormente la trattazione nella spiegazione di argomenti per me fondamentali e già adeguatamente trattati *aliunde*.

Nella dedica di questo libro voglio idealmente unire i miei allievi delle Università di Modena e Roma Tre, insieme a quelli della *Pontificia Universitas Lateranensis* e dell'Accademia Militare di Modena, che con le loro sempre intelligenti domande e osservazioni hanno costantemente accompagnato e stimolato le mie riflessioni scientifiche, ai due uomini che nel mio ormai lungo percorso culturale e umano mi sono stati Maestri di vita, i professori Marcello Gallo e Mario Scotti.



## Indice

Premessa	VII
Capitolo Primo	1
IL “FATTO DI REATO” E LE “FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ DA REATO”	
1. <i>Il concetto di reato</i>	2
2. <i>La distinzione concettuale tra “norma primaria” e “norma secondaria”. La coincidenza tra i concetti di “punibilità” e di “responsabilità punitiva criminale”. Verso un sistema penale-criminale integrale e integrato.</i>	15
3. <i>Se la c.d. “colpevolezza” sia elemento essenziale anche delle fattispecie di “responsabilità da reato” diverse dalla punitivo-criminale.</i>	27
4. <i>Il concetto di “reato” come sinonimo di “fatto costitutivo di reato”.</i>	42
5. <i>La “pena criminale” come fattore di riconoscimento di un fatto normativamente qualificabile come “costitutivo di reato”. Sanzioni esecutive e sanzioni punitive nella teoria del diritto. La “pena criminale” come modello sanzionatorio “più severo” fra le sanzioni “punitive”.</i>	46
6. <i>Il problema della natura giuridica delle misure di sicurezza: sanzioni penali, sanzioni amministrative o mere misure amministrative di prevenzione del reato?</i>	59
7. <i>Il problema dell’esistenza di sanzioni criminali “esecutive”.</i>	67
8. <i>Il concetto di “punibilità” e le cause che la “escludono”. L’inutilità di una categoria autonoma di “cause di non punibilità”.</i>	73
9. <i>Le possibili partizioni teoriche di un “sistema” penale “integrale” e “integrato”.</i>	84
10. <i>Le situazioni di “non punibilità” riferibili alle singole fasi che compongono il sistema di diritto criminale tra limiti della “norma” e limiti del “fatto”.</i>	92
11. <i>Verificazione processuale dell’esistenza del fatto di reato: proscioglimento o condanna dell’imputato.</i>	117
12. <i>La “gravità del reato” come aspetto “autonomo” tra teoria del reato e teoria della pena.</i>	128
13. <i>La “non necessità” della pena per “minima gravità” del reato.</i>	137
14. <i>La rinuncia alla pena totale o parziale.</i>	146
15. <i>La fase dell’esecuzione della pena.</i>	147
16. <i>Giustificazione costituzionale delle ipotesi di “non punibilità”.</i>	161
17. <i>Alcune precisazioni sul concetto di “responsabilità”, e sui suoi rapporti col concetto di “punibilità”.</i>	182
	XI

Capitolo Secondo	195
VERSO UN NUOVO SISTEMA NORMATIVO “INTEGRALE” E “INTEGRATO” DELLA RESPONSABILITÀ CRIMINALE E DA REATO	
1. <i>La “invalida” costituzione del procedimento/processo penale. La mancanza di “condizioni di procedibilità” o la presenza di “cause sopravvenute di improcedibilità” come “cause di non punibilità”.</i>	195
2. <i>Il sistema delle prove e le diverse fattispecie di responsabilità da reato.</i>	202
3. <i>Liceità assoluta e liceità relativa.</i>	209
4. <i>La “non punibilità” perché il fatto “non è previsto dalla legge come reato”.</i>	227
Capitolo Terzo	233
NORMA PENALE INCRIMINATRICE E TEORIA DEL REATO	
1. <i>Prolegomeni sulla “esistenza” e sugli “ambiti di validità” della norma giuridica (in generale).</i>	234
2. <i>Gli “ambiti di validità” della “norma penale incriminatrice” e i suoi “limiti”. La collocazione dottrinale delle diverse “cause di non punibilità” nella “teoria del reato e della pena criminale” alla luce della “teoria della norma”.</i>	243
2.1. <i>Introduzione. I “limiti” della “norma incriminatrice” considerata nella sua “integralità”.</i>	243
2.2. <i>I quattro “ambiti di validità” della “norma penale incriminatrice” L’“ambito di validità temporale” e l’“ambito di validità spaziale” della norma incriminatrice e i loro limiti.</i>	249
2.3. <i>L’“ambito di validità personale” della norma incriminatrice.</i>	258
a) <i>La “validità personale esterna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. I concetti di “capacità attiva e passiva” al reato e le “immunità” come “limiti” alla “obbligatorietà” della norma incriminatrice.</i>	258
b) <i>La “validità personale esterna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Il concetto di “capacità di pena”.</i>	263
c) <i>La “validità personale interna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. Il concetto di “capacità speciale al reato”, attiva e passiva. Le “immunità funzionali” e le “immunità parziali” come loro limiti.</i>	268
d) <i>La “validità personale interna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Il concetto di “capacità speciale alla pena”.</i>	272
2.4. <i>L’“ambito di validità materiale” della norma incriminatrice.</i>	275
a) <i>La “validità materiale esterna” con riferimento al “fatto di reato”. La “fattività” nella “descrizione” del fatto.</i>	275
b) <i>(segue) La “conoscibilità” del “disvalore penale” del fatto.</i>	282

c) La “validità materiale esterna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Limiti alla “tipologia” di pene. “Tassatività” della pena con riferimento al suo “contenuto afflittivo”; “proporzionalità” tra pena e gravità del reato; “divieto di trattamenti contrari al senso di umanità”.	293
d) La “validità materiale interna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. La possibile specifica “dimensione” temporale e spaziale del “fatto di reato”. La necessaria “dimensione personale”. Condizioni di punibilità e condizioni di procedibilità.	307
e) (segue) La “dimensione personale” del “fatto di reato”. Il concetto di “legittimazione attiva” al reato. Reati “comuni” e reati “propri”.	317
f) (segue) La “legittimazione passiva” al reato.	332
g) (segue) I concetti di “legittimazione attiva” e “legittimazione passiva” con riferimento alle “cause di giustificazione”.	339
b) La “validità materiale interna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Il concetto di “legittimazione speciale alla pena”.	342
2.5. La categoria delle “cause personali di non punibilità” tra “limiti della norma incriminatrice” e “limiti del fatto di reato”. Differenziazione dommatica, sistematica e di disciplina.	348
2.6. La portata della categoria codicistica delle “circostanze di esclusione della pena” ai sensi degli artt. 59 e 119 c.p.	358

Capitolo Quarto 371  
 LA STRUTTURA DELLA “FATTISPECIE DI PUNIBILITÀ”

1. Elementi “positivi” ed elementi “negativi”. Elementi che “fondano” ed elementi che “escludono” la responsabilità penale-criminale.	371
2. La categoria concettuale degli “elementi negativi a contenuto negativo”.	388
a) Gli elementi costitutivi della struttura del fatto di reato. Elementi positivi e negativi (in particolare, le cause di giustificazione). Le diverse tipologie di elementi negativi.	390
b) Gli elementi negativi a contenuto negativo. Il ruolo delle “presunzioni”.	395
c) Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nei reati di pericolo presunto.	398
d) Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nella colpa specifica e nei reati aggravati dall’evento.	404
e) L’elemento negativo a contenuto negativo come oggetto di prova contraria rispetto alla presunzione.	407
3. La “quadripartizione” degli elementi del reato secondo la loro posizione sistematica e struttura interna.	409
4. La valenza processuale della tesi che le cause di “non punibilità” costituiscano “eccezione” alla “regola” della “punibilità”.	414

LA INTERDIPENDENZA TRA GLI ILLECITI PENALE, AMMINISTRATIVO E CIVILE E TRA LE RISPETTIVE “FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ”: SUA RILEVANZA AI FINI DELLA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA PENALE-CRIMINALE “INTEGRALE” E “INTEGRATO”. LA GESTIONE “PRIVATISTICA” DELLA PENA CRIMINALE EX POST FACTO DA PARTE DELL’AUTORE DEL REATO

1. *Introduzione.* 422
2. *Il concorso tra illeciti penali, civili e amministrativi come conseguenza della loro interdipendenza strutturale. La peculiarità dell’art. 9 legge n. 689 del 1981.* 423
3. *Dal “concorso reale di illeciti” e dal “cumulo di sanzioni” all’“alternatività” tra la pena criminale e le sanzioni esecutive extra-penali. La “estinzione della punibilità” come conseguenza della scelta del reo di “auto-applicarsi” una “sanzione esecutiva”.* 443
4. *La “auto-applicazione” di sanzioni esecutive “civili” o “amministrative” come causa di estinzione della pena criminale.* 454
5. *I rapporti tra la “prevenzione negativa” connessa alla minaccia della pena criminale e l’“onere” costitutivo della sanzione esecutiva.* 464
6. *La pena criminale e il suo aspetto “simbolico”. Verso il definitivo superamento della visione “sacrale” del diritto penale?* 468
7. *“Disponibilità della pena” da parte del reo e c.d. “giustizia riparativa” (restorative justice). Sua “disfunzionalità” rispetto ad un sistema criminale integrale e integrato finalizzato ad una prospettiva “utilitaristica” del diritto penale e della pena criminale.* 473
8. *Il concetto di “materia penale”. Sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”, misure di sicurezza e misure di prevenzione come “sanzioni penali” in un “sistema criminale integrale e integrato”.* 486
  - a) *Introduzione.* 486
  - b) *Sanzioni “formalmente” amministrative e “sostanzialmente” penali secondo i c.d. “criteri Engel” dettati dalla Corte EDU.* 487
  - c) *“Materia penale”, misure di prevenzione ante e praeter delictum e misure di sicurezza.* 490
  - d) *I concetti di “sanzioni penali”, “materia penale” e “sistema penale”.* 505
9. *Epilogo. La attuale “realtà normativa” di un “sistema criminale integrale e integrato” orientato ad una visione politica “utilitaristica” e “laica” della pena criminale.* 508

## CAPITOLO PRIMO

### IL “FATTO DI REATO” E LE “FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ DA REATO”

SOMMARIO: 1. Il concetto di reato. – 2. La distinzione concettuale tra “norma primaria” e “norma secondaria”. La coincidenza tra i concetti di “punibilità” e di “responsabilità punitiva criminale”. Verso un sistema penale-criminale integrale e integrato. – 3. Se la c.d. “colpevolezza” sia elemento essenziale anche delle fattispecie di “responsabilità da reato” diverse dalla punitivo-criminale. – 4. Il concetto di “reato” come sinonimo di “fatto costitutivo di reato”. – 5. La “pena criminale” come fattore di riconoscimento di un fatto normativamente qualificabile come “costitutivo di reato”. Sanzioni esecutive e sanzioni punitive nella teoria del diritto. La “pena criminale” come modello sanzionatorio “più severo” fra le sanzioni “punitive”. – 6. Il problema della natura giuridica delle misure di sicurezza: sanzioni penali, sanzioni amministrative o mere misure amministrative di prevenzione del reato? – 7. Il problema dell’esistenza di sanzioni criminali “esecutive”. – 8. Il concetto di “punibilità” e le cause che la “escludono”. L’inutilità di una categoria autonoma di “cause di non punibilità”. – 9. Le possibili partizioni teoriche di un “sistema” penale “integrale” e “integrato”. – 10. Le situazioni di “non punibilità” riferibili alle singole fasi che compongono il sistema di diritto criminale tra limiti della “norma” e limiti del “fatto”. – 11. Verificazione processuale dell’esistenza del fatto di reato: proscioglimento o condanna dell’imputato. – 12. La “gravità del reato” come aspetto “autonomo” tra teoria del reato e teoria della pena. – 13. La “non necessità” della pena per “minima gravità” del reato. – 14. La rinuncia alla pena totale o parziale. – 15. La fase dell’esecuzione della pena. – 16. Giustificazione costituzionale delle ipotesi di “non punibilità”. – 17. Alcune precisazioni sul concetto di “responsabilità” e sui suoi rapporti col concetto di “punibilità”.

## 1. *Il concetto di reato*

Il *reato* – come concetto *normativo* e dunque *formale*<sup>1</sup> – può essere sinteticamente definito come *fatto* giuridicamente rilevante, basato su un *comportamento umano*<sup>2</sup> tenuto in violazione di un “comando” o di un “divieto” (ossia di un obbligo di “fare” o di “non fare”), sanzionato “astrattamente” con una “pena” (stipulativamente indicata come “criminale”) e quindi, per definizione, qualificabile normativamente come “*fatto punibile*”.

Considerato nella sua *struttura*, tale *fatto umano*, riconducibile propriamente sotto la categoria dommatica degli *atti giuridici*<sup>3</sup>, in particolare degli

<sup>1</sup> Da distinguere pertanto dal concetto di “delitto” o “crimine” come *fenomeno antropologico-sociale* e quindi “naturale”, oggetto di studio, in particolare, non della dommatica penale ma della antropologia criminale, della sociologia criminale e della psichiatria forense; in una parola, da tutto ciò che rientra in quella branca della scienza sociale costituita dalla c.d. “criminologia”. Della “criminologia” come sintesi di varie discipline che studiano la personalità del delinquente dal punto di vista biologico, psicologico, patologico e sociologico, negandone conseguentemente la natura di scienza autonoma, parlava già A. GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1948, p. 36 ss. “Delitto” dunque come fenomeno antropologico-sociale da non confondere, a sua volta, col concetto “materiale-sostanziale” di “reato”, da intendere come “fatto offensivo dell’interesse tutelato” dalla norma incriminatrice, concetto comunque *sempre “normativo-formale”*: vedi infra cap. IV, 2 lett. c) e note 162 e 209.

<sup>2</sup> Nell’ordinamento giuridico italiano ancora oggi non esiste – in modo, a mio parere, concettualmente corretto alla luce del “modello” di illecito penale e della pena criminale per come delineati nella Costituzione – una responsabilità *penale*, nel senso specifico di “punitivo-criminale”, delle “persone giuridiche” (infra note 370, 411 e 515). Anche nella responsabilità degli enti *per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, introdotta dal d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, infatti, la commissione del reato, sempre comunque da parte di un soggetto “persona fisica” (art. 5), costituisce a mio avviso solo l’*evento naturalistico* dell’illecito *amministrativo* imputabile all’ente (o, al massimo, sua “condizione di *sanzionabilità*”, ammesso che questa categoria dommatica – corrispondente alle “condizioni di punibilità” del reato – possa essere individuata anche nel campo degli illeciti amministrativi; il che, allo stato dell’attuale diritto positivo, non mi sembra). Sulla responsabilità amministrativa dell’ente da reato vedi infra nota 370.

<sup>3</sup> Il “reato” è dommaticamente qualificabile come “atto illecito” e quindi come *specie* del genere “atto giuridico”, consistendo *strutturalmente* in un “fatto illecito” che si sviluppa da un “comportamento umano” riferibile a “coscienza e volontà”, come plasticamente evidenziato dall’art. 42 comma 1 c.p. In quest senso, per tutti, M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, Torino, Giappichelli, 2020, p. 238; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, 2<sup>a</sup> ed. (rist.), Milano, Giuffrè, 1952, p. 20; e anche sul concetto di “atto giuridico”, in una prospettiva di teoria generale del diritto, F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico a) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 203 ss. *passim*; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 1950, pp. 8-10; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Atti e negozi giuridici*, rist., Milano, Giuffrè, 1983, pp. 5-7.

*atti illeciti*<sup>4</sup>, può essere *analiticamente* scomposto<sup>5</sup>, secondo la teoria c.d. “tripartita”, nei tre requisiti fondamentali della *tipicità*, *antigiuridicità* e *colpevolezza*<sup>6</sup>; ovvero, secondo la concezione “bipartita” – che mi sembra logicamente prima ancora che dommaticamente più corretta (alla luce anche e soprattutto delle precise indicazioni ricavabili dal diritto positivo italiano: arg. ex art. 59 comma 4 c.p.)<sup>7</sup> –, in un *elemento oggettivo* e in un *elemento*

<sup>4</sup> Per la distinzione tra i concetti, *stipulativamente definiti*, di “fatto antigiuridico” e “atto illecito” vedi infra cap. I, 17. In generale, sulla distinzione tra “atti leciti” e “atti illeciti” v., per tutti, R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, *Dispense integrative ad uso degli studenti*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 13; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 10.

<sup>5</sup> Per la distinzione tra concezione “analitica” e “sintetica” (o “unitaria”) del reato vedi, in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11<sup>a</sup> ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, pp. 109-111; tendenzialmente favorevole nei confronti di una considerazione “unitaria” del reato A. MORO, *L’antigiuridicità penale*, Palermo, Priulla, 1947, pp. 133-134.

<sup>6</sup> Si consideri tuttavia come attualmente, sia pure *all’interno dello stesso concetto di “reato”* cui ricorrono i tripartiti, si utilizzi la distinzione “bipartita” tra “illecito” (*Unrecht; illecito*) e “colpevolezza” (*Schuld; culpabilidad*), residuando la “tripartizione” *solo all’interno del concetto di “illecito”*, dove si distingue tra un “tipo oggettivo”, un “tipo soggettivo” e il requisito dell’“antigiuridicità oggettiva”. Questa dottrina, oggi maggioritaria tra i tripartiti dopo Welzel (infra nota 72), è seguita in Italia, in particolare, da M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991 e F. GIUNTA, *Illecità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, vol. I, *La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993. Uno schema di “analisi del reato” secondo una prospettiva sistematica “quadripartita” – tipicità, antigiuridicità, colpevolezza e punibilità –, ancora fondamentalmente tributaria della teoria belinghiana del reato (più precisamente, quella di *Die Lehre vom Verbrechen*, del 1906, non di *Die Lehre vom Tatbestand*, del 1930) è a sua volta accolto, nella dottrina italiana, in particolare da Marinucci e dai suoi allievi (G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 11<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2022, *passim*).

<sup>7</sup> In via di prima approssimazione, occorre infatti sottolineare come, se la supposizione erronea della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione (si pensi ad es. alla legittima difesa “putativa”) *secondo il diritto positivo italiano* fa venire meno il dolo, lasciando eventualmente residuare una responsabilità a titolo di colpa (art. 59 comma 4 c.p.), individuando in tal modo una disciplina esattamente “simmetrica” e “speculare” rispetto a quella stabilita dall’art. 47 comma 1 c.p. per l’errore sul fatto di reato, ciò significa logicamente, con ogni evidenza, che le cause di giustificazione fanno anch’esse parte del “fatto di reato”, costituendo quindi “oggetto del dolo”, sia pure con valenza “negativa” (nel senso che, per l’esistenza del dolo del fatto, *non debbono essere rappresentate*). Su punto, per tutti, in particolare, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 437; C.F. GROSSO, *L’errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 1961, cap. I, *passim*. In particolare, per le conseguenze da trarre in caso di errore sugli “elementi specializzanti”, da considerare anch’essi “elementi negativi” del fatto di reato c.d. “generale” (al pari delle “cause di giustificazione”: infra cap. III, 2.6), vedi M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, I, rist., Torino, Giappichelli, 2006, pp. 220-228. Da ricordare anche la particolare posizione di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, *Art. 1-84*, 2<sup>a</sup> ed. Milano, Giuffrè, 1995, p. 616, che, pur accogliendo la sistematica “tripartita”, riconosce significativamente come la

*soggettivo*<sup>8</sup>. Tutti questi elementi, sia nella concezione tripartita<sup>9</sup> ma più chiaramente in quella bipartita<sup>10</sup>, debbono essere a loro volta dommaticamente e sistematicamente considerati nella loro dimensione sia “positiva” che “negativa”<sup>11</sup>.

---

disciplina dettata dall'art. 59 comma 4 c.p. sia più idonea a giustificare la concezione “bipartita” del reato. Su questi argomenti vedi comunque *amplius* infra cap. IV, 2 lett. a) e note 11 e 733.

Ci si può poi a questo punto anche domandare se, dal combinato disposto degli artt. 43, 47 e 59 c.p., debba ricavarsi necessariamente una corrispondenza biunivoca tra i concetti di “fatto di reato”, oggettivamente inteso, da un lato, e i concetti di dolo e di colpa (ma anche, a mio avviso, di preterintenzione: infra note 69, 91 e 624), dall'altro; ovvero se esistono anche elementi del fatto oggettivo di reato “estranei” rispetto agli eventi psichici, effettivi o anche solo potenziali, costitutivi dell'elemento soggettivo (come potrebbero essere ad es. le “condizioni oggettive di punibilità”: infra cap. III, 2.4 lett. d) e note 623 e 624; in senso contrario vedi, per tutti, la posizione di Gallo, nota 29).

<sup>8</sup> Elementi “oggettivo” e “soggettivo” del reato da intendere ovviamente anch'essi nella loro *dimensione “normativa”* e non “naturalistica”. Nessuna comprensione del fenomeno giuridico è infatti possibile dommaticamente senza previamente distinguere chiaramente il dato “ontologico-naturalistico” dalla sua “qualificazione normativa”, quest'ultima esclusivamente *funzionale all'applicazione di un certo tipo di disciplina* dettata dal diritto positivo. In qualsiasi analisi del fenomeno giuridico, occorre infatti sempre nettamente distinguere l'“*oggetto della qualificazione*” dalla “*qualificazione normativo-giuridica dell'oggetto*” (in questa logica, vedi già, in particolare, A. GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auf., Bonn, Röhrscheid, 1950, *passim*, e, con specifico riferimento alla colpevolezza, H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 49 ss.); ossia, per dirla kelsenianamente (ma anche – sia pure secondo una prospettiva diversa – welzelianamente), il mondo dell'“*essere*” da quello del “*dover essere*”. “*Dover essere*” che, però, appartiene di per sé considerato anch'esso alla “*realtà*”, sia pure “*normativa*”, come “*essere dovuto*”: da ultimo, GALLO, *Stigmatissimo professor Kelsen ...*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 17. La concezione sistematica “bipartita”, che appartiene da sempre alla tradizione penalistica italiana fin dai tempi della c.d. Scuola Classica, trova i suoi primi esponenti già nelle costruzioni del reato come “ente giuridico” di Carmignani e Carrara e, nel secolo scorso, di Antolisei.

<sup>9</sup> Nella prospettiva della distinzione tra un aspetto “positivo” e uno “negativo” in sede di analisi di ogni “elemento costitutivo” del reato, si muovono chiaramente, tra i seguaci della tripartizione nell'area latino-americana, Jimenez de Asúa (L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito. Principios de derecho penal*, 2ª ed., Editorial Hermes, Mexico-Buenos Aires, 1954, spec. pp. 225-226 e *passim*) e Creus (C. CREUS, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed. actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, che, nel capitolo dedicato all'analisi del reato, distingue “*La teoría positiva del delito y de la pena*” e “*La teoría negativa del delito y de la pena*”).

<sup>10</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 224 ss.; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., *passim*; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1988, pp. 278-279 e 353 ss.; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2005, spec. p. 381 ss.; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., *passim*.

<sup>11</sup> In particolare (e come vedremo *amplius* nel prosieguo del lavoro), ai fini dell'integrazione del “fatto di reato”, sia pure sintetizzando, vanno qualificati come elementi “positivi”

quelli che debbono “esistere” e di cui quindi, ai fini della “condanna” dell’imputato, deve essere data processualmente la piena “prova positiva” della loro esistenza «al di là di ogni ragionevole dubbio» (come dispone testualmente l’art. 533 comma 1 c.p.p.); e come elementi “negativi” quelli che debbono viceversa “mancare”, per il cui accertamento processuale, ai fini dell’“assoluzione” (o comunque della sentenza di “non luogo a procedere” all’esito dell’udienza preliminare: art. 425 comma 1 c.p.p.) è viceversa sufficiente l’insinuazione del “dubbio” sulla loro effettiva esistenza. Nell’ambito degli elementi “negativi” occorre poi suddividere (in via di prima approssimazione, almeno a questo punto del discorso: vedi comunque più analiticamente infra, spec. cap. IV, 2 lett. a e b) tra *elementi negativi-impeditivi*, la cui presenza impedisce, appunto, l’integrazione di un elemento positivo (si pensi all’errore sul fatto di reato rispetto al dolo) o negativo (si pensi al particolare dovere giuridico di esporsi a pericolo nello stato di necessità) ed *elementi negativi in senso proprio o stretto*, meglio: elementi negativi che possono poi essere, a loro volta, “a contenuto positivo” o anche “a contenuto negativo” (infra cap. IV, 1 e 4), i quali sono elementi che *si aggringono* – e quindi non si sostituiscono – nella struttura del tipo di illecito agli elementi positivi, sia pure però operando con “valenza negativa” nel senso che debbono *mancare* per l’integrazione del fatto di reato (si pensi, almeno per i sostenitori della teoria della bipartizione, alle “cause di giustificazione”).

Gli elementi negativi “in senso stretto” non vanno poi, a loro volta, confusi, come viceversa spesso avviene, con gli *elementi “positivi” costruiti “negativamente”*, di cui, per la integrazione dell’illecito, deve essere cioè “presente la mancanza” (si pensi al dissenso, ossia alla mancanza di consenso, nel delitto di violazione di domicilio: art. 614 c.p.); distinzione che rileva, anzitutto, sul piano dell’elemento soggettivo del reato: nel senso che, per l’esistenza del dolo, se si tratta di “elementi positivi costruiti negativamente” occorre la positiva *rappresentazione della loro mancanza*; mentre, se si tratta di “elementi negativi in senso proprio” a “contenuto positivo”, occorre – tutt’al contrario – la *mancata rappresentazione della loro presenza*. Chiarissimo, in questa logica, l’art. 59 comma 4 c.p. del codice penale italiano, secondo cui – con perfetto parallelismo rispetto a quanto disposto dall’art. 47 comma 1 c.p. (che disciplina l’errore sugli elementi positivi del fatto di reato) – la supposizione erronea dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione (denominata nel codice penale italiano “circostanza di esclusione della pena”; categoria normativo-giuridica, quest’ultima, su cui si veda, in particolare, infra cap. III, 2.6 e nota 733) esclude il dolo, lasciando residuare una eventuale responsabilità a titolo di colpa se l’errore è determinato da colpa e il fatto oggettivamente realizzato è altresì previsto come delitto colposo. Dal che si deduce logicamente come, affinché ci sia dolo, è allora necessaria l’esistenza della situazione contraria rispetto a quella ipotizzata dall’art. 59 comma 4 c.p., ossia, appunto, la “non rappresentazione della presenza” di cause di giustificazione. Si noti, per inciso, come il termine “causa di giustificazione”, di comune utilizzazione in dottrina, appaia per la prima volta in un testo normativo nell’art. 530 comma 3 del codice di procedura penale del 1989. Accanto alle cause di giustificazione, costituiscono poi elementi “negativi” (in senso proprio) sempre “a contenuto positivo” anche i c.d. “*elementi specializzanti*” (o “differenziali”), da intendere dommaticamente come “elementi negativi *impliciti*” con riferimento alla struttura delle fattispecie c.d. “general”, quale logica conseguenza della “coesistenza” di due norme incriminatrici e quindi quali “limiti” della “norma generale”: sul punto vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 220 ss. Ciò significa allora che, se le cause di giustificazione sono senz’altro da qualificare dommaticamente come elementi negativi del tipo, *la categoria degli elementi negativi del tipo non si esaurisce nelle cause di giustificazione* (su questo aspetto, vedi *amplius* infra cap. III, 2.4 lett. f) e 2.6).

Definendo il “reato” come “fatto punibile” (più precisamente: *astrattamente “sanzionato” con una “pena” di natura “criminale”*)<sup>12</sup>, la “punibilità” diventa

Non si può tuttavia a questo punto non sottolineare la “convenzionalità” del ricorso ai concetti di “elemento negativo” e di “elemento impeditivo” come da me intesi – e utilizzati – in questo lavoro. Infatti, a questo proposito, basta da un lato evidenziare come, già dal punto di vista del linguaggio comune, tutti gli elementi “impeditivi” sono anche, teoricamente, qualificabili come elementi “negativi” in quanto la loro presenza “nega”, nel senso di: “esclude”, la integrazione del reato; così come, d’altro canto, anche le “cause di giustificazione”, in quanto elementi “negativi”, sempre secondo l’uso comune del linguaggio, potrebbero essere considerate anche elementi “impeditivi” (così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933, pp. 53-54 e 84, che parla di “condizioni impeditive” del reato; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*. Parte prima. *Diritto penale sostanziale*, II, Torino, Utet, 1958, p. 90 ss.), consistendo in situazioni la cui presenza “impedisce”, ancora una volta, la integrazione del reato (a prescindere poi dal significato in cui il concetto di “elemento impeditivo” è assunto, a sua volta, dalla dottrina processualistica). A tale ultima conclusione potrebbero pervenire i tripartiti, magari quando affermano come la rilevanza normativa delle “cause di giustificazione” consista nel “neutralizzare” il “disvalore” già presente nel giudizio di “antinormatività” insito nella realizzazione del “tipo” (secondo l’insegnamento di WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auf., Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, pp. 50, 80 e 82), “impedendo” quindi che tale giudizio di “antinormatività” – per contrasto del comportamento tenuto con un “obbligo” di fare o di non fare penalmente sanzionato – si consolidi definitivamente nel giudizio di “antigiuridicità” del “fatto” (che costituisce per i tripartiti il “secondo gradino” della costruzione del reato). Evidente quindi la “relatività” dell’uso di certi “concetti”, specie se giuridici.

Essenziale, per qualunque discorso scientifico che si basa su un linguaggio – anche simbolico – necessariamente “convenzionale”, è comunque individuare *preventivamente* e in modo il più possibile chiaro e univoco il “significato” che si intende dare a ciascun concetto, nel nostro caso “giuridico”, utilizzato, concetto espresso, linguisticamente, da un “significante”: se infatti il linguaggio è, per sua essenza, strumento “comunicativo” di “contenuti di senso”, è indispensabile per una corretta “comunicazione” che ciascuno “scienziato” possa farsi comprendere all’interno della “comunità” di cui fa parte. Ciò per evitare i gravi fraintendimenti in cui spesso cadono i giuristi (ma non solo), allorché danno agli stessi termini significati diversi. E ciò anche a prescindere dalla considerazione che gli stessi testi legislativi possono dare allo stesso lemma significati diversi a seconda del contesto in cui vengono di volta in volta utilizzati: si pensi per tutti, proprio nel diritto penale, al concetto normativo di “fatto”, da un lato negli artt. 1 e 2 c.p. (da intendere nel senso di situazione corrispondente ad un “tipo” di illecito penale *al completo* dei suoi elementi costitutivi), dall’altro nell’art. 47 c.p. (da intendere viceversa, in quanto oggetto di un evento psicologico di errore, *restrittivamente* quale situazione riconducibile sotto un “tipo *oggettivo*” di reato, comprensivo, a sua volta, dei soli requisiti “positivi”, data la contestuale presenza dell’art. 59 comma 4 c.p.; evidenzia nitidamente questa evenienza GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 224). Così il termine “fatto” negli artt. 52 e 54 c.p. con riferimento alla legittima difesa e allo stato di necessità deve essere inteso allo stesso modo di come lo si intende nell’art. 47, come comprensivo dei soli requisiti “oggettivi positivi” del tipo di illecito.

<sup>12</sup> Per la impossibilità di una “dissociazione” all’interno della configurazione astratta della “norma incriminatrice” tra “fatto di reato” e “punibilità” vedi *amplius* infra cap. I, 8 e note 161 e 361.

allora, a seconda delle due posizioni fondamentali espresse in dottrina, o “*elemento del reato*” (più precisamente, per coloro che muovono dalla originaria concezione tripartita, superandola, il “quarto elemento” del reato<sup>13</sup>, dopo tipicità, antigiridicità e colpevolezza)<sup>14</sup> ovvero “*conseguenza punitiva*”<sup>15</sup> (meglio: *sintesi normativa delle conseguenze punitive*) dell’illecito (sia pure da intendere nella prospettiva della astratta comminatoria legale, ossia come mera “*possibilità astratta di applicazione della pena criminale*” legislativamente prevista)<sup>16</sup>.

Dal punto di vista della “teoria generale delle norme”, si può solo affermare che, essendo la *fattispecie condizionante una conseguenza giuridica* composta da *tutti i requisiti necessari, e nel loro complesso sufficienti*, ai fini della produzione della conseguenza stessa, laddove la conseguenza giuridica si identifichi – *in astratto* – con la “*pena criminale*”, la *fattispecie condizionante* può essere *stipulativamente definita*<sup>17</sup> come “*fattispecie di punibilità*” (o anche

<sup>13</sup> Non a caso si parla allora di sistematica “quadripartita” (retro nota 6). Una originale – anche se non condivisibile per le ragioni che verranno successivamente esplicitate (infra cap. I, 8) – concezione “tripartita” che vedeva proprio nella “punibilità” il *terzo elemento* del reato (a fianco del “fatto oggettivo” e della “colpevolezza” intesa in senso “psicologico”) era stata avanzata in Italia nella prima metà del secolo scorso da G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1949, pp. 122, 155, 275 ss. Vedi anche infra note 42, 153 e 822.

<sup>14</sup> “Punibilità”, in particolare, intesa dai sostenitori della “quadripartizione” come “luogo dommatico” (e “sistematico”) nel quale ricondurre, oltre le condizioni di punibilità, le cause estintive del reato, quelle sopravvenute di non punibilità e le cause personali di esenzione da pena: vedi per tutti MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., cap. IX. Per l’impossibilità di considerare la “punibilità” – almeno se intesa normativamente in senso tecnico – come quarto e *autonomo* “elemento del reato” vedi infra cap. I, 8. Nella dottrina tedesca, sotto la autonoma categoria giuridica delle “cause di esclusione della punibilità” (*Strafausschließungsgründe*), si riportano, specificamente, quegli istituti che si riferiscono alla “necessità” di pena (per distinguerli da quelli che fondano la “meritevolezza” di pena). Sulla distinzione concettuale tra “necessità” (*Strafbedürftigkeit*) e “meritevolezza” (*Strafwürdigkeit*) della pena vedi per tutti C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenstheorie*, München, C.H. Beck, 1992, pp. 668-669. Nella dottrina spagnola e ispano-americana, con riferimento alle situazioni che escludono la “necessità di pena”, si parla di *excusas absolutorias* (per tutti, E. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 211 ss.).

<sup>15</sup> Così, fra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 756 ss.

<sup>16</sup> “Conseguenza punitiva” del reato da intendere dunque, propriamente, nel senso di «una correlazione logica, non cronologica, di riferibilità della sanzione alla fattispecie in quanto sia perfetta la sintesi di tutti i coefficienti all’uopo richiesti dalla legge»: B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 685.

<sup>17</sup> O, il che è lo stesso, “convenzionalmente”. Per il concetto di “definizione stipulativa”

“di responsabilità per la pena” o “punitiva criminale”). Ma *nulla*, sempre muovendo da una prospettiva di teoria generale, può essere detto *a proposito di ciò che può essere propriamente qualificato come “reato”* dal punto di vista “normativo-giuridico”. Al massimo, si può *convenzionalmente* parlare di reato “*in senso ampio*” come complesso di *tutti* i requisiti necessari al prodursi della conseguenza della punibilità: e quindi *comprensivo* anche delle “*cause di non punibilità*”<sup>18</sup> (formula da intendere – a questo punto del discorso – in senso *assolutamente generico* e quindi di per sé priva di qualunque valore dommatico, avendo *solo un significato “descrittivo”* dell’effetto giuridico della “non punibilità” in presenza delle *situazioni più diverse* dal punto di vista della loro “natura giuridica”).

Essenziale è in realtà solo vedere se in un *ordinamento giuridico “positivo”* esiste una *particolare disciplina* riferibile ad una *nozione “ristretta” di reato*, da intendere come *mero “fatto illecito”*. È infatti *solo una scelta “politica” di ciascun diritto positivo* stabilire se la qualifica normativa di “reato” – ai fini dell’applicazione della relativa disciplina – possa essere attribuita all’intera (meglio: al fatto corrispondente all’intera) fattispecie condizionante la punibilità ovvero se solo ad una sua parte<sup>19</sup>. Ciò avviene nell’ordinamento italiano, dove l’art. 202 c.p. stabilisce – come regola *almeno tendenzialmente generale*<sup>20</sup> – che

---

vedi R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 5.

<sup>18</sup> Decisamente nel senso che «il fatto giuridico reato non sussiste se non v’è tutto ciò che è necessario per il prodursi della conseguenza giuridica della pena» PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., *passim*, spec. pp. 672-673.

<sup>19</sup> Non si potrebbe tuttavia comunque affermare che la nozione di “reato” come mero sinonimo di “fatto illecito” discenda, nell’ordinamento italiano, dall’art. 39 c.p., secondo cui «I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice»; nel senso che il “reato” sarebbe identificato da una delle c.d. “pene principali” previste dall’art. 17 c.p. Infatti, la pena principale potrebbe essere connessa ad una nozione di “reato” *in senso ampio*, comprensivo di tutti gli elementi che “fondano” la punibilità e di tutti gli elementi che, viceversa, la “escludono”, come le – genericamente intese – “cause di non punibilità”; e dunque che debbono “mancare” perché si possa parlare di “fatto punibile”. Ciò in quanto la “norma”, come noto, è il risultato dell’attività interpretativa di una – in genere – *pluralità* di “disposizioni” legislative, ossia di enunciati linguistici di contenuto normativo, come è appunto l’art. 39 di per sé solo considerato. Anche perché l’*effettiva funzione* dell’art. 39 c.p., a ben vedere, è – più specificamente – solo evidenziare come la indicazione della “specie di pena” (edittalmente prevista) attraverso l’implicito “rinvio” all’art. 17 c.p. serva esclusivamente a distinguere, all’interno della *unitaria* categoria degli “illeciti penali”, quelli *più gravi*, normativamente qualificati come “delitti”, dai *meno gravi*, qualificati come “contravvenzioni”, ai fini dell’applicabilità della relativa diversa “disciplina”; ma *non* certo per affermare che il “reato”, da identificare col “fatto illecito”, rappresenti l’*unico presupposto* per il sorgere della pena, ossia della “punibilità”.

le misure di sicurezza si applicano «soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano *commesso un fatto preveduto dalla legge come reato*»; così indicando chiaramente che la qualifica di “*pericolosità sociale*”, ma anche quella di “*imputabilità*” (come si argomenta, tra l’altro, anzitutto proprio dalla definizione di pericolosità sociale contenuta nell’art. 203 c.p.)<sup>21</sup>, qualifica per-

<sup>20</sup> Si veda infatti l’eccezione al comma 1 dell’art. 202 c.p. stabilita dal comma 2 dello stesso articolo, secondo cui «La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto *non preveduto dalla legge come reato*». Sulla importanza e rilevanza di questa disposizione ai fini della individuazione della esatta “natura giuridica” delle “misure di sicurezza” vedi infra nota 125 e cap. V, 8 lett. c.

<sup>21</sup> Art. 203 comma 1: «PERICOLOSITÀ SOCIALE – Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, *anche se non imputabile* o non punibile, la quale ha *commesso* taluno dei fatti indicati nell’articolo precedente [*un fatto preveduto dalla legge come reato*] o un c.d. “quasi-reato”], quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati». Ulteriori argomenti, di diritto positivo, a favore della tesi che ravvisa nella qualifica normativa della “imputabilità” un requisito *esterno* – e quindi *estraneo* – rispetto al “fatto di reato” si ricavano, oltre che dalla disciplina codicistica che, in tema di misure di sicurezza, ci indica inequivocabilmente come, almeno nell’ordinamento italiano, la *struttura* del “fatto di reato” *non cambi* se a commetterlo sia un soggetto imputabile o non imputabile (arg. ex artt. 222 e 224 c.p., dal momento che la durata della misura di sicurezza può dipendere appunto anche dalla “gravità del reato”: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 618-619 e 813), dalla stessa collocazione sistematica dell’imputabilità all’interno del codice penale, contenuta non nel Titolo III del Libro I, rubricato «Del reato», ma nel Capo I del Titolo IV, rubricato «Del reo e della persona offesa dal reato». A ciò si aggiunga, a sua volta, come il codice di procedura penale all’art. 530, nell’elencare le formule assessorie, dopo aver fatto riferimento al “*fatto*” *oggetto dell’imputazione* («Se il fatto non sussiste, se l’imputato non lo ha commesso, se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato») segue parlando viceversa senz’altro di “*reato*” proprio con riferimento anzitutto al suo autore come soggetto “non imputabile” («ovvero se il *reato* è stato *commesso da persona non imputabile* o non punibile per un’altra ragione»); evidenziando così inequivocabilmente che la *qualifica soggettiva di “imputabilità”* sta – almeno secondo l’ordinamento italiano – *fuori* del “fatto” già normativamente qualificato come “reato”. Nella stessa direzione – dell’estraneità della “imputabilità” (o del suo sostrato naturalistico della “capacità di intendere e di volere”) rispetto al “fatto preveduto dalla legge come reato” o *tout court* al “reato” – si muovono poi, già alla stregua della semplice lettera della legge, anche gli artt. 85 («Nessuno può essere punito per un *fatto preveduto dalla legge come reato*, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile»), 86 («Se taluno mette altri nello stato di incapacità d’intendere o di volere, *al fine di fargli commettere un reato*, ...») e 111 c.p. («Chi ha determinato a *commettere un reato* una persona non imputabile, ...»); ma anche l’art. 8 comma 1 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nel momento in cui afferma che «La responsabilità dell’ente sussiste anche quando: a) *l’autore del reato* non è stato identificato o *non è imputabile*». Sull’“estraneità” dell’imputabilità rispetto al reato vedi anche infra cap. I, 3. Il che comporta, alla stregua del nostro diritto positivo, l’inaccogliabilità della concezione tripartita attualmente dominante nella dottrina penalistica italiana, che vede nell’“imputabilità” non solo un requisito della “colpevolezza”, ma nella colpevolezza il terzo degli elementi costitutivi della struttura del reato (dopo “tipicità” e “antigiuridicità”).

sonale, quest'ultima, condizionante la "punibilità" (art. 85 comma 1 c.p.), sono, *nel sistema penale-criminale italiano*, requisiti *estranei al "fatto di reato"* e quindi alla sua "struttura".

Con una *duplice conseguenza*, della massima importanza dogmatica e sistematica:

1. che, ai fini della integrazione della "fattispecie di punibilità" (ossia di quella che comporta come suo effetto giuridico la astratta applicabilità di una pena criminale), *non è sufficiente* la mera realizzazione di un "reato" (*restrittivamente* inteso, come sinonimo di "*fatto costitutivo di reato*")<sup>22</sup>, *occorrendo altri elementi* quali, oltre la eventuale presenza di "condizioni oggettive di punibilità", la "conoscenza" o anche la mera "conoscibilità" del disvalore penale del fatto e l'"imputabilità" del suo autore<sup>23</sup>. *Non* però – a differenza di quella dottrina che ammette l'esistenza di una categoria autonoma di "colpevolezza normativa"<sup>24</sup> (in ogni caso estranea all'"illecito penale")<sup>25</sup> –

<sup>22</sup> Da intendere qui come insieme di *tutti* gli elementi "oggettivi" e "soggettivi" necessari e nel loro complesso sufficienti per l'integrazione dell'illecito penale. Sui diversi significati che il termine "fatto" assume sul piano normativo all'interno del codice penale vigente GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 223-224. *Contra*, nel senso che il concetto di "reato" sarebbe dato dalla sintesi di "illecito" (da intendere come "fatto di reato") e "colpevolezza" (colpevolezza da intendere nel suo significato "normativo" – infra cap. I, 3 – come giudizio "personalistico" di "rimproverabilità"), DONINI, *Illecito e colpa*, cit., *passim*, spec. cap. I n. 5. Anche più radicalmente PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 672 ss. (nel senso che il concetto di "reato" dovrebbe essere inteso come insieme di *tutti* gli elementi, positivi e negativi, che, rispettivamente, fondano o escludono la – astratta – "punibilità"; vedi anche retro nota 16).

<sup>23</sup> *Infra* capp. I, 3 e IV, 1.

<sup>24</sup> "Colpevolezza *normativa*" come categoria "interna" alla "fattispecie di punibilità", da *distinguere* tuttavia da un concetto di "colpevolezza" come *espressione sintetica* solo dei diversi "criteri soggettivi di imputazione" del fatto di reato, e dunque come sinonimo di c.d. "colpevolezza *psicologica*". Per la distinzione tra colpa "psicologica" e "normativa" vedi *infra* cap. I, 2. Fondamentali sul punto le considerazioni di GALLO, *Il concetto unitario di colpa*, Milano, Giuffrè, 1951, *passim*, e ID., *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 543-549. All'interno della dottrina italiana che segue la sistematica "tripartita", occorre poi ulteriormente *distinguere* tra coloro che vedono nella colpa, sia pure comunque da intendere "normativamente", il *terzo elemento del "reato"* (cui ricondurre *anche* il dolo e la colpa, ossia l'elemento "soggettivo", mentre il "fatto tipico" si esaurirebbe nell'elemento "oggettivo": per tutti, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., *passim*, spec. capp. V e VI; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2001, p. 154 ss.) e coloro che, al contrario, seguendo la attuale dottrina tedesca post-welzeliana, la considerano un *elemento "estraneo" rispetto all'"illecito"*, illecito a sua volta comprensivo *anche* dei criteri soggettivi di imputazione del fatto di reato – dolo o colpa – costitutivi del c.d. "tipo soggettivo" (Donini e Giunta: retro nota 6).

<sup>25</sup> Per la distinzione, nella analisi e nella sistematica del reato attualmente dominante nella

l'“esigibilità” di un comportamento diverso da quello (illecito) tenuto<sup>26</sup> (e quindi conforme alla “pretesa giuridica”; requisito dell'esigibilità che, nell'ordinamento italiano, mi sembra acquisti *rilevanza normativa “autonoma”* solo all'interno delle cause di giustificazione basate sulla *ratio* di “necessità”<sup>27</sup>

---

dottrina di lingua tedesca e spagnola, tra “illecito” e “colpevolezza” (*Unrecht/ilicito* e *Shuld/culpabilidad*) vedi note 6 e 72. Nella dottrina penalistica italiana seguono questa impostazione Donini (vedi anche retro nota 2) e Giunta.

<sup>26</sup> Sul concetto di “esigibilità” (meglio: di “inesigibilità”), nella dottrina italiana, Fornasari (G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990, *passim*, spec. p. 207 ss., che individua un ruolo del requisito dell'esigibilità in tutti gli elementi costitutivi del reato) e prima Scarano (L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, Humus, 1948). Fondamentali sul tema, nella dottrina tedesca della prima metà del secolo scorso, anche nella costruzione di un concetto di “colpevolezza normativa”, gli apporti di Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger e Henkel. Vedi anche infra note 28 e 225.

<sup>27</sup> Come, fra le cause di giustificazione c.d. “generali” (così denominate in quanto potenzialmente riferibili a tutti i tipi di reato), la legittima difesa, l'uso legittimo delle armi e lo stato di necessità (tutte scriminanti caratterizzate da una situazione di oggettiva “necessità” che giustifica l'“inesigibilità” di un comportamento diverso da quello tenuto); a *differenza* dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere, basate viceversa su una *ratio* di “non contraddizione” dell'ordinamento (si veda anche infra cap. II, 3). A sua volta, occorre poi decisamente sottolineare come il concetto di “causa di giustificazione” non corrisponda, contrariamente a quanto affermato dai sostenitori della concezione “tripartita”, ad una situazione di “liceità” prevista da una “norma di liceità” valevole per l'“intero ordinamento”, *ma è solo una categoria “formale”* utilizzabile all'interno del sistema penale (infra nota 212). Per cui non c'è, nell'ordinamento italiano, necessità di prevedere, accanto, ad es., ad uno stato di necessità “giustificante” uno stato di necessità “scusante” (come viceversa avviene nell'attuale codice penale tedesco: arg. *ex* §§ 34 e 35 StGB); stato di necessità “scusante” di cui una ipotesi particolare sarebbe costituita, nell'ordinamento italiano, dalla “causa di non punibilità” prevista specificamente per alcune tipologie di reati contro l'amministrazione della giustizia dall'art. 384 comma 1 c.p. («CASI DI NON PUNIBILITÀ – Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore»). Al contrario, affermano – correttamente – la natura di causa di giustificazione di questa causa di non punibilità GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 361 e A. MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, Napoli, Jovene, 1992, *passim*. In ultima analisi, esistono cause di giustificazione valevoli per l'intero ordinamento (e quindi anche per il settore penale) ovvero solo per il settore penale o comunque solo per una parte dell'ordinamento, come appunto avviene con lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.: arg. *ex* art. 2045 c.c. che, in caso di “fatto dannoso” commesso in “stato di necessità”, dispone a favore del danneggiato la possibilità di applicazione di una «indennità» che rappresenta una forma “attenuata” della “sanzione civile” del “risarcimento del danno” (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9<sup>a</sup> ed., vol. V, Milano, Giuffrè, 1972, p. 557, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 318), tecnicamente una “circostanza attenuante” in quanto la determinazione della sua “misura” non è rimessa ai parametri (ordinari) del “danno emergente” e del “lucro cessante”, ma all'«equo apprezzamento» del giudice.

e con riferimento alla coscienza e volontà della condotta<sup>28</sup>; e dunque, in ultima analisi, *all'interno* del fatto del reato)<sup>29</sup>. Il che significa che la “fattispecie di punibilità” è una fattispecie “*a struttura complessa*”<sup>30</sup> e “*a formazione progres-*

---

zamento del giudice», lasciando quindi “residuare” una “responsabilità” dell'autore del fatto *in sede civile*. Sul punto vedi infra nota 368. Nel senso poi, in particolare, che l'art. 2045 c.c. non preveda un caso di “fatto lecito dannoso”, data anche, a monte, l'inconsistenza logico-giuridica di tale categoria, vedi sempre nota 368.

<sup>28</sup> “Esigibilità” di un comportamento diverso da quello tenuto, da intendere – più specificamente –, con riferimento alla riconducibilità della condotta a coscienza e volontà del suo autore, come sua “possibilità *materiale*”; possibilità che *viene meno* (determinando una situazione di “impossibilità materiale” di un comportamento diverso) in presenza di una situazione di “forza maggiore” o di “costringimento fisico” o di “incoscienza involontaria”, che quindi si traducono in *elementi “negativi”* – in particolare, nel senso di “negativi-impeditivi”: vedi retro, nota 11; anche *amplius* infra cap. IV, 3 – della riferibilità della condotta a coscienza e volontà del suo autore (c.d. *suitas*) e quindi come costitutivi della “inesigibilità oggettiva” di un comportamento diverso da quello tenuto (in quanto *materialmente necessitato*: si noti comunque anche qui il riferimento dell'esigibilità – meglio: del suo contrario, la “inesigibilità” – alla “necessità”, come avviene nelle cause di giustificazione della legittima difesa e dello stato di necessità, oltre che, nell'ordinamento italiano, dell'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica).

Il concetto di “esigibilità” (di un comportamento diverso da quello tenuto) potrebbe eventualmente avere una sua rilevanza anche in sede di analisi della struttura della colpa (meglio: del “fatto colposo”). E anche all'interno della teoria della “imputazione oggettiva dell'evento”, dominante attualmente nella dottrina tedesca, almeno per coloro che ne riconoscono la autonoma rilevanza dommatica (nella dottrina italiana DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006). Per coloro che ammettono un concetto dommatico autonomo di “esigibilità”, si deve tuttavia fare particolare attenzione a *non confondere* l'esigibilità di un comportamento diverso da quello tenuto da parte del singolo agente con la esigibilità di un comportamento alternativo conforme a diritto (il primo, sempre per i tripartiti, elemento della “colpevolezza”, e quindi del giudizio di “rimproverabilità soggettiva”, il secondo elemento del “fatto tipico”).

<sup>29</sup> Ovviamente, per quanto concerne le cause di giustificazione, *all'interno* del fatto di reato solo riconoscendone la natura di “*elementi negativi*” del fatto stesso (retro note 7 e 11); anche se, altresì per i sostenitori della teoria tripartita attualmente dominante in Germania, le scriminanti, in quanto fattori la cui presenza esclude l’“antigiuridicità” del fatto, sono comunque da ricomprendere all'interno dell’“illecito” (comprensivo del “fatto tipico”, oggettivo e soggettivo, ma che non si esaurisce in esso, essendo per la dottrina tedesca qualificabile come “illecito”/ *Unrecht* solo il fatto “tipico” e “antigiuridico”).

<sup>30</sup> *Convenzionalmente*, qualcuno potrebbe poi anche sostenere, secondo una tesi ripetuta in dottrina, che, *di per sé considerato*, lo stesso “fatto di reato” sarebbe astrattamente previsto da una “fattispecie di reato”; salvo dovere però necessariamente specificare, a meno di non incorrere in una petizione di principio, che detta – ipotizzata – “fattispecie” *non vive di vita propria*, non producendo *di per sé* considerata *nessun effetto giuridico autonomo* (in generale, per la impossibilità logica di distinzione tra i concetti, di teoria generale, di “rilevanza” e di “efficacia giuridica” di un “fatto” vedi A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, pp. 47-61), ma costituisce *solo “elemento essenziale” di un'altra “fattispecie” appunto “a struttura*

siva” (occorrendo *altresì* come vedremo – “in negativo” – la *manca*za di, genericamente definite, cause “*personali* di esenzione da pena” e cause di “non punibilità *sopravvenute*”)<sup>31</sup>;

2. che, conseguentemente, il “fatto di reato”, *di per sé considerato*, oltre che della fattispecie di “punibilità”, può costituire “requisito essenziale” della “struttura” *anche di altre fattispecie di “responsabilità giuridica”* (civile, per le misure di sicurezza, amministrativa dell’ente<sup>32</sup>; oltre, naturalmente, di diverse fattispecie produttive di ulteriori effetti giuridici quale “elemento normativo”<sup>33</sup>).

*complessa*” nel senso di integrata, per la produzione dell’effetto giuridico (nel nostro caso: la “pena criminale”), da una *pluralità di fattispecie*, ognuna delle quali, isolatamente considerata, non ha tuttavia rilevanza giuridica autonoma (G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 115 ss.). Situazione questa che non presenta ovviamente alcuna analogia con la struttura del “reato complesso”, costituito – come stabilisce l’art. 84 c.p. – dal “materiale normativo” di più “fatti” *ognuno dei quali*, di per sé, già costitutivo di “reato”. *Rebus sic stantibus*, l’utilità, anche solo dal punto di vista didattico-positivo, di una simile costruzione (laddove parla *tout court* di “fattispecie di reato”) appare quantomeno discutibile, posto che, nel caso che qui ci occupa, la “complessità” della struttura dell’*unica autonoma* “fattispecie di punibilità” deriva, in realtà, *solo dal combinarsi di una pluralità di “fatti”* che, *nella logica normativa del concetto di “fattispecie”*, assumono esclusivamente la natura di suoi “elementi costitutivi”. Lo stesso errore dommatico si fa, *a fortiori*, quando si parla di “fattispecie oggettiva” e di “fattispecie soggettiva” del reato ovvero quando si distingue “tipo del fatto” e “tipo di giustificazione” (o anche “tipo di permesso” o “di liceità”: così ad es. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 386 ss., che fa riferimento al “tipo permissivo”, *Erlaubnistatbestand*, a proposito, in particolare, dell’errore sulle cause di giustificazione), non facendosi qui riferimento a “tipi” autonomi – nel senso di “fattispecie” autonome – ma solo a singoli “elementi costitutivi” del “fatto di reato”. Per una diversa distinzione tra “fatto di reato”, composto dagli «elementi oggettivi» che «si debbono riflettere sul piano psicologico» del dolo o della colpa, e “fattispecie criminosa” (correttamente però *non* identificata *tout court* con la “fattispecie di punibilità”), cui sarebbero riconducibili gli “eventi aggravatori” nei reati aggravati dall’evento e le “condizioni oggettive di punibilità”, si veda GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 289-303. A questo proposito, mi sembra che Gallo, identificando il “fatto di reato” *solo* con ciò che è “oggetto” di dolo o di colpa, finisca col riprendere l’opinione di Mezger.

<sup>31</sup> Sulle cause di “non punibilità sopravvenuta” e, in genere, di “estinzione del reato” come “elementi negativi” della “fattispecie di punibilità” vedi *infra* cap. I, 11.

<sup>32</sup> Rispettivamente, art. 185 c.p.; art. 202 comma 1 c.p.; art. 1 d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

<sup>33</sup> Si pensi, ad es., al ruolo che svolge il concetto di “reato” nei delitti di simulazione di reato e di calunnia (artt. 367-370 c.p.), di omessa denuncia di reato (artt. 361-364 c.p.) e nella ipotesi di “indegnità a succedere”, prevista in sede civile dall’art. 463 c.c. Si pensi altresì ai casi in cui una condanna per un certo tipo di reato o ad una pena di una certa entità comporti l’impossibilità di essere titolari di una autorizzazione, una licenza o una concessione (così, ad es., si veda l’art. 11 Regio Decreto 18 giugno 1931 n. 773, “Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza”, a tenore del quale «1. Salve le condizioni particolari stabilite dalla legge nei singoli casi, le autorizzazioni di polizia deb-

La distinzione tra “fatto di reato” e “fattispecie di punibilità” si riscontra, sia pure in una prospettiva *parzialmente diversa* ma sempre fondata sul *diritto positivo*, anche nell’indicazione *normativa* dei “fatti” che, ai fini della verifica processuale dell’ipotesi accusatoria (*accertamento fuori del quale la “norma incriminatrice” non esiste*)<sup>34</sup>, possono *legittimamente* costituire “oggetto di prova” ai sensi dell’art. 187 c.p.p. laddove distingue tra “fatti” che si riferiscono all’imputazione» (ossia anzitutto agli elementi essenziali, oggettivi e soggettivi, del “fatto di reato”, comprensivo però – restrittivamente – dei soli requisiti di “addebito”: arg. *ex art.* 417 lett. *b* c.p.p.) e “fatti” che si riferiscono alla «punibilità»<sup>35</sup>.

bono essere negate: 1) a chi ha riportato una condanna a pena restrittiva della libertà personale superiore a tre anni per delitto non colposo e non ha ottenuto la riabilitazione; ... 2. Le autorizzazioni di polizia possono essere negate a chi ha riportato condanna per delitti contro la personalità dello Stato o contro l’ordine pubblico, ovvero per delitti contro le persone commessi con violenza, o per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, o per violenza o resistenza all’Autorità»; e, sempre nel TULPS, gli artt. 43 e 52 comma 2. Si veda, ancora, ad es. l’art. 171-*ter* comma 4 legge 22 aprile 1941 n. 633, “Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”, laddove stabilisce che «La condanna per uno dei reati previsti nel comma 1 comporta: ... c) la sospensione per un periodo di un anno della concessione o autorizzazione di diffusione radiotelevisiva per l’esercizio dell’attività produttiva o commerciale»; e, fra i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di appalto o concessione, la condanna per uno dei reati indicati dall’art. 80 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, c.d. Codice dei contratti pubblici. Da ultimo, anche per la sua dirompente rilevanza politica, si pensi al d. lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, c.d. Legge Severino, contenente il “Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell’articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190”. In generale, sulla categoria dommatica degli “elementi normativi” – che possono riscontrarsi tanto nel “fatto di reato” che nella “fattispecie di punibilità” – vedi, per tutti, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 285-287. Vedi anche *infra* nota 749.

<sup>34</sup> *Infra* capp. I, 9 n. 2 e II, 1; e nota 186.

<sup>35</sup> Più in particolare, l’art. 187 comma 1 c.p.p. – coerentemente con la sua specifica funzione di indicazione normativa di ciò che può *legittimamente* costituire “oggetto di prova”, e ricordando sempre come l’affermazione della responsabilità penale punitiva e la conseguente applicazione in concreto della “norma incriminatrice” non esistano fuori dell’ accertamento processuale (*infra* capp. I, 9 n. 2 e II, 1; e nota 186) – quando parla di “fatti” che si riferiscono all’“imputazione”, in particolare agli elementi oggettivi e soggettivi di quel “fatto concreto” che nella richiesta di rinvio a giudizio, come impone l’art. 417 lett. *b*) c.p.p., deve essere enunciato «in forma chiara e precisa», fa riferimento propriamente anzitutto al “fatto di reato”, da intendere però in senso “restrittivo”, in quanto comprensivo dei soli requisiti di “addebito” che quindi, “fondando” la punibilità, sono oggetto di “onere della prova” a carico dell’accusa (sull’ammissibilità e utilizzabilità del concetto tecnico di “onere della prova” anche nel sistema penale vedi *infra* note 751 e 802); elementi di “addebito” cui vanno ricondotte – sempre ai sensi dell’art. 417 lett. *b*) c.p.p. – anche le

2. *La distinzione concettuale tra “norma primaria” e “norma secondaria”. La coincidenza tra i concetti di “punibilità” e di “responsabilità punitiva criminale”. Verso un sistema penale-criminale integrale e integrato*

A questo punto si tratta di vedere se, ai fini di una migliore comprensione del sistema penale nel suo complesso, è possibile, o meglio: utile<sup>36</sup>, distinguere – anche nella prospettiva specifica della responsabilità punitiva criminale – tra una c.d. “norma primaria”, rivolta al possibile “autore” (*imputabile o meno*, non importa) di un “fatto di reato”<sup>37</sup> e una c.d. “norma se-

«circostanze aggravanti» e «quelle che possono comportare l’applicazione di misure di sicurezza» (oltre le eventuali “condizioni obiettive di punibilità”); concetto di “imputazione” da intendere quindi come insieme di *tutti* gli elementi che, potendo incidere sull’affermazione *positiva* di “responsabilità” dell’imputato costituiscono *oggetto del “diritto di difesa”*. Ricordando altresì, da un lato, come le “circostanze aggravanti” contribuiscano ad integrare un “fatto di reato” *strutturalmente “autonomo”* rispetto a quello c.d. “base” (anche se *non* costitutivo di un “titolo autonomo” di reato: vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 28 ss.); dall’altro, come le “circostanze che possono comportare l’applicazione di misure di sicurezza” siano, a loro volta, costitutive di “fatti” che, oltre a rientrare nel concetto processuale di “imputazione” *ex art. 417 lett b) c.p.p.*, sono, sempre ai sensi dello stesso art. 187 comma 1 c.p.p. (insieme a quelli che si riferiscono alla «determinazione della pena»; non a caso da me individuata come terza “teoria” da prendere in considerazione nella costruzione di un “sistema penale” integrale e integrato: *infra cap. I, 9 n. 3*), di per sé anche *autonomamente* previsti fra quelli che possono legittimamente costituire “oggetto di prova” (si pensi ad es. ai criteri fattuali di cui all’art. 133 comma 2 c.p.). Quanto poi ai “fatti” che si riferiscono alla “punibilità”, sotto questa formula occorre ricondurre, accanto alle “cause di non punibilità” appartenenti alla “struttura” del “fatto di reato” (come le cause di giustificazione o il caso fortuito e la forza maggiore), gli *ulteriori* requisiti di “non punibilità” appartenenti alla “fattispecie di punibilità”, oggetto di “onere della prova” a carico dell’imputato, in quanto elementi la cui presenza “esclude” la punibilità. Con riferimento, in particolare, agli elementi “negativi in senso stretto” e “negativi-impeditivi” del “fatto di reato”, la loro eventuale presenza (se riconoscibile già in sede di indagini preliminari, posto che, ai sensi dell’art. 358 c.p.p. il pubblico ministero «svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze *a favore* della persona sottoposta alle indagini») deve escludere la stessa “legittimità” dell’imputazione *ex art. 417 c.p.p.*, non potendosi parlare allora, logicamente, come era prima dell’abrogazione dell’art. 125 norme att. c.p.p., di elementi «idonei a sostenere l’accusa in giudizio», e tantomeno oggi, ai sensi del nuovo art. 408 comma 1 c.p.p., di elementi che consentono di «formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca», dovendo pertanto il p.m. chiedere al g.i.p. l’archiviazione. Sulla fondamentale distinzione tra elementi che “fondano” o che “escludono” la punibilità, e sulla sua utilità dommatica e sistematica, vedi *infra cap. IV, 1*. Sul significato da attribuire al concetto di “onere della prova”, come riflesso processuale-probatorio della distinzione (sostanziale) tra elementi che fondano o che escludono la punibilità vedi *infra* note 751 e 802.

<sup>36</sup> “Utilità” ovviamente ai fini della *applicazione pratica* delle norme giuridico-penali (considerando, fra l’altro, che il “diritto”, come diceva Kant, appartiene alla “ragione pratica”).

<sup>37</sup> Se, in sede di “teoria generale”, si dovesse muovere da una concezione della “norma” come “imperativo”, che vede quindi nel “diritto” solo un insieme di “comandi” e “divieti”, è evidente come, seguendo una prospettiva strettamente “psicologista” della teoria imperativistica, “destinatario” della norma-precepto potrebbe logicamente essere solo un soggetto-persona fisica che si trovi nella “possibilità” di adempierlo (posto che *ultra posse nemo tenetur*). E tale potrebbe essere solo chi, *in concreto*, si rappresenti l’esistenza del “dovere” (da osservare), essendo altresì in grado di comprenderne il significato e di adeguarvisi liberamente con la sua volontà. In particolare, l’idea del “delitto” come “violazione del dovere” muove, non a caso, dall’idea hegeliana della “volontà individuale” che si pone contro la “volontà dello Stato” come sua “negazione” (onde la concezione “retributiva” della pena che, in quanto “negazione” di quella “negazione del diritto” costituita dal delitto, svolge la funzione di “riaffermare” l’ordine giuridico violato: G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, a cura di V. Cicero, Milano, Rusconi, 1998, Das Unrecht § 82 ss.). Volendosi allora mantenere coerenti con queste premesse, ne consegue logicamente che ad es. un pazzo non ha la possibilità di agire “liberamente”, perché, per la sua condizione mentale che determina una *anormale qualità* dei suoi processi psichici, non ha una *vera e reale* possibilità di scelta. Ciò significa allora che la “possibilità di adempiere” al “dovere” in cui si sostanzia l’imperativo dipenderebbe, alla fine, dalla esistenza “*in concreto*” del “libero arbitrio”. Questa idea – *originaria* – dell’“imperativo”, che, per la sua struttura logica, presuppone la “capacità di intendere e di volere” oltre la “coscienza dell’esistenza del comando o divieto” e quindi del suo “significato”, porta inevitabilmente alla conclusione che *solo gli “imputabili”* possono essere “destinatari” dell’imperativo e quindi, in ultima analisi, della “norma”.

Per superare queste difficoltà, la versione più raffinata della teoria c.d. “imperativistica” della norma – formulata da Olivecrona (K. OLIVECRONA, *La struttura dell’ordinamento giuridico*, Milano, Etas Kompass, 1972, pp. 156-173; ID., *Il diritto come fatto*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 21-38; ID., *L’imperativo della legge*, in *Jus*, 1954, p. 451 ss., concezione ripresa da GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 132) –, afferma, in posizione critica nei confronti della teoria “volontaristica”, che l’imperativo non è propriamente un comando, in quanto prescinde dalla relazione interpersonale tipica del comando, *ma si sostanzia strutturalmente in un enunciato linguistico costruito in modo da poter funzionare come comando*; onde la qualificazione della norma come “imperativo indipendente”. *Non è dunque necessario che la “norma” svolga sempre, effettivamente, la funzione concreta di “comando” o “divieto”, essendo sufficiente che sia strutturata nella sua formulazione astratta in modo tale da possedere l’idoneità semantica a funzionare come “comando”; a prescindere quindi dalla effettiva “capacità” del singolo agente di adeguarsi nella situazione concreta al suo contenuto preceptivo e indipendentemente dal suo concreto adempimento. Per cui non è necessario che il suo destinatario sia un soggetto “imputabile” (nel senso di “capace di intendere e di volere” sul piano naturalistico).*

Teoria imperativa della norma che, anche così intesa, *non ha, ovviamente, valore assoluto*, posto che l’ordinamento può, in genere, prevedere l’applicazione di una “sanzione” – attraverso una norma, comunque a struttura imperativa, rivolta però solo all’organo di applicazione della sanzione stessa, come il giudice – a prescindere dalla possibilità del soggetto, ritenuto giuridicamente “responsabile” (e quindi assoggettabile a “sanzione”), di impedire il verificarsi della situazione di fatto descritta dalla fattispecie condizionante la sanzione stessa, e quindi da qualificare (in via stipulativa) come meramente “antigiuridica” in quanto “fuori” dalla sua concreta “possibilità di controllo” (*ubi commoda, eius et incommoda*, responsabilità funzionale o di “posizione”: infra cap. I, 17). Il che *esclude* allora che *la struttura*

condaria”, che ha come destinatario il giudice (quale – *unico* – organo pubblico competente per l’applicazione della sanzione *penale*)<sup>38</sup>. Distinzione che trova un suo autorevole antecedente, in una prospettiva ancora una volta di teoria generale delle norme, nella concezione di Binding, che, come noto, distingueva tra “norma” (da intendere come “imperativo”), di diritto pubblico *ma non penale*, che avrebbe come destinatari i consociati, e “legge penale”, che si rivolgerebbe al giudice (dove la concezione del diritto penale come diritto “meramente sanzionatorio” di precetti già posti *aliunde* nell’ordinamento)<sup>39</sup>; “legge penale” che prevederebbe l’applicabilità della pena

---

*logica di qualunque “norma” sia sempre quella dell’“imperativo”* (così invece A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, Cedam, 1939, p. 11 ss.; OLIVECRONA, *L’imperativo della legge*, cit., *passim*, e gli altri lavori cit. supra in questa stessa nota; si veda anche H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, NBSE, 1985, p. 156 ss., che individua nel “comando” una delle quattro possibili funzioni della norma e nel “dover essere” l’espressione di tutte le funzioni normative). Viceversa, laddove – e *solo* laddove – la “sanzione” abbia *natura punitiva*, data la “minaccia” della sua applicazione ed esecuzione che la caratterizza (e quindi l’esigenza logica di un soggetto che la possa percepire appunto come “pena”, ossia come un “male”, potendone conseguentemente subire l’effetto di “intimidazione”), si deve logicamente presupporre l’esistenza di una *ulteriore “norma” a struttura “imperativa”* (rispetto a quella di cui è destinatario l’organo di applicazione della sanzione) rivolta direttamente al “destinatario della sanzione” (punitiva), norma (comando o divieto) il cui adempimento serve ad evitare, ossia a “prevenire”, l’applicazione della sanzione stessa. Sulla fondamentale in quanto “basica” distinzione tra “sanzione esecutiva” e “sanzione punitiva” si veda *amplius* infra cap. I, 5.

<sup>38</sup> Così KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit. pp. 94-95, 209, 216, 222-223, sia pure invertendo il significato dei termini di ciò che è comunemente inteso come norma “primaria” o “secondaria”, ritenendo anzi quest’ultima “superflua” (KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas Libri, 1966, p. 61); per un ampio quadro generale della problematica si veda G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, Giappichelli, 1967, *passim*. Che, secondo l’ordinamento penale italiano, esclusivamente il giudice ritualmente investito delle funzioni giurisdizionali penali sia l’unico organo dello Stato legittimamente competente ad applicare una pena criminale, lo si ricava testualmente – e in modo vincolante per lo stesso legislatore ordinario – dall’art. 13 comma 2 Cost., a tenore del quale «Non è ammessa ... qualsiasi altra restrizione della libertà personale [in cui, in via diretta o indiretta, si sostanzia la “pena criminale principale”] se non *per atto motivato dell’autorità giudiziaria* ... ». Sul punto vedi infra cap. II, 1. Decisamente contro la distinzione tra “norma primaria” e “norma secondaria” vedi A. ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca editori, 1913, p. 73 ss.

<sup>39</sup> Sulla concezione “sanzionatoria” del diritto penale K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, 2. Auf., Leipzig, 1890, p. 35 ss.; sulla concezione “ulteriormente sanzionatoria” GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, *Introduzione e parte prima. Le norme penali sinteticamente considerate*, 2<sup>a</sup> ed. (rist.), Milano, Giuffrè, 1952, p. 232 ss. In senso critico, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 58-59 e GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit.,

(criminale) in caso di “realizzazione” del “fatto” da essa descritto, fatto che costituisce a sua volta “violazione” della “norma”. Per cui – sempre nella prospettiva bindinghiana – il “reato” non sarebbe, logicamente, *violazione* della “legge penale”, e quindi della “norma” che da essa si ricava, posto che essa è rivolta solo al giudice, ma, al contrario, sua *realizzazione*, meglio: *integrazione* della “fattispecie condizionante” da essa prevista<sup>40</sup>. In questa logica, è allora evidente come sia più facile distinguere nettamente, e conseguentemente risolvere, le problematiche di tipo dommatico e sistematico inerenti alle – in senso “generico” – cause di *esclusione del “reato”*, da un lato, e a quelle – sempre in senso lato e “generico” – di *esclusione della “punibilità”* (piuttosto che della sola pena) dall’altro<sup>41</sup>, laddove si muova dall’idea che la “punibilità” sia non un “elemento” del reato ma la sua “conseguenza”, proprio per coloro che distinguono tra “norma primaria” e “norma secondaria” (piuttosto che per coloro che ragionano solo nella prospettiva del “fatto punibile”, per i quali dovrebbe essere qualificabile normativamente come “reato” il “presupposto” – necessario *ma anche sufficiente* – della “punibilità”, identificato quindi con la – *intera* – “fattispecie condizionante” la sanzione punitiva criminale)<sup>42</sup>.

pp. 22-24 e già prima ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 60 ss.

<sup>40</sup> BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., pp. 4-5. Nella stessa direzione di Binding v. anche Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, NBSE, 1966, p. 133 ss., per cui la integrazione dell’illecito costituisce “realizzazione” della “fattispecie condizionante” la sanzione, e *non* “violazione” della “norma” (“primaria”, nella prospettiva dello stesso Kelsen: vedi retro nota 38).

<sup>41</sup> Sul punto vedi la accurata analisi, anche in prospettiva storica, di BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, cit., *passim*. Per la distinzione tra “cause impeditive del reato” e “cause di esclusione della pena” (che non escludono il reato già sorto, ma solo la pena in astratto preveduta per esso) vedi PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 681 ss.; e anche FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, cit., p. 86 ss. Peculiare la posizione di Vannini il quale, muovendo dall’idea – corretta – che non può esistere reato senza la previsione astratta di una pena come sua conseguenza, perviene tuttavia alla conclusione che in tutti i casi in cui, *anche in presenza di una situazione sopravvenuta* alla condotta, non sia comunque applicabile la pena, il fatto non possa essere *normativamente* qualificato come “reato”: O. VANNINI, *La punibilità dell’azione come elemento costitutivo del concetto di reato*, Siena, Arti Grafiche Lazzeri, 1914, *passim*.

<sup>42</sup> PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., pp. 672-673. Non è fuor di luogo a questo proposito ricordare come in Italia nella prima metà del secolo scorso fosse stata proposta da una accreditata dottrina dell’epoca (Battaglini: vedi anche retro nota 13) anche una concezione “tripartita” degli elementi del reato, che, accanto ai requisiti del “fatto materiale” e della “colpevolezza psicologica” (di contenuto identico ai corrispondenti elementi, oggettivo e soggettivo, della concezione “bipartita”), evidenziava, come *terzo elemento* costitutivo del reato, alla stregua di quanto interpretativamente ricavabile da una attenta lettura del nuovo – allora – codice penale Rocco, proprio la “punibilità”, distinguendo tra *elementi “impeditivi”*

In quest'ottica (di distinzione tra norma primaria e norma secondaria), è chiaro allora che *tutto ciò che sta "fuori" del "fatto di reato"*, tanto se strutturato come elemento "positivo" – condizioni oggettive di punibilità – o "negativo" – ignoranza inevitabile della legge penale, cause di non imputabilità, cause (in generale o meglio: genericamente) di "rinuncia dello Stato alla pena" (normalmente da qualificare dommaticamente, secondo l'ordinamento italiano, se "sopravvenute", quali cause "estintive" della "punibilità")<sup>43</sup> –, non importa se requisiti riferibili alla "fattispecie condizionante" o, al contrario, alla "conseguenza sanzionatoria", farebbe comunque logicamente parte dell'ambito applicativo della "norma secondaria", al pari di tutto ciò che attiene alla "determinazione della pena" in concreto e anche alla sua concreta "esecuzione".

Si noti però che *definire comunque il reato come "fatto punibile"* – vuoi ritenendo la "punibilità" "elemento del reato" ovvero sua "conseguenza giuridica", ovviamente sempre dal punto di vista della *valutazione normativa "astratta"* (e non come concreta applicabilità – nel senso di: *concreta possibilità di applicazione* – della pena in seguito alla commissione di un concreto fatto di reato)<sup>44</sup> –, ciò si risolve, in ogni caso, in una vistosa *petizione di principio*, in quanto dà per dimostrato proprio ciò che occorre dimostrare, ossia che "fatto punibile" sia il *solo* "fatto di reato" (a prescindere cioè dalla presenza di *ulteriori* elementi *necessari* per la sua "punibilità").

In realtà, parlare del reato come di un "fatto punibile" non è di per sé errato, posto che la *qualificazione* di un certo fatto come "illecito penale" è *formalmente* possibile, da un punto di vista di teoria generale, solo sulla base della circostanza che la legge prevede *astrattamente*, nella singola "*disposizione*" di "parte speciale", una "pena criminale" come conseguenza della sua commissione (meglio: come conseguenza astrattamente collegata alla astratta

---

della (meglio: dello stesso sorgere della) punibilità, come le "cause di giustificazione", ed *elementi "estintivi"* della punibilità, come le "cause di estinzione della punibilità". Sul concetto di "elementi impeditivi" vedi retro nota 11 e infra cap. IV, 2 lett. a) e 4. Per la teorica ipotizzabilità di una autonoma categoria anche di elementi semplicemente "modificativi" della punibilità vedi, in particolare, CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 57 ss. e 85-86 e infra nota 744. Per la distinzione, nell'ambito della categoria generale delle "norme penali", tra norme, *tutte da considerare "autonome"*, rispettivamente ad "efficacia costitutiva", "efficacia modificativa" ed "efficacia estintiva" della punibilità vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 3.

<sup>43</sup> Infra cap. I, 11.

<sup>44</sup> Nello stesso senso vedi PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., *passim*, secondo cui, in definitiva, la "punibilità" consisterebbe nella astratta riferibilità della sanzione alla "fattispecie" e non al "fatto concretamente realizzato" conforme alla fattispecie.

previsione della sua commissione)<sup>45</sup>. È cioè dalla presenza e dalla natura giuridica di un *quid già normativamente individuato come “sanzione”* che si può astrattamente qualificare il suo presupposto come “fatto antiggiuridico”<sup>46</sup>; in particolare, trattandosi di “pena criminale”, come “*illicito penale*” (= fatto costitutivo di reato, basato su un comportamento umano)<sup>47</sup>. Non vale il contrario, ossia che, nell’ambito del *genus* “effetto giuridico”, sia qualificabile come “sanzione”, da intendere quale sua *species*, la conseguenza normativa

<sup>45</sup> Né si potrebbe dire che, posto che la *disposizione* (di parte speciale) che ipotizza il *singolo* fatto di reato non prevede – almeno direttamente – nessun altro elemento, oltre tale “fatto”, come presupposto per il sorgere del collegamento con la sua “astratta punibilità” (= possibilità di applicazione della pena), ciò significherebbe che in questo “fatto” si esaurirebbe, dal punto di vista normativo, il presupposto della “punibilità”. Infatti, muovendo da una corretta prospettiva di teoria generale delle norme, la “disposizione” (da intendere, propriamente, come “enunciato linguistico avente contenuto normativo”) che descrive un “fatto tipico di reato” evidenzia – il che spiega perché si parli di c.d. “parte speciale” del diritto penale – *solo gli “elementi” che caratterizzano, specificamente, “quel” fatto di reato rispetto agli altri* (anzitutto dal punto di vista oggettivo, ma non solo: si pensi al c.d. dolo specifico); il che però non significa che, per la individuazione di *tutti* i suoi elementi costitutivi essenziali, e quindi necessari per la sua giuridica esistenza come “reato”, non si debbano utilizzare *altre disposizioni*, come anzitutto quelle che prevedono i “criteri soggettivi di imputazione” di quel fatto, ma anche quelle che prevedono “cause di giustificazione”; e quindi, come anche si dice tradizionalmente, il loro “*combinato disposto*”. Disposizioni *ulteriori* che, nel loro insieme, costituiscono uno dei tre aspetti – “teoria della norma penale”, “teoria del reato” e “teoria della sanzione penale” – di ciò che dà luogo alla c.d. “parte generale” del diritto penale, così definita, non a caso, perché, per evidenti ragioni di “economia legislativa”, individua una volta per tutte quegli elementi costitutivi del “fatto di reato” *comuni* alla totalità o ad una macro-categoria di illeciti penali (ad es., reati di “mera condotta” o “ad evento naturalistico”; reati di “azione” o di “omissione”; reati “dolosi” o “colposi”). Così come nulla esclude che, ai fini dell’individuazione della astratta punibilità per un certo fatto di reato, non si debba fare ricorso anche ad altre disposizioni che, pur senza concorrere alla descrizione degli elementi costitutivi di quell’illecito penale, prevedono *ulteriori requisiti* necessari per il sorgere della “punibilità” (o che, in negativo, la escludono, come più spesso avviene: vedi *infra* cap. I, 8). In ultima analisi, la individuazione di ciascuna “norma penale incriminatrice” – in particolare di ciò che è definibile come il suo “ambito di validità materiale” (*infra* cap. III, 2.4) – è infatti *sempre il risultato dell’interpretazione “sistematica” di una “pluralità” di disposizioni* (= enunciati linguistici normativi). Sul punto vedi TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen. (web)*, 2017, n. 1, p. 20 ss. In generale, per la necessità logica di distinguere tra “disposizione” e “norma” ai fini di un corretto approccio dottrinale alla particolare problematica dell’“abrogazione”, anche per tutti i riferimenti bibliografici, vedi TRAPANI, *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 2 ss.

<sup>46</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 6; PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., pp. 670-672.

<sup>47</sup> Per una possibile distinzione, in ogni caso stipulativa e quindi convenzionale – ai fini di una migliore comprensione dottrinale di qualunque ordinamento giuridico positivo –, tra “fatto antiggiuridico”, *genus*, e “illecito”, *species*, vedi *infra* cap. I, 17.

di un fatto *di per sé già qualificato per sua "essenza"* come "fatto antigiuridico" o, più specificamente, come "illecito"<sup>48</sup>.

La definizione del "reato" come "fatto punibile" dunque non è di per sé errata, ma *incompleta*, posto che *il reato è sì elemento "necessario" ma "non sufficiente" per l'integrazione della "fattispecie di responsabilità penale-punitiva"*, occorrendo altresì la presenza di – eventuali – condizioni oggettive di punibilità (se richieste dalla disposizione incriminatrice di parte speciale), la conoscenza o la conoscibilità della proibizione penale del fatto e l'imputabilità

<sup>48</sup> *Contra* però, da ultimo, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 668 ss. e 679 ss., che in questa direzione pare seguire la stessa linea logica di Binding di distinzione tra "norma" e "legge penale" (sia pure utilizzando una diversa nomenclatura). Mi sembra tuttavia che, muovendosi nella specifica prospettiva di Ferrajoli, secondo cui occorre distinguere tra "garanzie primarie" (dei "diritti soggettivi") costituite da "doveri" e "garanzie secondarie" che prevedono l'applicabilità di "sanzioni" in caso di violazione delle prime garanzie, essendo per il chiaro Autore logicamente possibile la esistenza di "lacune" con riferimento alle "garanzie secondarie", come ad es. la mancanza di una legge penale (la cui presenza consenta viceversa di qualificare quel fatto come "reato" in quanto "punibile"), non sarebbe allora possibile qualificare *previamente* l'illecito – in quanto violazione del diritto soggettivo – come penale, civile o amministrativo (essendo previsto da *leges imperfectae*) (ID., *op. ult. cit.*, spec. p. 683 ss.). In genere, coloro che pensano di poter qualificare *direttamente* un certo fatto come "antigiuridico", per cui sarebbe al contrario qualificabile come "sanzione" la sua conseguenza giuridica, muovono dall'idea che questo fatto leda un "diritto soggettivo". Credo però che, a questo proposito, e sempre in una prospettiva di teoria generale, abbia ragione Kelsen, *La dottrina pura*, cit., p. 148 ss., laddove vede nel "diritto soggettivo" null'altro che la conseguenza "riflessa" della previsione di un "dovere", dovere che rappresenta a sua volta il *concetto normativo fondamentale* in quanto l'ordinamento prevede una "sanzione" come conseguenza della sua violazione. Quanto detto *supra* nel testo vale però sempre che la qualifica di un certo fatto come "antigiuridico" (o "illecito") non discenda *già* dalla circostanza che un'altra norma abbia previsto come conseguenza di quel fatto un *quid* già *previamente* qualificato come "sanzione". Così, ad es., scendendo sul piano del diritto positivo italiano, le misure di sicurezza sono – almeno in generale (arg. ex art. 202 comma 2 c.p., su cui vedi *infra* nota 125) – da considerare "sanzioni" in quanto previste come "conseguenza giuridica" della commissione di un fatto *già qualificato* come "reato" (commesso da un soggetto socialmente pericoloso) (a prescindere poi dall'ulteriore problema se si tratta di sanzioni "penali" o "amministrative": *infra* capp. I, 6 e V, 8 e note 55, 120, 121 e 125; in generale, sui criteri per distinguere la natura giuridica di una sanzione vedi nota 118). Nel senso che ciò che è *già di per sé qualificato* come fatto "illecito/antigiuridico", in particolare come "reato" (vedi retro cap. I, 1), possa determinare *diverse risposte sanzionatorie* quali sue "conseguenze giuridiche" (pena criminale, misura di sicurezza, sanzioni civili da reato) DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., cap. I par. 5 (e nota 62, anche per ulteriori rinvii); mentre, come vedremo, la prospettiva corretta è, tutt'al contrario, che l'ordinamento prevede *diverse "fattispecie di responsabilità"* comportanti *diverse "conseguenze sanzionatorie"* (di diversa "natura giuridica"), fattispecie aventi *tutte tra i loro requisiti costitutivi* un "fatto" *già qualificato* come "reato" in quanto di per sé *già "astrattamente sanzionato"* con un *quid qualificato* come "pena criminale".

del suo autore<sup>49</sup>; ma anche – come vedremo – la *manca*za di cause personali di esenzione da pena (*fuori* del “fatto di reato”)<sup>50</sup> e di cause estintive del reato e, in genere, sopravvenute di non punibilità.

In ultima analisi, ciò significa che, nell’ambito specifico del *sistema penale-criminale*, dove vige il principio, anche costituzionalizzato, di “personalità” della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.), c’è una *sostanziale equiparazione* del concetto di “punibilità” con quello di “responsabilità”<sup>51</sup>: nel senso che è da qualificare come *penalmente* responsabile<sup>52</sup> il – solo – soggetto

<sup>49</sup> Infra cap. IV, 1.

<sup>50</sup> Quanto alla natura giuridica e alla posizione sistematica delle diverse situazioni soggettivo-personali, genericamente ricondotte sotto la categoria dommatica delle “cause personali di esenzione da pena”, dette anche “cause personali di non punibilità”, alcune delle quali “interne” altre “esterne” al “fatto di reato”, vedi infra cap. III, 2.5. In particolare, nel senso che anche le “cause di non imputabilità” sono riconducibili sotto un concetto “ampio” di “cause personali di non punibilità”, vedi infra cap. I, 10 n. 1 b.

<sup>51</sup> A differenza infatti di quanto avviene ad es. nel sistema civile, dove ci può essere una “discrasia” tra “responsabilità”, da intendere come assoggettabilità alla sanzione del risarcimento del danno di un determinato soggetto, e creazione della situazione antigiuridica del danno risarcibile; nel sistema penale, per il principio anche costituzionalizzato della “personalità” della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.), il soggetto ritenuto giuridicamente “responsabile” in quanto destinatario della sanzione della “pena criminale” deve necessariamente essere *anche* l’autore del “fatto di reato”. Sul concetto, logicamente primario, di “responsabilità” da una prospettiva di teoria generale e per la sua distinzione dal concetto – specifico – di “punibilità” dal punto di vista del diritto positivo vedi infra cap. I, 17.

<sup>52</sup> Dal punto di vista quindi, com’è ovvio, della *sola fattispecie di responsabilità per la “pena criminale”* (la “fattispecie punitiva”); *non* anche delle *altre* fattispecie di responsabilità che presentano quale “elemento costitutivo” la commissione di un “fatto di reato”, come le fattispecie di responsabilità civile da reato, la fattispecie di responsabilità amministrativa dell’ente per i reati commessi nel suo interesse o la fattispecie di responsabilità per le misure di sicurezza. Ciò a prescindere dall’ulteriore problema della “natura giuridica” delle misure di sicurezza (se cioè siano anch’esse normativamente qualificabili come sanzioni penali o, meglio, criminali: infra capp. I, 6 e V, 8 e note 55, 120, 121 e 125). Diverso discorso va fatto, a sua volta, laddove, nell’analisi delle singole disposizioni che prevedono, in particolare, “cause di non punibilità”, si tratta di stabilire se, quando la legge parla di “non punibilità”, ciò valga ad escludere solo l’applicabilità della “pena” o anche della “misura di sicurezza”; il che, almeno in linea generale, dipende anzitutto dalla “natura giuridica” di *ciascuna* causa di non punibilità, come situazione cioè la cui presenza esclude o meno, a monte, la stessa realizzazione di un “fatto di reato”. Per cui, ad es., mentre le cause di giustificazione, impedendo *ab origine* l’integrazione di un “fatto di reato”, escludono di conseguenza sicuramente anche l’applicabilità delle misure di sicurezza (arg. *ex* art. 202 comma 1 c.p.), viceversa le situazioni di “immunità”, in quanto “estranee” al “fatto di reato” (infra cap. III, 2.5), *di per sé* non dovrebbero impedire l’applicabilità di misure di sicurezza; il che è però, a sua volta, escluso da altre disposizioni “speciali” contenute nella stessa Costituzione, nei trattati internazionali o in leggi speciali (si pensi alla irresponsabilità

nei cui confronti è applicabile la pena (e dunque sorge la “punibilità” come possibilità giuridica *astratta* della sua applicazione). “Responsabilità” da intendere allora come sinonimo di “*soggezione*” a pena (sostanzialmente forse meglio: “*assoggettabilità*” a pena), quale “*situazione giuridica soggettiva passiva*” di una persona che ha realizzato tutte le “*condizioni di esistenza*” di un reato e in presenza degli *altri* requisiti comunque necessari per l’integrazione della fattispecie di responsabilità (punitiva)<sup>53</sup>.

*tout court* prevista per i voti dati e le opinioni espresse nell’esercizio delle loro funzioni dai membri del Consiglio Superiore della Magistratura: art. 32-*bis* legge 24 marzo 1958 n. 195; sul punto, vedi *amplius* infra cap. III, 2.3 lett. c) e nota 535).

Un discorso particolare va fatto poi per le “cause estintive del reato”. Se infatti, alla luce dell’art. 182 c.p. (a tenore del quale, «Salvo che la legge disponga altrimenti, l’estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce»), il “fatto” realizzato mantiene comunque la sua rilevanza penale come “reato” con conseguente *teorica* applicabilità della fattispecie di responsabilità per le misure di sicurezza *ex* art. 202 comma 1 c.p., ciò è però *normativamente escluso* dalla specifica, ed “eccezionale”, disciplina dettata dall’art. 210 comma 1 c.p., secondo cui «L’estinzione del reato impedisce l’applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l’esecuzione»; disposizione che, con ogni evidenza, costituisce una palese “deviazione”, e quindi una “eccezione”, rispetto a quelle – teoriche – “linee parallele”, e quindi non intersecabili tra loro, che dovrebbero contraddistinguere, nella sua “purezza”, il sistema del c.d. “doppio binario” sanzionatorio (in generale, sul sistema “dualistico” pene-misure di sicurezza, CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim*). Per un approfondimento sul punto, vedi comunque infra nota 156.

<sup>53</sup> Che il concetto di “responsabilità” *per la pena* corrisponda, nella logica dello stesso codice penale e quindi già *a livello di diritto positivo*, a quello di “punibilità” lo si ricava agevolmente da quelle disposizioni che utilizzano il termine “risponde” (ossia: “è responsabile”) come chiaro *sinonimo* della formula “è punito” (o “è punibile”) per indicare la situazione giuridica di *soggezione alla “pena criminale”* di una determinata persona cui è *normativamente ascritta* la “responsabilità” per un “fatto di reato”. Così, fra le tante disposizioni del codice penale che fanno ricorso al verbo “risponde” – anche solo volendo rimanere nella c.d. “parte generale” – basterà ricordare gli artt. 42 comma 4 («Nelle contravvenzioni ciascuno *risponde* della propria azione od omissione ...»), 44 («Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole *risponde* del reato ...»), 56 comma 1 («Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, *risponde* di delitto tentato ...»), 82 comma 1 («Quando ... è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l’offesa era diretta, il colpevole *risponde* come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere ...»), 83 comma 1 («... se ... si cagiona un evento diverso da quello voluto, il colpevole *risponde*, a titolo di colpa ...»), 116 comma 1 («Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi *ne risponde* ...»), 117 («Se ... muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri *rispondono* dello stesso reato ...»). La strettissima interdipendenza, o meglio: *sinonimia*, tra i concetti di “responsabilità” e “punibilità” è poi evidenziata in maniera che più chiara non potrebbe essere ad es. nell’art. 89 c.p., laddove si afferma che, «Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d’intendere e di volere, *risponde* del

Se dunque il reato è solo un elemento necessario ma non sufficiente per l'integrazione della fattispecie di responsabilità per la pena, in realtà – e si tratta di una considerazione importantissima per la ricostruzione “organica” di qualunque “sistema” penale<sup>54</sup> – occorre però a sua volta ricordare come il “reato” (da intendere, *restrittivamente*, come “fatto costitutivo di reato”) sia, di per sé considerato, *anche* (semplicemente) *elemento di altre “fattispecie di responsabilità” di diversa “natura giuridica”, non solo penale*. A parte infatti il problema (sempre aperto) della natura giuridica delle “misure di sicurezza”, se sanzioni penali o amministrative (o, addirittura, neppure “sanzioni” in senso tecnico ma, appunto, solo “misure” di prevenzione della criminalità)<sup>55</sup>, e quindi della corrispondente fattispecie di responsabilità, il reato è

---

reato commesso; *ma la pena è diminuita*». E lo stesso discorso può essere ripetuto per gli artt. 116 comma 2 e 117 seconda parte c.p., laddove fanno riferimento ad una *diminuzione della “pena”* per chi “risponde” del reato diverso da quello voluto. A queste disposizioni si debbono poi aggiungere anche tutte quelle costitutive delle fattispecie di c.d. “autorietà mediata”, per le quali chi costringe, minaccia, inganna, ecc., ossia il c.d. autore “mediato”, “risponde” del “fatto” commesso dall’esecutore materiale: vedi gli artt. 46 comma 2, 48 seconda parte, 51 commi 2 e 3, 54 comma 3, 86, 111 comma 1 c.p. In una parola, e riassumendo, è definibile, *già dal punto di vista normativo*, come “responsabile penalmente” chi è “punibile” (più precisamente: “è responsabile” quindi “è punibile”). Diverso discorso, ovviamente, è se nel concetto di “responsabilità penale” – specie ai sensi e per gli effetti dell’art. 27 comma 1 Cost. – rientri *anche* la responsabilità per le “misure di sicurezza” (su cui vedi infra nota 55). Qualunque sia la soluzione da dare a questo quesito, ciò non tocca però la constatazione che, quando il codice penale utilizza il termine “risponde”, lo fa come se dicesse “è punito”. Si noti anche, sempre dal punto di vista del linguaggio legislativo, come in molte delle disposizioni citate si usi anche l’espressione “il colpevole” per indicare proprio il soggetto che “risponde” del reato; nel senso quindi che è *normativamente definibile* come “colpevole” il soggetto che, in quanto “responsabile” per il reato (che gli è normativamente attribuito), è giuridicamente “punibile”.

<sup>54</sup> Sul significato da attribuire a un concetto di “sistema penale”, “integrale” (su un piano esclusivamente “normativo”) e “integrato” vedi infra nel testo di questo paragrafo e nota 58.

<sup>55</sup> In una prospettiva di teoria generale, per la distinzione tra “sanzioni” e “misure preventive”, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969, *passim*. La natura di “sanzioni penali” *in senso stretto* delle “misure di sicurezza” è attualmente riconosciuta dalla quasi totalità della dottrina italiana (nota 120; e, secondo cadenze argomentative diverse, infra cap. V, 8 lett. c). Si noti tuttavia come, anche qualora le si volesse considerare “sanzioni” – in quanto di regola connesse alla commissione di un “fatto di reato”: art. 202 comma 1 c.p. – o addirittura semplici “misure” di natura “amministrativa”, in pratica non cambierebbe nulla, dal momento che la loro *intera disciplina* è contenuta nei codici penali sostanziale e processuale e nell’ordinamento penitenziario (così GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 162-163). È poi altresì evidente come, riconoscendo anche alle misure di sicurezza natura giuridica di sanzioni “penali” (meglio: “criminali”, in quanto risposte “sanzionatorie” di fronte alla commissione di un “reato”), anche le misure di sicurezza sarebbero allora da ricondurre sotto la “garanzia” dell’art. 27 comma 1 Cost. della “personalità” della “responsabilità penale”. Il che porrebbe però un evidente problema

di legittimità costituzionale con riferimento all'ipotesi di confisca obbligatoria *ex art.* 240 commi 2 nn. 2 e 4 c.p., laddove si dispone l'applicazione di questa misura di sicurezza patrimoniale sulle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali non può essere consentita neppure mediante "autorizzazione amministrativa", trattandosi quindi di attività penalmente vietate in modo assoluto, *anche se si tratta di cose appartenenti a persona "estranea" al reato* (ossia né autore né partecipe, ancorché non punibile, dell'offesa penalmente rilevante). Problema che si presenta *a fortiori* per quelle ipotesi in cui la confisca è qualificata da leggi speciali – esplicitamente o anche *implicitamente* (laddove la si collega, specie se obbligatoria, ad una sentenza di condanna o di c.d. "patteggiamento", normativamente equiparata ad una condanna *ex art.* 445 comma 1-*bis* c.p.p.) – come "pena accessoria" (ad es. art. 187 d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58; art. 9 comma 1 lett. a) e b) d. lgs. 9 gennaio 2012 n. 4; art. 85 comma 3 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309). Correttamente, viceversa, di fronte al principio di "personalità" della responsabilità penale si pongono ad es. gli artt. 452-*undecies* e 648-*quater* c.p. laddove, prevedendo la confisca obbligatoria dei beni che costituiscono il prodotto o il profitto del reato come "pena accessoria" (in quanto collegata ad una sentenza di condanna o di c.d. patteggiamento), ne escludono tuttavia l'applicabilità nel caso in cui si tratti di cose appartenenti a «persone estranee al reato». La qualificazione normativa della confisca come "misura di sicurezza" o "pena accessoria" è rilevante sul piano della *disciplina* applicabile (si veda ad es. l'art. 445 comma 1 c.p.p., a tenore del quale – sempre, ovviamente, che non sia diversamente disposto, come ad es. nei già citati artt. 452-*undecies* e 648-*quater* c.p. – la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, quando la pena detentiva irrogata in concreto non superi due anni, «non comporta ... l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale»). Sul punto vedi TRAPANI, voce *Confisca. II) Diritto penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 1 ss. Si consideri anche l'ultima parte del nuovo art. 444 comma 1 c.p.p., a tenore del quale, in caso di "patteggiamento" fino a cinque anni di pena detentiva, «L'imputato e il pubblico ministero possono altresì chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata determinata, salvo quanto previsto dal comma 3-*bis*, e di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato».

Che comunque la confisca di cui all'art. 240 c.p. costituisca una misura di sicurezza "anomala" è dimostrato, fra l'altro, dal fatto che per la sua applicazione si prescinde dalla pericolosità sociale e anzi si richiede – salvo un caso di confisca obbligatoria: art. 240 comma 2 n. 2 c.p. – che l'autore del fatto di reato sia anche "imputabile", posto che tale misura può essere applicata solo con un provvedimento di "condanna".

La natura anomala della confisca, vera e propria "sanzione", oltretutto in molti – se non nella maggior parte dei – casi "esecutiva", si riscontra anche nella impugnabilità del capo della sentenza relativo alla confisca: mentre infatti per le altre misure di sicurezza, laddove non ci siano altri capi della sentenza, di condanna o di proscioglimento, da appellare (al di fuori di quelli concernenti gli interessi civili), occorre applicare l'art. 680 comma 2 c.p.p., che stabilisce la competenza del tribunale di sorveglianza che decide attraverso il procedimento di sorveglianza (art. 579 comma 2 c.p.p.); al contrario, d'impugnazione contro la sola disposizione che riguarda la confisca è proposta con gli stessi mezzi previsti per i capi penali (art. 579 comma 3 c.p.p.). In particolare poi l'art. 578-*bis* c.p.p., rubricato "Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione", dispone – in deroga alla regola per cui la confisca viene disposta ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p. soltanto con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su

*altresì* “elemento costitutivo” delle fattispecie di responsabilità “civile” per le “restituzioni” e il “risarcimento del danno” da reato<sup>56</sup> e (oggi in Italia anche) di responsabilità “amministrativa” dell’ente dipendente da reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da chi riveste una posizione “apicale”<sup>57</sup>.

Tutto ciò è, a sua volta, come sopra accennato, fondamentale ai fini di una corretta ricostruzione del “*sistema penale*” inteso “organicamente” e quindi convenzionalmente qualificabile come “integrale” e “integrato” dal punto di vista “normativo-giuridico”. “Integrale” in quanto composto dall’insieme di quei “sistemi normativi” sub-specifici ricavabili dall’interpretazione delle “disposizioni legislative” – sostanziali, processuali e penitenziarie; preventive e repressive<sup>58</sup> – che, nel loro complesso e nella lettura sistematica dei loro reciproci rapporti, svolgono, secondo il nostro ordinamento, la *funzione*

---

richiesta delle parti – che, «Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell’articolo 240-*bis* del codice penale o da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall’art. 322-*ter* del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull’impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell’imputato» e quindi – in deroga anche a quanto normalmente avviene con riferimento alle due menzionate cause di estinzione del reato – solo qualora la colpevolezza dell’imputato sia provata “oltre ogni ragionevole dubbio”.

<sup>56</sup> Art. 185 commi 1 e 2 c.p.: «RESTITUZIONI E RISARCIMENTO DEL DANNO – 1. *Ogni reato* obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. 2. *Ogni reato*, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui».

<sup>57</sup> D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in particolare vedi gli artt. 1 («SOGGETTI – 1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti *per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*. . .») e 5 («RESPONSABILITÀ DELL’ENTE – 1. L’ente è responsabile *per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio*: a) da *persone* che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché da *persone* che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. b) da *persone* sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. L’ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi»).

<sup>58</sup> Disposizioni legislative costitutive, rispettivamente, del codice penale, del codice di procedura penale, dell’ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975 n. 354, “Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”, e successive modificazioni, e tutti i provvedimenti legislativi che ne costituiscono integrazioni), e del diritto delle misure di prevenzione (in senso stretto: d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, c.d. Codice Antimafia). Concetto di “sistema penale integrale” *dal punto di vista normativo* che trova conferma anche in quel fondamentale concetto di “norma penale reale” proposto da Gallo, costituendone anzi una precisa attuazione (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 14-16; *infra* cap. II, 1 e nota 389).

*politico-criminale di contrasto al fenomeno della criminalità. “Integrato”, perché, se il “reato” è elemento costitutivo di altre “fattispecie di responsabilità” oltre quella strettamente punitivo-criminale, anche queste entrano logicamente a far parte di un concetto più ampio di “sistema penale” o – forse meglio – “criminale”; il che, come vedremo, trova conferma anche sul piano normativo nella loro “interferenza” e stretta “interdipendenza” con la stessa “fattispecie di punibilità” e quindi nel loro reciproco “condizionamento”<sup>59</sup>. Con la logica conseguenza che anche queste diverse “fattispecie di responsabilità da reato”, considerate nei loro reciproci rapporti, finiscono in ultima analisi per partecipare anch’esse alla funzione politico-criminale di contrasto all’illecito penale nella duplice prospettiva “preventiva” e “repressiva”<sup>60</sup>.*

### 3. *Se la c.d. “colpevolezza” sia elemento essenziale anche delle fattispecie di “responsabilità da reato” diverse dalla punitivo-criminale*

Essendoci dunque *altre fattispecie di “responsabilità”* (accanto a quella stret-

<sup>59</sup> Come vedremo *amplius* infra cap. V, 4, ciò avviene, in particolare, attraverso il meccanismo della “estinzione della punibilità” (meglio, tecnicamente: “del reato”), estinzione in molti casi attualmente “subordinata” all’esecuzione di “sanzioni extrapenali” comunque collegate a fattispecie di responsabilità da “reato” e rimesse *post factum patratum* alla “disponibilità” dello stesso autore del reato.

<sup>60</sup> A differenza della dottrina tedesca, che tradizionalmente parla di “scienza del diritto penale totale” (*gesamten Strafrechtswissenschaft*; si ricordi anche il nome della più importante rivista giuridica tedesca in materia penale, appunto la ZStW) o, ancora più specificamente, di *materielle Strafrecht als Teilgebiet der gesamten Strafrechtswissenschaft* (ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 3-5), per fare riferimento ad una scienza del diritto penale avente ad oggetto non solo materie strettamente giuridico-normative, ma anche lo studio della criminologia e della politica criminale, le nostre antiche “scienze ausiliarie” (vedi anche infra nota 160), preferisco parlare di “sistema penale”, da considerare sul piano *esclusivamente* “normativo” e non anche “criminologico”, “integrale” e “integrato”, in quanto composto da tutti quei particolari (e quindi sub-specifici) “sistemi normativi” che ruotano intorno al “delitto” come fenomeno giuridico-criminale, costitutivi sia del “diritto di prevenzione” (comprensivo del diritto delle “misure di prevenzione” *ante* e *praeter delictum* – infra cap. V, 8 lett. c) e d) – e delle “misure di sicurezza” *post delictum*) sia del c.d. “diritto penale sostanziale” (comprensivo delle “norme incriminatrici” che descrivono i fatti di reato e le relative sanzioni punitive) ma anche “processuale” e della “esecuzione”, oltre che del diritto punitivo amministrativo, della responsabilità amministrativa dell’ente da reato e della responsabilità civile da reato. Sistemi *particolari* visti nella loro specifica “integrazione” e quindi “condizionamento” reciproco considerati, nel loro complesso, nell’ambito di una *visione normativa “globale”* di “contrasto” al “fenomeno criminale”, e quindi appunto di “sistema”, con specifico riferimento all’intero “meccanismo della punibilità”.

tamente “penale”, nel senso specifico di “punitiva criminale”)<sup>61</sup> che vedono come elemento costitutivo il “reato”, occorre allora anzitutto stabilire se, ai fini dell’integrazione di queste *diverse* fattispecie di responsabilità, genericamente, “da reato”, il *concetto di “reato”* cui fanno riferimento comprenda anche la c.d. “colpevolezza” (*scil.*: “normativa”)<sup>62</sup> ovvero debba intendersi nel suo significato “ristretto” *come semplice sinonimo di “fatto costitutivo di reato”* (sia pure comprensivo anche dell’“elemento soggettivo”)<sup>63</sup>; nel qual caso la colpevolezza si riferirebbe allora solo alla “meritevolezza di pena”<sup>64</sup> o, forse

<sup>61</sup> Sulla tendenziale presenza tuttavia, in ogni ordinamento giuridico, di sanzioni “*punitive*” – ma anche “*esecutive*” – di *diversa “natura giuridica”* (penale, civile, amministrativa) si veda, più specificamente, *infra cap. I, 5.*

<sup>62</sup> Sul concetto di “colpevolezza normativa”, originariamente risalente a Frank, e sui diversi significati e contenuti assunti nel corso del tempo dal concetto di colpevolezza, vedi *infra* nel testo in questo paragrafo.

<sup>63</sup> Ciò sia nella prospettiva della “bipartizione”, che distingue all’interno del fatto di reato tra “elemento oggettivo” ed “elemento soggettivo”, che della “tripartizione”, almeno nella versione attualmente seguita dalla dottrina tedesca, che riporta all’interno dello stesso “fatto tipico” i due momenti della “tipicità oggettiva” e della “tipicità soggettiva” (dolo o colpa): note 6 e 72 e *infra* nel testo.

<sup>64</sup> Critici, in generale, sui concetti di “meritevolezza” e/o “bisogno di pena” MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale. 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 652, i quali viceversa agganciano *tutte*, indistintamente, le “cause di esclusione della pena” a ragioni di “*opportunità politico-criminale*”, sia pure ovviamente diverse da caso a caso. Mi sembra però che le ragioni di “opportunità” cui si riferiscono i suddetti Autori altro non siano che quelle particolari ragioni che determinano *in concreto* il “bisogno”, ossia la “necessità”, di pena (da distinguere dalla sua “meritevolezza”) quali valutazioni comunque “politiche”. Allo stesso modo di come in fondo, a ben vedere, anche la stessa previsione, secondo certe modalità, di qualunque “fatto di reato”, in quanto frutto di un “bilanciamento di interessi”, sia comunque sempre il risultato di una valutazione di “opportunità politica” (di “punizione”). Per cui, a differenza di quanto sostiene ad es. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, Guida, 1986, p. 40 ss.), non mi sembra che solo la valutazione normativa con riferimento al requisito dell’“antigiuridicità” (del “fatto tipico”, secondo la prospettiva tripartita) sia il luogo dommatico in cui il legislatore esprime, in via esclusiva, il giudizio politico-criminale di “bilanciamento di interessi” (dovendosi comunque tenere conto, sempre nella logica tripartita, già dello stesso requisito della “tipicità”, dove si manifesta il “punto di equilibrio” politico tra gli opposti interessi di chi vuole raggiungere col suo comportamento un certo risultato e di chi lo dovrebbe subire). Favorevole all’uso dei concetti di “meritevolezza” e “bisogno” di pena nella dottrina italiana, ROMANO, «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss. (che tuttavia, a sua volta, *esclude la necessità di un “quarto gradino” nella costruzione del reato*, secondo l’impostazione sistematica viceversa seguita da Marinucci e Dolcini, ritenendo piuttosto che “meritevolezza” e “bisogno” di pena convergerebbero insieme già nella stessa «identificazione del tipo di illecito»: *Id.*, *op. cit.*, pp. 45 e 49 ss.). Nel senso, in particolare, che la “meritevolezza” di pena sarebbe data, nell’ottica tripartita, dai “giudizi di disvalore”

meglio, alla possibilità di “rimproverare” un certo soggetto per aver commesso un fatto costitutivo di reato (secondo la distinzione operata dalla attuale dottrina tedesca tra *Unrecht* e *Schuld*)<sup>65</sup>. Detto altrimenti, occorre stabilire se gli elementi che stanno alla base del “giudizio di colpevolezza”, e quindi di “rimproverabilità” per la commissione del fatto di reato<sup>66</sup>, e che condizionano l’integrazione della “fattispecie di punibilità”, si riferiscano solo alla pena criminale ovvero *anche* ad altri tipi di risposta sanzionatoria da reato (civile o amministrativa; punitiva o anche esecutiva)<sup>67</sup>.

A questo punto occorre, sia pure brevemente, ricordare come, nell’evoluzione storica della dogmatica del concetto di “colpevolezza”, questa abbia

---

espressi dalle categorie dell’“antigiuridicità” e della “colpevolezza”, vedi, per tutti, B. SCHÜNEMANN, *Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung*, in *ZSchwR*, 1978, pp. 147-148.

<sup>65</sup> Vedi note 6, 29, 72 e 159 e in questo stesso paragrafo.

<sup>66</sup> Mi sembra a questo punto importante sottolineare come, anche se il giudizio di “colpevolezza” viene normalmente *identificato* in dottrina col giudizio individuale di “rimproverabilità” per la commissione del reato, a ben vedere sarebbe viceversa più corretto riconoscere come il concetto di rimproverabilità, così inteso, si ridurrebbe in realtà ad una *inutile superfetazione*, posto che, *dal punto di vista strettamente normativo*, dovrebbe propriamente qualificarsi come “giuridicamente rimproverabile” qualunque soggetto che abbia realizzato *integralmente* la fattispecie di responsabilità penale, non costituendo pertanto alcun elemento “autonomo” ai fini dell’affermazione della “punibilità”, ma solo – al massimo – un *terminemeramente “riassuntivo” di tutti, indistintamente, i presupposti che fondano la responsabilità punitivo-penale* di un certo soggetto per la commissione di un “fatto di reato” (si veda ad es. come G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, de Gruyter, 1983, p. 385 e 392 ss., “normativizza”, configurandolo “funzionalmente”, il concetto di “colpevolezza”, inteso come sinonimo di “rimproverabilità”, affermando senz’altro che è “colpevole” colui che si trova nella condizione – *rectius*: nella “competenza”, secondo la sua costruzione per “ruoli” – di “meritare” la pena, secondo il “fine” proprio di questa, per avere realizzato tutti gli elementi condizionanti un “comportamento antiggiuridico” a causa di un difetto di “motivazione giuridica dominante” e quindi di “infedeltà al diritto”; uso del termine “colpevole” quale sinonimo quindi di “reo”, come ad es. discende dall’art. 56 comma 3 c.p. a proposito della desistenza volontaria). Un soggetto è dunque “penalmente responsabile” perché lo si deve riconoscere come “autore” di ciò che ha fatto, ossia del reato commesso, e pertanto “rimproverabile”: autore, direi, in una prospettiva anzitutto “morale” di persona “libera” nelle sue scelte e *come tale presa in considerazione dal diritto* (GALLO, *La persona nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, *passim*). Si noti tuttavia come, in ordinamenti giuridico-penali fortemente “eticizzati” come quello previsto dal codice penale tedesco attualmente vigente, il rischio del ricorso al concetto di “rimproverabilità” dell’autore dell’illecito sia proprio quello di “scivolare” facilmente da una – corretta – prospettiva “normativo-giuridica” (che può *anche* assumere a proprio contenuto concetti “moralì” o “sociali”, in particolare attraverso il meccanismo degli “elementi normativi”) ad una “etico-morale” se non addirittura “politica”, a *prescindere* da quanto stabilito a livello di diritto positivo.

<sup>67</sup> Per la distinzione tra “sanzione punitiva” e “sanzione esecutiva” vedi *infra* cap. I, 5.

assunto significati radicalmente diversi: da elemento “*costitutivo*” del reato – inizialmente, nella versione della c.d. colpevolezza “*psicologica*”, come concetto riassuntivo dei criteri soggettivi<sup>68</sup> di imputazione dolo e colpa e eventualmente, laddove, come in Italia, un certo ordinamento la preveda autonomamente, preterintenzione (solo però se considerata come *ulteriore* criterio di imputazione *soggettivo*, diverso quindi dalla mera responsabilità oggettiva)<sup>69</sup>, successivamente nella versione della colpevolezza c.d. “*norma-*

<sup>68</sup> È dommaticamente più corretto parlare di “criteri *soggettivi* di imputazione” del fatto materiale di reato, o, al massimo, più brevemente di “elemento *soggettivo* del reato”, piuttosto che di suo “elemento *psicologico*”, posto che – come oggi è ormai dottrina ampiamente consolidata – *solo il “dolo”* è strutturalmente composto da eventi psichici *effettivi* (per tutti, vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 243, 388 e 543), a differenza della “colpa” che si fonda esclusivamente su momenti psichici meramente “potenziali” e quindi ipotetici e dunque solo *normativamente* rilevanti. Anche se occorre qui ricordare come i sostenitori della concezione “psicologica” della colpevolezza vedessero anche nella colpa un requisito strutturalmente di natura psicologica – sia pure solo parzialmente (in particolare, con riferimento alla sola condotta e non all’evento naturalistico: per tutti, nella dottrina più antica, A. STOPPATO, *L’evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, Fratelli Drucker, 1898, p. 172 ss.) –; onde il tentativo, tuttavia logicamente impossibile come dimostrato dalla storia della dogmatica più risalente, di pervenire ad un concetto “unitario” di colpevolezza (fondamentale, nella letteratura penalistica italiana, il rinvio a GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., *passim*, spec. p. 95 ss.). Tentativo fallito, come quello di individuare un concetto “unitario” di condotta penalmente rilevante, almeno per coloro – e sono ancora oggi l’assoluta maggioranza – che vedono nell’“azione”, a differenza dell’“omissione”, un concetto “naturalistico” e non, come si dovrebbe in una corretta prospettiva dommatica, un concetto anch’esso “normativo”; tentativo che si è infatti storicamente sostanziato nella ricerca, logicamente più che impossibile – posto che anche la “inattività” è direttamente percepibile con i sensi – *normativamente irrilevante*, di trovare sempre anche nel concetto di omissione un momento di “fisicità” (ossia un *quid* sensorialmente percepibile). Correttamente, nel senso che “azione” e “omissione” sarebbero *entrambi concetti “normativi”* in quanto “*qualifiche*” di comportamenti, naturalisticamente non importa se di “attività” o di “inattività”, realizzati in violazione, rispettivamente, di un “obbligo di non fare” o di un “obbligo di fare”, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 232-234. Occorre infine ricordare come, secondo la concezione della “colpevolezza psicologica”, il requisito della “imputabilità” costituisca “*presupposto*” della colpevolezza stessa; con la logica conseguenza che, *esauendosi* la colpevolezza nelle due “forme” del dolo o della colpa, i soggetti “non imputabili” non potrebbero allora agire con dolo o colpa. Il che ha comportato, in particolare, di fronte all’impossibilità di superare l’inequivoco dato normativo ricavabile dal codice penale italiano per cui anche i non imputabili possono commettere lo stesso “fatto di reato” dei soggetti imputabili (retro nota 21), l’inevitabilità – almeno anche da una parte dei sostenitori della concezione “normativa” della colpevolezza – dell’introduzione dei concetti, *normativamente* e *dommaticamente* inammissibili, di un “quasi-dolo” e di una “quasi-colpa” ovvero di un dolo o di una colpa “naturali” (come se dolo e colpa non fossero concetti esclusivamente “normativi”, ma dati “ontologici”): sul punto vedi *amplius* infra note 77, 159 e 624.

<sup>69</sup> Nel senso che la “preterintenzione” *non* possa essere considerata un “criterio *oggettivo* di

*tivo-psicologica*<sup>70</sup>, come concetto comprensivo, fra gli elementi che fondano

imputazione” del fatto di reato, ma un *ulteriore* “criterio *soggettivo*” (rispetto al dolo e alla colpa), *strutturalmente diverso* tuttavia da un “misto” di dolo e colpa, vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., cap. V (anche per tutte le indicazioni bibliografiche). *Contra* la dottrina dominante, che si divide tra chi ritiene che la preterintenzione sia un criterio di imputazione (sempre “soggettivo”, ma) costituito da un “misto” di dolo e colpa (per l’evento più grave non voluto, naturalisticamente inteso: MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 389-390; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 450-452) e coloro che vedono nella preterintenzione una *ulteriore* ipotesi, sia pure specificamente e autonomamente prevista, di “responsabilità oggettiva” (FROSALI, *Sistema penale italiano*. Parte prima. *Diritto penale sostanziale*, I, Torino, Utet, 1958, pp. 518-521; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 392-395; in particolare, nel senso che l’unico delitto preterintenzionale che si ritiene essere espressamente previsto dal codice penale, ossia l’omicidio preterintenzionale, sia in realtà un’ipotesi *specificata* di “reato aggravato dall’evento”, autonomamente prevista per la sua importanza anche storica, ID., *op. ult. cit.*, p. 392 e GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 289 ss.). Che la “preterintenzione” costituisca un criterio “soggettivo” di imputazione del “fatto di reato” – insieme al dolo e alla colpa – trova poi una *ulteriore* e definitiva conferma *sul piano normativo* anche nello stesso codice penale laddove l’art. 42 *distingue* la “preterintenzione” (comma 2) dalla c.d. “responsabilità oggettiva” (comma 3: «La legge determina i casi nei quali l’evento è posto *altrimenti* [scil.: “diversamente” da quanto previsto nel comma precedente, ossia per dolo, colpa o, appunto, preterintenzione] a carico dell’agente, come conseguenza della sua azione od omissione») e dall’art. 43, rubricato non a caso “Elemento soggettivo”, che colloca la definizione del “delitto preterintenzionale” tra quelle del “delitto doloso” e del “delitto colposo”. E si ricordi altresì come il criterio di imputazione soggettivo della preterintenzione sia *normativamente* previsto *solo* per i “fatti” preveduti dalla legge come “delitti” e non per le “contravvenzioni” (arg. *ex* artt. 42 commi 2 e 4 e 43 comma 2 c.p.). A sua volta, per completezza, occorre infine sottolineare come della c.d. “responsabilità oggettiva”, cui si riferisce l’art. 42 comma 3 c.p. (come si ricava anche dalla rubrica dello stesso articolo), si possa, correttamente, dare solo una *definizione “in negativo”*, in quanto comprensiva di *tutti* i criteri di imputazione *diversi* dal dolo, dalla colpa e anche dalla preterintenzione alla stregua delle definizioni di cui all’art. 43 c.p., *ma nulla si possa dire “in positivo”*, in particolare nel senso che l’imputazione a titolo di responsabilità “oggettiva” si fonda, sempre e comunque, esclusivamente sul mero “rapporto causale” tra la condotta e l’evento (si pensi ad es. a questo proposito, fra i criteri di imputazione riconducibili sotto l’art. 42 comma 3 c.p., alla struttura e all’oggetto del “dolo” di alcuni delitti contro la libertà sessuale ai sensi dell’art. 609-*sexies* c.p. da cui si desume per l’integrazione dell’elemento soggettivo del “dolo” la sufficienza della “conoscibilità” dell’età della persona offesa; si veda anche infra note 82, 371 e 624) (in questo senso vedi anche, decisamente, PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Napoli, Jovene, 1989, pp. 12-13, laddove parla delle responsabilità c.d. “da rischio illecito”). Conclusione logica, ovviamente, intendendo il termine “evento” nel suo significato non “naturalistico” *ma “giuridico”*.

<sup>70</sup> In questa prospettiva si muove, in particolare, la sistemica del reato adottata in Germania da E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Auf., Berlin-München, Duncker & Humblot, 1949, p. 265 ss.; nella attuale manualistica italiana si vedano ad es. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 275 ss. Si parla di concezione della colpevolezza “mista” psicologico-normativa perché composta tanto da requisiti “psicologici” (meglio: “soggettivi”), come

la possibilità di un “rimprovero” dell’autore di un fatto tipico e oggettivamente antigiuridico, oltre l’imputabilità e l’esigibilità di un comportamento diverso, anche del dolo<sup>71</sup> e della colpa (onde la terminologia di colpevolezza di tipo c.d. “misto”, oltre che normativa *anche* psicologica) – a elemento “*estraneo*” al “fatto di reato”, secondo una concezione c.d. “*normativa pura*” della colpevolezza, a partire fondamentalmente dall’insegnamento di Welzel<sup>72</sup>, comprensiva dei soli requisiti dell’imputabilità, della conoscibilità del

il dolo o la colpa e l’imputabilità (intesa come capacità naturalistica di intendere e di volere), quanto da requisiti “normativi”, come la conoscibilità della proibizione (non però in Mezger: vedi la nota seguente) e l’esigibilità di un comportamento diverso.

<sup>71</sup> “Dolo”, nell’“oggetto” del quale MEZGER, *Strafrecht*, cit., p. 330 ss. riconduceva *anche* la “*conoscenza/conscienza*” dell’illiceità del fatto “*tipico*” e “*antigiuridico*” (più correttamente, nella sua costruzione del reato, fatto “*tipicamente antigiuridico*”, posto che, nella sistematica “tripartita” di questo Autore, l’elemento della “tipicità” doveva considerarsi non mera *ratio cognoscendi*, come viceversa in M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, C. Winter, 1915, pp. 184-185, ma – più radicalmente – *ratio essendi* del requisito dell’“antigiuridicità obiettiva”).

<sup>72</sup> Nella sistematica tripartita di Welzel, ancorata alla concezione “ontologica” dell’“azione finalistica”, l’innovazione fondamentale consiste, come noto, nell’aver spostato i criteri soggettivi di imputazione del fatto, dolo e colpa, dalla “colpevolezza” alla “tipicità”, per cui il “fatto di reato” – l’“illecito” (*Unrecht*) – sarebbe costituito dai requisiti della “tipicità oggettiva”, della tipicità soggettiva” e dell’“antigiuridicità oggettiva” (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auf., Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 59 ss.), lasciando all’interno della “colpevolezza” (*Schuld*) solo i requisiti necessari per la “rimproverabilità personale” della commissione dell’“illecito” al suo autore (imputabilità, conoscibilità della proibizione, esigibilità di un comportamento diverso: ID., *op. ult. cit.*, p. 152 ss.; vedi anche ID., *Il nuovo volto*, cit., *passim*). Onde la comune affermazione che Welzel avrebbe accolto una concezione della colpevolezza definibile come “normativa pura”, in quanto depurata dagli eventi psichici – effettivi o anche ipotetici – alla base del dolo e della colpa e basata *solo* su concetti normativi. Qualcuno potrebbe tuttavia sostenere come, anche volendo seguire la concezione welzeliana della “colpevolezza” (distinta dall’“illecito”), oggi assolutamente dominante nella dottrina tedesca, non si possa parlare, a ben vedere, di *vera* colpevolezza “normativa”, almeno nella sua integralità: se infatti non ci sarebbe alcun problema a parlare di colpevolezza esclusivamente “normativa” con riferimento ai requisiti della “conoscibilità del disvalore penale del fatto” e della “esigibilità di un comportamento diverso” da quello tenuto, trattandosi di requisiti entrambi fondati su una “pretesa normativa”, ossia sul “dovere”, di qualcosa che ci “potrebbe essere”, nel senso che in concreto “si sarebbe potuto verificare” (sul piano “ontologico-naturalistico”), questa conclusione non sembrerebbe valere – almeno di primo acchito – per l’“imputabilità” trattandosi di elemento contenutisticamente riferibile al piano dell’“essere” in quanto basato solo sulla concreta capacità “naturalistica” individuale di intendere e di volere. In realtà, tuttavia questa affermazione non appare corretta laddove – come avviene alla stregua del sistema delineato dal codice penale italiano (arg. ex artt. 88 ss. c.p.) – l’imputabilità *non* viene fatta coincidere necessariamente col suo “sostrato naturalistico” della capacità di intendere e di volere, consistendo viceversa *solo* in una “qualifica normativa” funzionale all’applicabilità della “pena criminale”. Anche così ragionando, nel senso che un soggetto è, nell’ordinamento italiano, da consi-

disvalore penale del fatto e dell'esigibilità di un comportamento diverso da quello tenuto. Costruzione dommatica oggi dominante nella dottrina tedesca<sup>73</sup> (e in genere anche nella dottrina di tradizione giuridica occidentale di *civil law* che segue la dommatica tedesca, come la spagnola e quella latino-americana)<sup>74</sup> che distingue tra “illecito” (*Unrecht, ilícito*; meglio, secondo la nomenclatura del nostro codice: “fatto costitutivo di reato”) e “colpevolezza” (*Schuld, culpabilidad*).

A questo proposito, occorre però altresì ricordare come, secondo la dottrina che si muove nel solco della tradizione “bipartita” italiana (almeno nella sua versione più moderna)<sup>75</sup>, l’“imputabilità” – come *qualifica normativa* della “capacità di intendere e di volere” del reo: art. 85 comma 2 c.p.<sup>76</sup> – sia

---

derare *normativamente* “imputabile” sempre che non sussista una delle cause tassativamente indicate dal legislatore di “esclusione dell’imputabilità” (infra cap. III, 2.3 lett. b e nota 223), occorre tuttavia osservare come queste “cause di non imputabilità” – le uniche situazioni normativamente rilevanti – facciano comunque riferimento, a loro volta, all’*incapacità naturalistica in concreto di intendere o di volere* della singola persona. Per una critica, da un punto di vista rigidamente “ontologico”, del concetto welzeliano di “colpevolezza” (oltre che di “colpa”), si veda l’importante lavoro di L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale – La colpa*, Milano, Giuffrè, 1954, *passim*.

<sup>73</sup> Ancora a favore della concezione almeno parzialmente “psicologica” della colpevolezza, nella dottrina tedesca, si veda tuttavia J. BAUMANN, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 8. Auf., Bielefeld, Gieseking, 1977, p. 384 ss., che individua come forme della colpevolezza il dolo e la colpa

<sup>74</sup> Distinzione concettuale e sistematica nell’analisi del reato – dopo Welzel comunque dominante nella dottrina tedesca di ispirazione “tripartita” – tra “illecito” e “colpevolezza”, quest’ultima intesa in senso rigidamente “normativo”, accolta tuttavia, come detto, solo da una parte ancora minoritaria della attuale dottrina italiana di matrice “tripartita” (in questa direzione Donini e Giunta, per i quali il “dolo” e la “colpa” fanno *sistematicamente* parte dell’“illecito” come “tipo soggettivo”, e *non* della “colpevolezza”: retro note 6 e 24).

<sup>75</sup> Per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 617-619 (che, conformemente alla partizione sistematica interna al codice penale, colloca l’“imputabilità” nella teoria non del “reato” *ma del “reo”*) e GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., vol. II, Torino, Giappichelli, 2020, cit., p. 383 ss. Vedi anche retro nota 21. Si consideri viceversa come, secondo la – *originaria* – concezione “bipartita” risalente a Carrara, le cause – oggi qualificate come – di “esclusione dell’imputabilità”, in quanto fattori di esclusione, nella costruzione carrariana (a seconda dei casi) dell’“intelligenza” (come l’età, il sordomutismo e la pazzia) o della “volontà” (come l’ubriachezza), facessero venire meno la c.d. “forza morale” (in particolare, nella sua dimensione “soggettiva”), ossia uno dei due elementi in cui poteva essere analiticamente scomposto il “fatto di reato” (F. CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale. Parte generale*, vol. I, 5<sup>a</sup> ed., Lucca, Giusti, 1877, § 211 e ss.; vedi nota 77). Si ricordi altresì come l’“imputabilità” fosse considerata dalla dottrina penalistica – non solo italiana – *presupposto della colpevolezza c.d. “psicologica”*, colpevolezza intesa come elemento del “reato” che si esauriva nelle due “forme” del dolo e della colpa (note 68, 77, 159 e 569).

considerata fattore *estraneo* e quindi *esterno* rispetto al fatto di reato, visto nella sua dimensione “tipica” oggettiva e soggettiva<sup>77</sup>. Quanto poi all’altro requisito del rimprovero di colpevolezza, ossia la “conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto”, si ricordi come l’ignoranza della legge penale prima della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale dell’art. 5 c.p. nel 1988<sup>78</sup> non poteva mai essere invocata a scusa, a prescindere dalla

<sup>76</sup> Art. 85 comma 2 c.p.: «È imputabile chi ha la capacità d’intendere e di volere».

<sup>77</sup> Per tutti si vedano Antolisei e Gallo (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 617-619, che, più specificamente, qualifica la mancanza di imputabilità come “causa personale di esenzione da pena”; GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 165). Abbiamo tuttavia già sottolineato (retro nota 75) come in direzione opposta si muovesse la sistemática “bipartita” originariamente formulata da Carrara, secondo cui le – oggi definibili – “cause di esclusione dell’imputabilità”, facendo venire meno la c.d. “forza morale”, determinassero conseguentemente la mancata integrazione dello stesso reato. A ciò si aggiunga come anche nella concezione c.d. “psicologica” della colpevolezza, dominante in Italia già nella prima metà del secolo scorso tra i sostenitori della “bipartizione”, essendo l’“imputabilità” considerata sistematicamente come “presupposto” del dolo e della colpa (ossia delle due “forme” in cui si esauriva – secondo questa teoria – l’elemento della “colpevolezza”, non a caso definita, appunto, “psicologica”), per cui, in sua mancanza, non si poteva ritenere integrato l’“elemento soggettivo” del reato, ne conseguiva che il requisito dell’“imputabilità” finiva per costituire “presupposto” della stessa esistenza del “reato”; imputabilità che allora non poteva logicamente, ancora una volta, essere considerata suo requisito “esterno”. A sua volta, in una prospettiva parzialmente diversa, i sostenitori della concezione “normativa” della “colpevolezza” (o meglio: “normativo-psicologica”), riportando sotto questo “elemento del reato” accanto all’imputabilità anche il dolo e la colpa, posto allora come logica conseguenza che potrebbero agire con dolo o colpa dal punto di vista “normativo-giuridico” solo i soggetti “imputabili”, si sono inevitabilmente trovati di fronte alla difficoltà, dommatica e sistematica, di ricercare i criteri *soggettivi* di imputazione del fatto di reato commesso dai soggetti “non imputabili”, criteri individuati in ciò che è stato definito come “quasi-dolo” e “quasi-colpa”, o anche *dolo o colpa “naturali”*, ossia in ciò che comunemente si ritiene essere il “sostrato naturalistico” dei concetti *giuridici* di dolo e colpa. Con la relevantissima conseguenza, tra l’altro, che il “non imputabile”, non potendo agire normativamente con dolo o colpa, non potrebbe allora neppure commettere un “fatto di reato” al pari del soggetto “imputabile” (contro quanto discende da precise disposizioni del nostro codice penale: retro nota 21). A parte però, anzitutto, l’inconsistenza su un piano concettuale strettamente “giuridico” dell’uso di termini come “quasi-dolo” o “quasi-colpa” (ma anche di “quasi-reato”), posto che ciò che è “quasi” qualcosa è, logicamente parlando, la “negazione” di quel qualcosa, così ragionando si è tuttavia dimenticato che “dolo” e “colpa” non sono concetti “ontologico-naturalistici” (identificabili magari con gli eventi “psichici” della “rappresentazione” e della “volontà” del fatto rispettivamente *effettivi* o *ipotetici*, che ne costituiscono la struttura), ma concetti *squisitamente “normativi”*, essendo di pura creazione legislativa in funzione dell’applicazione di un certo tipo di “disciplina” (vedi anche TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 48 ss.).

<sup>78</sup> Corte costituzionale 24 marzo 1988, n. 364, sentenza forse troppo affrettatamente definita “storica” perché, almeno secondo la maggioranza della dottrina, avrebbe definitivamente escluso la legittimità di qualsiasi ipotesi di c.d. “responsabilità oggettiva”. Cosa però

causa, *colpevole*<sup>79</sup> o meno, dell'ignoranza stessa. Si noti però come, una volta che il *diritto positivo* stabilisca che – almeno in sede di esecuzione “monosoggettiva”<sup>80</sup> – *oggetto del dolo è solo il fatto “materiale”* costitutivo del reato<sup>81</sup>

in realtà non avvenuta (neppure con la successiva sentenza sul furto d'uso), avendo la stessa Corte, sulla base della distinzione tra elementi “più significativi” e “meno significativi” della fattispecie tipica (parla invece di elementi che concorrono o meno ad individuare il disvalore della fattispecie in quanto interni o esterni rispetto alla materia del divieto Corte cost. 13 dicembre 1988 n. 1085, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità della norma sul furto d'uso), escluso questi ultimi dalla copertura della garanzia costituzionale del principio di “personalità” della responsabilità penale di cui all'art. 27 comma 1 Cost, lasciando conseguentemente residuare la legittimità costituzionale di un possibile campo di applicazione della “responsabilità oggettiva”. Distinzione tra elementi più o meno “significativi” oltretutto praticamente inutilizzabile non essendo logicamente possibile individuare il “criterio distintivo” tra queste due tipologie di requisiti, trattandosi di elementi entrambi “essenziali” e quindi logicamente tutti “necessari” ai fini dell'integrazione dell'“offesa” contenuto del “reato”. Che poi l'intenzione “politica” della Corte costituzionale non fosse affatto quella di espungere in via definitiva la legittimità di qualsiasi ipotesi di “responsabilità oggettiva” trova altresì conferma nella circostanza che, se avesse voluto intervenire diversamente e radicalmente, la medesima Corte avrebbe avuto l'opportunità di dichiarare, già nella stessa sentenza n. 364 del 1988, la incostituzionalità “conseguenziale” ex art. 27 comma 2 legge n. 87/1953 di tutte le ipotesi di – ritenuta – responsabilità oggettiva semplicemente dichiarando, con una sentenza “interpretativa” (meglio: “additiva”), la loro illegittimità costituzionale nella parte in cui le disposizioni di legge che le prevedono (a partire dalla disposizione generale dell'art. 42 comma 3 c.p.: retro nota 69) non contemplano esplicitamente quel requisito “minimo” di imputazione soggettiva posto dalla stessa Corte a base della “colpa” per il “fatto” costituito dalla sua “dominabilità”, da intendere come sua “prevedibilità” ed “evitabilità” in concreto. Nel senso viceversa che già oggi, alla stregua di una corretta interpretazione sistematica dell'art. 45 c.p., da considerare conseguentemente “disposizione-cardine” dell'intero sistema dell'imputazione “soggettiva” delineato positivamente dal nostro codice penale, la “responsabilità oggettiva” non esista nell'ordinamento penale italiano, dovendosi escludere l'integrazione di qualsiasi fatto di reato, a qualsiasi titolo di responsabilità imputato, laddove risulti in concreto “imprevedibile” e/o “inevitabile” alla stregua di un “modello di agente” *eiusdem conditionis*, si rimanda a TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 78 ss.

<sup>79</sup> Più correttamente: “colposa”. Quanto poi al “parametro” alla cui stregua valutare la c.d. *culpa iuris*, o meglio, “in negativo”, la “inevitabilità” dell'*ignorantia legis*, vedi infra cap. III, 2.4 lett. b.

<sup>80</sup> Che “oggetto del dolo” (nel senso di oggetto di effettiva “rappresentazione”) sia – almeno come regola, salvo appunto espresse eccezioni (infra nota 82) – l'intero “fatto oggettivo” costitutivo del reato vale però solo con riferimento all'esecuzione monosoggettiva dell'illecito. Infatti, laddove l'offesa penalmente rilevante sia realizzata ad opera di una pluralità di soggetti in concorso tra loro perché si abbia il “dolo” dell'atto di partecipazione c.d. “atipica” occorre distinguere anzitutto a seconda che l'offesa realizzata sia la medesima voluta dal soggetto del cui dolo si discute, ovvero sia diversa, nel senso di costitutiva di un “titolo di reato” diverso da quello da lui voluto.

Qualora il fatto di reato realizzato sia lo stesso voluto dal soggetto della cui imputazione dolosa si discute, occorre a sua volta ulteriormente distinguere. Se almeno uno degli altri

compartecipi ha realizzato il “fatto di reato” (per come descritto nella “parte speciale”) *al completo* dei suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, “accedendo” in questo caso la condotta del partecipe atipico a quella dell’esecutore materiale, il suo “dolo”, svolgendo la funzione di mero “*criterio soggettivo di imputazione*” di un fatto di reato realizzato da altri, avrà ad “oggetto” la rappresentazione di questo fatto nella sua *integralità* e quindi la rappresentazione *anche del “dolo” dell’esecutore materiale* (sia “generico” che “specifico”); dolo dell’esecutore materiale che per il partecipe atipico è anch’esso elemento del “fatto” (che deve essere oggetto di rappresentazione). Se viceversa l’esecutore materiale non ha agito con “dolo” (sia “generico” che “specifico”, se eventualmente richiesto dalla disposizione di “parte speciale”), l’elemento psicologico in cui questo si sostanzia deve essere apportato da *almeno uno* degli altri partecipi perché possa dirsi integralmente realizzata l’offesa penalmente rilevante; nel qual caso il dolo del c.d. partecipe atipico avrà non la funzione di mero criterio soggettivo di imputazione del fatto di reato realizzato da altri, ma la natura di vero e proprio “elemento costitutivo” (in quanto “essenziale” per l’integrazione) di questa offesa (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 141). Qui, a ben vedere, si potrebbe dire che siamo in presenza di una *ipotesi di “esecuzione frazionata”*: non però “in verticale”, come nell’esempio della rapina in cui un soggetto minaccia la vittima con una pistola e un altro soggetto si impossessa del suo orologio d’oro; *ma “in orizzontale”*, in quanto un soggetto contribuisce all’offesa apportando l’“elemento oggettivo” del “fatto di reato” (descritto nella “parte speciale”) e l’altro soggetto il corrispondente “elemento soggettivo-dolo” (come ad es. nel caso dello *sfruttamento dell’errore altrui* per cui l’esecutore materiale agisce senza il dolo che viene viceversa apportato da un altro partecipe atipico che sfrutta l’errore). Per precisione dommatica, occorre però a questo punto sottolineare come, nel sistema del “concorso di persone” nel reato delineato e disciplinato dal nostro codice penale, dal momento che l’art. 110 c.p. innestandosi su ciascuna disposizione della parte speciale che prevede una specifica figura di reato crea una *nuova ipotesi di quello stesso titolo di reato in concorso* (prevista da una c.d. “fattispecie plurisoggettiva eventuale”, per cui ad es. accanto al delitto di “omicidio doloso” esiste anche, come figura di reato “autonoma”, l’ipotesi delittuosa di “concorso in omicidio doloso”), *non si possa più normativamente distinguere tra “autore” e “partecipe atipico”* (onde, fra l’altro l’inconsistenza dommatica alla luce del diritto positivo italiano della teoria dell’“accessorietà” laddove vista come unico criterio euristico di spiegazione della “funzione incriminatrice *ex novo*” svolta dall’art. 110 c.p. rispetto a comportamenti originariamente “atipici” rispetto ai reati previsti nella “parte speciale”); così, ad es., se Tizio istiga Caio ad uccidere Sempronio e Caio, in esecuzione del mandato ricevuto, uccide volontariamente Sempronio, tanto Tizio quanto Caio sono da qualificare *entrambi come “partecipi”* nel delitto di omicidio doloso (in concorso). Breve: di fronte ad una fattispecie plurisoggettiva di un’offesa penalmente rilevante, le condotte di *tutti* indistintamente i concorrenti, *isolatamente considerate*, sono tutte da qualificare come comportamenti di “partecipazione atipica” (rispetto al reato previsto nella parte speciale); o anche, ribaltando la prospettiva, si potrebbe teoricamente anche dire che tutti i concorrenti sono “autori” della offesa in concorso.

Se viceversa il fatto di reato realizzato sia *diverso* da quello voluto da taluno dei concorrenti (fermo a sua volta che, se *nessuno* dei concorrenti, pur agendo con la finalità di commettere un reato, ha voluto il reato effettivamente verificatosi, la responsabilità sarà eventualmente “colposa” per tutti i partecipi ai sensi dell’art. 83 c.p.), il codice penale italiano prevede ancora la responsabilità di *tutti i concorrenti* sempre a titolo di “dolo” per il reato effettivamente realizzato in concorso agli artt. 116 e 117. Secondo l’art. 116 c.p., rubricato “Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti”, anche chi volle un reato diverso da

quello realizzato da altro concorrente (o altri concorrenti: si pensi al caso in cui Tizio, Caio e Sempronio si accordano per commettere un furto, ma Caio e Sempronio commettono una rapina attraverso una “esecuzione frazionata”) risponderà di *concorso doloso* in quel reato sempre che la sua condotta apporti *oggettivamente un contributo causale* alla verifica di quell’offesa (diversa da quella voluta; ipotesi che, anche sotto questo profilo, *deroga* alla disciplina generale del concorso, che non richiede necessariamente un contributo causale – così invece la dottrina dominante che segue la teoria dell’ “accessorietà”: ANTONISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 558 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 574 ss., spec. 579 ss.; –, bastando viceversa sul piano oggettivo un *qualunque contributo* alla verifica di quell’offesa, come nei casi di esecuzione frazionata: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 120 ss.) e, *soggettivamente*, la diversa offesa realizzata fosse da lui “*prevedibile*”. Requisito, quest’ultimo, introdotto nell’art. 116 dalla Corte costituzionale con la sentenza 31 maggio 1965 n. 42, ma non privo di ambiguità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione che oscilla tra una prevedibilità “soggettiva” (che renderebbe l’art. 116 compatibile col principio di responsabilità penale “personale” per un fatto concretamente “controllabile” dall’agente) e una prevedibilità “oggettiva” (che, in quanto tale, integrando al massimo il criterio della “causalità adeguata”, non uscirebbe dalla responsabilità meramente “oggettiva”). Per quanto però in questa sede ci interessa in particolare, occorre evidenziare come l’art. 116 c.p. introduca per il concorso di persone nel reato *un ulteriore criterio di imputazione soggettiva a titolo di “dolo”*, che si aggiunge a quello previsto per l’esecuzione monosoggettiva dall’art. 43 c.p. (ma anche plurisoggettiva, per il suo “innesto” sull’art. 110 c.p. qualora il reato realizzato corrisponda a quello voluto da tutti i concorrenti o comunque da alcuni di essi), *strutturalmente diverso* in quanto costituito dalla “*volontà di realizzazione di un qualunque reato* (diverso da quello effettivamente realizzato) e dalla concreta “*prevedibilità del reato effettivamente realizzato*”. Per cui non è neppure corretto definirlo *tout court* come il dolo dell’atto di partecipazione “atipica”, ben potendo essere proprio il partecipe atipico ad apportare, come abbiamo visto, il dolo dell’offesa oggettivamente realizzata da un esecutore materiale che agisce per errore e quindi in mancanza di dolo (come nell’esempio dello sfruttamento dell’errore altrui). L’art. 116 prevede infatti solo il “dolo” del concorrente che volle un *reato diverso* da quello effettivamente realizzato; in altri termini, l’“oggetto della qualificazione” di questo tipo di dolo del concorrente. Il che conferma che il “dolo” (come la “colpa”) sono *solo “qualificazioni normative” in funzione dell’applicazione di un certo tipo di disciplina* (appunto quella dei reati dolosi o colposi); ma che il legislatore è *libero* nella sua discrezionalità politica di stabilire in che cosa può consistere l’“oggetto della qualificazione”, che dunque può essere dato sia solo da eventi psichici effettivi (rappresentazione e volontà, come nell’art. 43) sia da un “misto” di eventi psichici effettivi e ipotetico-normativi (come appunto accade con l’art. 116, dove, accanto alla volontà di commissione di un reato diverso da quello realizzato, si richiede la “prevedibilità” del reato effettivamente verificatosi); sempre però, naturalmente, che il fatto di reato concretamente realizzato rimanga “all’interno” del perimetro di quella concreta “controllabilità/dominanza” imposta dall’art. 27 comma 1 Cost.

L’art. 117 c.p., rubricato “Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti”, a sua volta, si pone come disposizione “speciale” rispetto all’art. 116, prevedendo una particolare situazione di divergenza tra il reato voluto e quello realizzato in regime di concorso di persone in cui tra il reato voluto e quello realizzato intercorre una relazione strutturale di “specialità” nella quale l’elemento specializzante è rappresentato dalla “qualifica personale” del “colpevole” (in genere si fa l’esempio dei rapporti tra appropriazione indebita e peculato). Identificando l’art. 117 il soggetto “qualificato” col “colpevole”, si dovrebbe

allora ritenere che il soggetto qualificato debba essere altresì l'esecutore materiale del reato speciale realizzato, reato normativamente qualificabile come "proprio". In questo caso, il "dolo" dell'*extraneus*, perché anche questi risponda di concorso doloso nel "reato proprio" realizzato dall'*intraneus*, deve avere ad oggetto la rappresentazione solo del fatto materiale, di per sé costitutivo di un reato diverso, *ma non della qualifica dell'intraneus* (che determina il "mutamento del titolo"; vedi anche infra note 646, 649, 709). Se fosse questa la conclusione, questo modello di imputazione a titolo di dolo sarebbe chiaramente incostituzionale. In realtà, il codice penale italiano conosce una disposizione "di chiusura" di tutti i criteri di imputazione soggettiva previsti nell'ordinamento, l'art. 45 c.p., secondo cui nessun "fatto di reato" può essere soggettivamente imputato se in concreto "imprevedibile" o "inevitabile" (alla stregua dello stesso parametro utilizzato per il giudizio di "colpa", quello dell'uomo medio *eiusdem conditionis*: TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 78 ss.); disposizione che già permette di escludere (senza necessità di interpretazioni "evolutive" o di interventi della Corte costituzionale) che il sistema penale italiano preveda ipotesi di responsabilità "oggettiva". Art. 45 c.p. che dunque opera anche con riferimento al criterio di imputazione dolosa previsto dall'art. 117: nel senso che anche l'*extraneus* risponderà di "concorso doloso nel reato proprio" commesso dall'*intraneus* di cui *ignora la qualifica*, sempre che detta qualifica sia da lui nel caso concreto "conoscibile/rappresentabile" (o meglio non sia per lui, nella situazione concreta, "non rappresentabile"; se viceversa così fosse, trattandosi comunque di "errore su un elemento specializzante", l'*extraneus* dovrebbe rispondere sempre di concorso doloso ma nel reato da lui voluto e diverso da quello "proprio" realizzato dal soggetto qualificato – ad es. concorso in appropriazione indebita e non più in peculato – sulla base dell'innesto dell'art. 110 sugli artt. 47 comma 2 e 49 comma 3 c.p. In generale, sulla disciplina applicabile in caso di "errore sugli elementi specializzanti/differenziali" si rimanda a TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 238 ss.). *Rebus sic stantibus*, è evidente allora che la tematica del concorso di persone nel reato proprio, in particolare in caso di divergenza tra il reato voluto e quello realizzato, non si esaurisce nell'art. 117 c.p. Quanto poi all'art. 45 c.p., per il suo carattere generale tale disposizione opera anche con riferimento al criterio di imputazione a titolo di dolo dell'art. 116 c.p., salvandone la legittimità costituzionale senza bisogno di passare per il discutibile inserimento nella disposizione dell'ulteriore requisito della "prevedibilità" da parte della sentenza – oltretutto "interpretativa di rigetto" – della Corte costituzionale del 1965; nel senso dell'inoperatività dell'art. 116 laddove il "reato diverso" realizzato sia, per chi non lo vuole, in concreto "imprevedibile" e/o "inevitabile". Se viceversa il reato diverso realizzato fosse, per chi non lo volle, in concreto imprevedibile (il che renderebbe inapplicabile l'art. 116), ma tra il reato voluto e quello realizzato intercorresse una relazione strutturale di "specialità", ci sarebbe allora, ancora una volta, un caso di "errore su un elemento specializzante" con conseguente applicabilità del combinato disposto degli artt. 110, 47 comma 2 e 49 comma 3 c.p. Così, ad es., se Tizio e Caio si accordano per commettere un furto ma Caio commette una rapina, in concreto imprevedibile per Tizio, Tizio risponderà di concorso in furto.

Nonostante gli artt. 116 e 117 c.p. stabiliscano una responsabilità a titolo di concorso doloso anche se taluno dei partecipi non si è rappresentato, in tutto o in parte, il fatto di reato effettivamente realizzato, è comunque importante distinguere queste situazioni da quella del concorso doloso risultante dal combinato disposto degli artt. 110 e 43 c.p. (in cui i concorrenti si rappresentano e vogliono il fatto di reato realizzato al completo dei suoi elementi costitutivi, come nell'esecuzione monosoggettiva) per la *diversità di disciplina* che ne consegue sul piano del trattamento sanzionatorio, dal momento che chi risponde

(arg. ex artt. 43 comma 1, primo alinea, e 47 commi 1 e 3 c.p.)<sup>82</sup>, ne conse-

a titolo di dolo per concorso nel reato realizzato ma non voluto *gode di una "attenuante"*, "obbligatoria" nel caso dell'art. 116 (si noti: l'unica attenuante obbligatoria nel sistema del concorso di persone nel reato), "facoltativa" nel caso dell'art. 117.

Concludendo, alla luce di tutte queste considerazioni e di una non preconcepita analisi dell'insieme dei dati normativi presenti nel sistema, si può affermare che, nell'ordinamento italiano, *ad uno stesso "titolo soggettivo di responsabilità"* – dolo o colpa – *non corrisponde sempre una "identità di struttura" del criterio di imputazione*; nel senso, in particolare, che può essere imputato a titolo di dolo *anche* un fatto di reato in tutto o in parte non rappresentato e voluto dall'agente (così come un'imputazione per colpa può avvenire, oltre che alla stregua dei criteri indicati nell'art. 43 c.p., costitutivi della c.d. colpa "generica" e della colpa "specificata", *anche* secondo l'art. 83 c.p.: sul punto vedi TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 136 ss.).

<sup>81</sup> Oltre – almeno per coloro che seguono la c.d. "concezione realistica" del reato (infra nota 209) – la rappresentazione del suo concreto "contenuto offensivo" (ossia la consapevolezza del disvalore del fatto di fronte all'interesse normativamente tutelato: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 438-460). Frutto di un palese equivoco è poi l'obiezione che, se nell'oggetto del dolo dovesse rientrare anche la consapevolezza di offendere l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice (*rectius*: il momento oggettivo dell'interesse), ciò significherebbe richiedere inevitabilmente anche la rappresentazione della tutela che la norma penale incriminatrice accorda a quell'interesse, ossia, in ultima analisi, la rappresentazione dell'antigiuridicità penale del fatto, in palese violazione dell'art. 5 c.p. (PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 291-294). A prescindere dalla considerazione che l'art. 5 c.p. è una disposizione avente valore di legge ordinaria che, in quanto tale, potrebbe essere comunque *legittimamente derogata* da un'altra disposizione avente lo stesso rango gerarchico (come accade con l'art. 47 comma 3 c.p. a proposito dell'errore di diritto su un elemento normativo del fatto di reato: infra note 206, 442, 650 e 749), è chiaro che, se in questo caso fosse vera la premessa, l'art. 5 verrebbe sottoposto ad una interpretazione totalmente disapplicativa. Come però è stato acutamente rilevato, «La rappresentazione relativa all'offesa è una rappresentazione che cade su momenti di fatto e sul loro significato nei confronti delle situazioni di interessi garantite dalla legge. Non è una rappresentazione che concerna il valore giuridico, la qualifica discendente dalla norma incriminatrice. Possono, insomma, benissimo coesistere, l'una accanto all'altra, la consapevolezza di ledere quell'interesse che è oggetto della tutela e l'opinione, determinata da errore di diritto, di tenere un comportamento perfettamente lecito. Si esige, insomma, la rappresentazione della lesione di un interesse tipico, non quella della tipizzazione di tale interesse»: GALLO, *op. ult. cit.*, p. 456. In altri termini, una cosa è la rappresentazione dell'offesa all'interesse tutelato, altra la rappresentazione della tutela che la norma incriminatrice apporta a quell'interesse. Si pensi ad es. a chi ruba della merce in un supermercato, pienamente consapevole di offendere il patrimonio altrui, ma convinto trattarsi al massimo di un comportamento rilevante come illecito civile.

<sup>82</sup> *Salvo eccezioni*, come quella prevista dall'art. 609-*sexies* c.p., a tenore del quale – con riferimento ad una serie di delitti contro la libertà sessuale – nell'"oggetto del dolo" e quindi quale oggetto di *effettiva* "rappresentazione" *non rientra l'età della persona offesa* (pur facendo questo requisito parte del "fatto materiale-oggettivo" di quei reati), essendo *sufficiente*, ai fini dell'"esistenza" del dolo dal punto di vista *normativo*, la sua mera "rappresentabilità" (più precisamente, "in negativo": la sua "non rappresentabilità" ai fini dell'"esclusione" del

gue che l'errore sulla legge penale incriminatrice (da intendere o come erronea interpretazione del suo ambito applicativo ovvero, addirittura, come ignoranza della sua stessa esistenza), visto nella sua dimensione "positiva" di conoscenza o conoscibilità della norma penale violata, non può logicamente mai fare parte, come suo elemento essenziale, del concetto di "reato" in senso stretto, quale sinonimo di "fatto costitutivo di reato", posto che il fatto di reato (al completo dei suoi elementi costitutivi, oggettivi e *soggettivi*) è, viceversa, proprio l'"oggetto" dell'errore sulla sua "qualificazione normativa" come "illecito penale" ossia, come anche si dice, dell'errore sulla sua "proibizione" (*scil.*: penale)<sup>83</sup>; e, logicamente, una "parte" non può avere ad oggetto il "tutto".

Dall'insieme di tutte queste considerazioni segue, a mio parere, l'*inutilità* sia dommatica che sistematica (se non addirittura la pericolosità per la confusione che può derivarne) del concetto stesso di "colpevolezza"<sup>84</sup> tanto se visto come elemento costitutivo del reato<sup>85</sup> quanto come requisito della

---

dolo, parlandosi espressamente di «ignoranza inevitabile»: «Quando i delitti previsti negli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 609-*undecies* sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, e quando è commesso il delitto di cui all'articolo 609-*quinqies*, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, *salvo che si tratti di ignoranza inevitabile*). Disposizione letteralmente ripresa, quanto al suo contenuto, anche dall'art. 602-*quater* c.p. (con specifico riferimento ai "delitti contro la personalità individuale": «Quando i delitti previsti dalla presente sezione sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, *salvo che si tratti di ignoranza inevitabile*). Ciò non significa però, come pure si dice, che qui la legge penale punirebbe a titolo di "dolo" un fatto strutturalmente "colposo". Si ricordi infatti che la "qualifica" di "dolo" è *solo un concetto "normativo" funzionale all'applicazione di un certo tipo di "disciplina"*, quella appunto dei "reati dolosi", qualifica normativa che può pertanto essere attribuita ai *più diversi "contenuti"* a seconda della "scelta politico-criminale" di volta in volta effettuata dal legislatore e quindi di *stretto "diritto positivo"*; sempre, ovviamente, che la struttura di qualunque criterio soggettivo di imputazione sia compatibile col principio costituzionale di "personalità" della responsabilità penale (infra cap. I, 17 e note 78, 556 e 624).

Un'altra eccezione potrebbe poi essere costituita dalle "condizioni oggettive di punibilità" qualora si ritenga che anche questi requisiti facciano parte del "fatto di reato" (e non si tratti, come viceversa ritiene la dottrina assolutamente dominante, di elementi "estranei" al "reato": sul punto vedi *amplius* cap. I, 2, 4 e 8; cap. III, 2.4 lett. d) e nota 624).

<sup>83</sup> Sull'esatta portata e collocazione sistematica del c.d. "errore sulla proibizione" vedi infra cap. III, 2.4 lett. b.

<sup>84</sup> Concetto di "colpevolezza", come categoria dommatica e sistematica, da non confondere, come viceversa spesso avviene, col principio di "colpevolezza": vedi per tutti GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 543 ss. Sulla "colpevolezza" come figura di qualificazione specifica dell'"antigiuridicità" fondamentale GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., pp. 140-144. Sull'inutilità di (oltre all'impossibilità di pervenire ad) un "concetto autonomo" di colpevolezza vedi infra cap. I, 3.

sola fattispecie di punibilità estraneo rispetto al fatto di reato. Anche perché, a sua volta, la *rilevanza* come causa di “non punibilità” (in senso lato; o forse meglio: di “*non sanzionabilità criminale*”)<sup>86</sup> dell’*errore “inevitabile” sulla legge penale* deve valere – sia sistematicamente che per quelle ragioni di “giustizia” che stanno dietro ad ogni valutazione di “irragionevolezza”<sup>87</sup>, e quindi di incostituzionalità, di una qualsiasi normativa giuridica, illegittimità da escludere fino a che è possibile dare di qualunque enunciato linguistico normativo una interpretazione conforme a Costituzione – *anche per i soggetti “non imputabili”* (e non solo per gli imputabili, come dovrebbe discendere viceversa logicamente dal considerare detto errore sulla legge penale elemento della “colpevolezza”, su cui si fonderebbe quindi il solo giudizio individuale di “rimprovero”)<sup>88</sup>. Per cui, una volta riportati il dolo o la colpa nel “tipo soggettivo” (= elemento soggettivo del reato) ed esclusa altresì una rilevanza “autonoma” anche del requisito dell’“esigibilità”<sup>89</sup>, un eventuale concetto di “colpevolezza” finirebbe per *ridursi a sinonimo di “imputabilità”*. Ed è ca-

<sup>85</sup> Secondo la sistematica ancora seguita dalla maggioranza dei sostenitori della concezione “tripartita” (o “quadripartita”) del reato, almeno in Italia (elemento costitutivo del reato, da intendere quale “colpevolezza normativo-psicologica”: retro cap. I, 3); vedi, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 154 ss.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 235 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 230 ss.

<sup>86</sup> Espressione “punibilità” che dovrebbe allora essere qui intesa *in senso lato* in quanto comprensiva non solo della “pena criminale” (di qualunque specie), ma *anche della “misura di sicurezza”*; da considerare quale seconda “specie” di “conseguenza” direttamente collegabile alla commissione di un fatto di reato. Ovvio poi che si potrebbe correttamente anche parlare, con un’espressione generica, di “non sanzionabilità criminale”, sempre che le misure di sicurezza vengano considerate, da un lato, “sanzioni” (e non mere “misure”: vedi Bobbio, cit. in nota 55), dall’altro, di “natura criminale” (e non “amministrativa”: vedi capp. I, 6 e V, 8 lett. c) e note 55, 93 e 120). A ben vedere tuttavia, per ritenere applicabile l’art. 5 c.p. anche al sistema delle misure di sicurezza, non è in realtà neppure necessario fare riferimento al concetto di “non punibilità”: infatti, l’art. 5 c.p. parla *tout court* di “ignoranza della *legge penale*” (data anche la sua collocazione topografica all’interno del Titolo I del Libro I del codice penale, rubricato appunto “Della legge penale”), “legge penale” alla quale fanno diretto e esplicito riferimento *anche* gli artt. 202 e 203 c.p. a proposito dei presupposti di applicabilità delle misure di sicurezza. Sulla “collocazione sistematica” dell’“errore sulla proibizione” (penale) all’interno delle *diverse* “fattispecie di responsabilità” da “reato” vedi *infra* cap. III, 2.4 lett. b.

<sup>87</sup> Nel senso che «L’art. 3 Cost. appare violato anche sotto il profilo del principio di razionalità, che implica l’esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità», Corte cost., sent. 22 novembre 1991, n. 421; conf. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 264; Corte cost., sent. 26 luglio 1995, n. 388.

<sup>88</sup> Vedi *amplius* *infra* cap. III, 2.4 lett. b.

<sup>89</sup> Vedi le considerazioni svolte retro cap. I, 1 e anche nelle note 27, 28, 72, 223 e 717.

none fondamentale di qualunque indagine scientifica che *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*<sup>90</sup>.

#### 4. Il concetto di “reato” come sinonimo di “fatto costitutivo di reato”

Il concetto di “reato” deve allora essere propriamente inteso, quale categoria dommatica e sistematica, come *sinonimo di “fatto costitutivo di reato” estraneo alla “colpevolezza”,* in quanto “oggetto” dello stesso giudizio di colpevolezza, e quindi di “rimprovero” per il fatto commesso; giudizio di colpevolezza a mio parere da *ridursi* a quello sulla “normale” motivabilità dell’autore del fatto di reato basata sulla sua sola “imputabilità”, da intendere – quale regola (almeno tendenzialmente) generale – come sua capacità “naturalistica” di intendere e di volere; “reato” *da distinguere* dunque, logicamente e sistematicamente, dal “fatto punibile” (mentre assolutamente ambigua, e quindi da evitare, risulterebbe una nozione di “reato in senso ampio”), che si avrebbe quando si integri la fattispecie di “punibilità” *al completo* di tutti i suoi elementi costitutivi, comprensivi quindi anche della ignoranza evitabile della legge penale e della imputabilità.

Un problema si pone, semmai, solo per le “condizioni oggettive di punibilità”: se infatti si dovesse continuare a ritenere (conclusione però a mio avviso niente affatto scontata, anche se dominante in dottrina)<sup>91</sup> che le

<sup>90</sup> Il linguaggio dei codici penali, sostanziale e processuale, conosce, *normativamente*, il termine “colpevole”, da intendersi però come *mero sinonimo di “reo”* ossia di “autore” di un “fatto costitutivo di reato” (vedi ad es. gli artt. 41 comma 1, 44, 56 commi 2 e 3 e 60 comma 1 c.p. e gli art. 348 comma 1 e 533 comma 1 c.p.p.) o di soggetto “indiziato” di aver commesso un fatto di reato (vedi ad es. gli artt. 273 comma 1 e 275 comma 3 c.p.p., dove, a proposito delle misure cautelari, si usa la formula «gravi indizi di colpevolezza» e l’art. 403 comma 1-bis c.p.p., dove si parla di «indizi di colpevolezza»). Così come il termine “colpevolezza” è utilizzato come sinonimo di “reato” dall’art. 526 comma 1-bis c.p.p. Si ricordi poi, in particolare, come il termine “colpevole” sia utilizzato come sinonimo di “reo”, ossia di autore responsabile della commissione di un “fatto di reato”, anzitutto dalla stessa Costituzione all’art. 27 comma 2 a proposito della “presunzione di innocenza” («L’imputato non è considerato colpevole sino a condanna definitiva»). Per una possibile distinzione tra i concetti di “colpevole” e di “reo” vedi tuttavia *infra* nota 198.

<sup>91</sup> Sulla natura giuridica e collocazione sistematica delle “condizioni obiettive di punibilità” vedi *amplius* *infra* cap. III, 2.4 lett. d) e nota 624. Secondo GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 285 ss., le condizioni oggettive di punibilità sono requisiti “estranei” al “fatto” di reato, ma “interni” alla “fattispecie criminosa”, quest’ultima definita come «quel complesso di elementi che condizionano l’applicabilità della sanzione, talora non coincidenti con quelli costitutivi del fatto: sempre, però, indispensabili al perfezionarsi della fattispecie»; elementi della “fattispecie criminosa”, estranei al fatto, specificamente individuati

condizioni obiettive di punibilità sono (laddove previste dalle norme incriminatrici di parte speciale) elementi *estranei* al fatto costitutivo di reato, sarebbe inevitabile allora chiedersi se la loro presenza sia altresì necessaria anche per l'integrazione delle *altre* fattispecie di "responsabilità" – *di natura giuridica diversa* da quella strettamente punitiva criminale – che vedono il "reato" tra i loro elementi costitutivi; e, in caso di risposta tendenzialmente affermativa (dal momento che la condizione di punibilità indica una "stabilizzazione" e quindi la "definitività" dell'offesa contenuto del reato)<sup>92</sup>, se

negli "eventi aggravatori" dei c.d. reati aggravati dall'evento e nelle "condizioni di punibilità" (da distinguere dalle "condizioni di procedibilità"). Nozione di "fattispecie criminosa" da cui muove l'insigne Autore che, dal punto di vista dei suoi requisiti costitutivi, è dunque diversa da quella – *più ampia* – di "fattispecie di punibilità" usata in questo lavoro (retro cap. I, 1 e nota 30). In particolare, poi, nel senso che l'"evento più grave" non voluto costitutivo del delitto "preterintenzionale" non appartenga specificamente ai requisiti della fattispecie criminosa estranei al fatto di reato – come per contro ritenuto da Gallo (ID., *op. ult. cit.*, p. 290) – ma sia, viceversa, "elemento costitutivo essenziale" già dello stesso "fatto di reato" vedi TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 315 ss. Allo stesso modo di quanto si deve ritenere a proposito degli "eventi aggravatori" riconducibili sotto lo schema di imputazione dell'art. 42 comma 3 c.p., e quindi non qualificabili come circostanze aggravanti ai sensi dell'art. 59 comma 2 c.p., da individuare in quegli eventi aggravatori dei delitti aggravati dall'evento che debbono essere *necessariamente voluti* (costituendo realizzazione del c.d. "dolo specifico" del reato-base) ovvero è *indifferente* che siano voluti o meno (come è il caso della condanna quale conseguenza del delitto di calunnia: art. 368 comma 3 c.p.), sempre che la loro natura di circostanze aggravanti non emerga in modo espresso dal sistema (essendo la qualificazione di un certo elemento come circostanza e non come elemento essenziale da considerarsi "eccezionale": sul punto vedi TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 40. Quanto poi a quegli eventi aggravatori che debbono essere *necessariamente non voluti* (posto che, altrimenti, verrebbe integrato un diverso titolo di reato), anch'essi sono riconducibili, come elementi essenziali del fatto di reato, sotto l'art. 42 comma 3 c.p., sempre che non ricadano già sotto lo schema del "delitto preterintenzionale" (comprensivo di tutti i delitti dolosi aggravati da una conseguenza che non deve essere voluta: TRAPANI, *op. ult. cit.*, pp. 312-314); limitatamente quindi agli eventi aggravatori dei delitti colposi, sempre che non siano espressamente qualificati come circostanze (per quanto concerne viceversa l'evento aggravatore nelle contravvenzioni, esso è senz'altro da qualificare come circostanza aggravante, dal momento che l'art. 42 comma 3 c.p. si riferisce solo ai delitti). Nel senso viceversa che tutti gli eventi aggravatori di cui parla l'art. 42 comma 3 c.p. siano da considerarsi sempre circostanze aggravanti ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 398).

<sup>92</sup> Ciò almeno per quelle che una parte della dottrina (P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1982, pp. 182-183; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 395) definisce come condizioni di punibilità "*intrinseche*", che evidenzerebbero una "stabilizzazione" dell'offesa contenuto del reato, a differenza delle condizioni di punibilità "*estrinseche*", che – *analogamente* a quanto si deve ritenere anche per le "condizioni di procedibilità" – indicherebbero solo la "opportunità politica" della punizione. Dove il problema, seguendo questa impostazione, si sposterebbe anzitutto alla individuazione dei criteri per distinguere le condizioni di punibilità estrinseche dalle condizioni di procedibi-

occorra ulteriormente distinguere, sotto questo profilo, tra le fattispecie di responsabilità per le misure di sicurezza e amministrativa dell'ente da reato, da un lato, e la responsabilità civile da reato, dall'altro. Distinzione che potrebbe poggiare sulla considerazione che, a differenza delle sanzioni civili da reato (che possono essere applicate anche da un giudice estraneo alla giurisdizione penale, se non senz'altro direttamente "auto-applicate" dallo stesso destinatario della sanzione), le misure di sicurezza e le sanzioni amministrative da reato a carico dell'ente sono *applicabili solo da un giudice penale in sede di processo penale*<sup>93</sup>.

Ma un discorso analogo deve essere fatto anche per l'"imputabilità": per la responsabilità civile da reato c'è infatti l'espreso rinvio, quanto alla *disci-*

---

lità. Si veda anche, sia pure in una prospettiva "interpretativa" diversa ai fini della distinzione tra le condizioni di punibilità e quelle di procedibilità, F. ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1469 ss., secondo cui le condizioni di punibilità "estrinseche" sarebbero in realtà condizioni di procedibilità.

In generale, sulla categoria giuridica delle "condizioni obiettive di punibilità" vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 292 ss., distinguendole dalle condizioni di procedibilità nel senso che, mentre le condizioni di punibilità rileverebbero come meri "fatti giuridici", le condizioni di procedibilità sarebbero propriamente "atti giuridici"; stesso criterio distintivo già proposto da G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930, p. 106. Si veda anche G. NEPPI MODONA, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988.

<sup>93</sup> Più analiticamente, la opportunità se non addirittura la necessità di *distinguere* all'interno delle altre "fattispecie di responsabilità da reato" *diverse* dalla "fattispecie di punibilità" di fronte alla domanda se le "condizioni di punibilità" costituiscano requisiti per la integrazione *anche* di queste ulteriori fattispecie di responsabilità potrebbe forse poggiare sulla considerazione che le "misure di sicurezza" – anche a non volerle considerare senz'altro "sanzioni penali" – seguono (almeno di regola: vedi art. 202 comma 2 c.p.) alla commissione di un fatto costitutivo di reato come *diversa* risposta sanzionatoria *applicabili solo da un giudice penale in sede di processo penale*; e lo stesso vale per le "sanzioni amministrative" dipendenti da reato (commesso da una persona fisica che riveste una posizione apicale all'interno di un ente) previste dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, anch'esse necessariamente *applicabili all'ente solo in sede di processo penale* (art. 36 d. lgs. cit.). Viceversa, la responsabilità civile da reato, appunto perché di natura *civile* anche se derivante dalla commissione di un reato, può essere riconosciuta – oltre che dal giudice penale laddove il (presunto) danneggiato si sia costituito parte civile – anche da un giudice civile (e quindi *diverso* dal giudice penale, a differenza delle due altre specie sanzionatorie); ovvero – fattore ancora più importante e caratterizzante questo tipo di responsabilità – anche, *direttamente*, dalla stessa persona cui è normativamente imputabile il "fatto antiggiuridico", soggetto che può "autoapplicarsi" – nel senso, più correttamente, di dare "esecuzione" al "contenuto" in cui si sostanzia – la "sanzione civile" del risarcimento del danno e/o delle restituzioni. Naturalmente questo discorso vale sempre che non si ritenga che anche le condizioni di punibilità facciano comunque parte del fatto di reato (su questo problema vedi infra cap. III, 2.4 lett. d) e note 623 e 624); nel qual caso se ne dovrebbe tenere conto *anche* ai fini dell'integrazione delle fattispecie di responsabilità civile da reato.

*plina* applicabile, alle «*leggi civili*» (art. 185 c.p.)<sup>94</sup>; quindi, sembrerebbe, almeno a prima vista, anche alle regole sulla – eventuale – rilevanza dell'imputabilità in quella sede. "Imputabilità" per il risarcimento da "fatto dannoso" tuttavia espressamente regolata *in via autonoma* dall'art. 2046 c.c., secondo cui «Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa». A questo proposito, occorre tuttavia evidenziare come, nonostante l'affermazione di principio della dottrina civilistica che si è occupata dell'argomento, secondo cui in sede di accertamento della responsabilità civile da fatto illecito rilevarebbe qualunque situazione di incapacità naturalistica di intendere o di volere da qualunque causa determinata, anche transitoria (allo stesso modo fra l'altro di quanto espressamente stabilito dall'art. 428 c.c. per l'annullabilità degli atti *leciti* unilaterali e quindi in una situazione *opposta* a quella prevista dall'art. 2046 c.c.)<sup>95</sup>, per cui il giudice civile non sarebbe vincolato da

<sup>94</sup> Art. 185 c.p.: «RESTITUZIONI E RISARCIMENTO DEL DANNO – 1. Ogni reato obbliga alle restituzioni, *a norma delle leggi civili*. 2. Ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, *a norma delle leggi civili*, debbono rispondere per il fatto di lui».

<sup>95</sup> Quanto alla portata dell'art. 428 c.c., il quale fa anch'esso esplicito riferimento alla capacità "naturalistica" di intendere e di volere, sia pure "in negativo" ossia nella prospettiva dell'"incapacità" («Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata *per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere* al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore»), occorre tuttavia ricordare come questa disposizione abbia ad oggetto, direttamente, *solo gli atti "leciti"* (unilaterali) (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 389 ss.); mentre dell'imputabilità nei "fatti illeciti" (dannosi) si occupa, come abbiamo visto, l'art. 2046 c.c. Lo stesso discorso svolto nel testo – nel senso della esclusiva rilevanza "in negativo" *sul piano normativo* delle "cause di non imputabilità" – deve essere poi fatto anche per la responsabilità da illecito amministrativo sanzionato con sanzione amministrativa pecuniaria di cui alla legge n. 869/1981, posto che l'art. 2, pur formalmente rubricato "Capacità di intendere e di volere", stabilisce espressamente (anche se con una formula dommaticamente non precisa) che «Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni [dettando, a questo proposito, una disciplina diversa da quella del codice penale, che distingue viceversa tra infradiciottenni e infraquattordicenni] o non aveva, *in base ai criteri indicati nel codice penale*, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato». Disposizione quindi che opera un *formale "rinvio"* alle disposizioni specificamente dettate dal codice penale in tema di "imputabilità", recependone integralmente la corrispondente disciplina. Il che trova la sua spiegazione di politica legislativa nella "funzione" attribuita all'interno di un più ampio "sistema" di "diritto punitivo" all'illecito amministrativo sanzionato con sanzione amministrativa pecuniaria dalla legge n. 689 del 1981, in particolare dal suo art. 9: infra cap. V, 2. La stessa disciplina è poi prevista in ma-

una elencazione tassativa di cause di “non imputabilità”, a ben vedere si può forse pervenire alla conclusione che, in pratica, anche in sede di responsabilità civile i criteri per accertare lo stato di incapacità dell’autore del fatto dannoso ai sensi dell’art. 2046 c.c. effettivamente utilizzati sono *gli stessi* che, “in negativo”, sono esplicitamente previsti nel codice penale agli artt. 88 ss. Ad una più attenta analisi infatti si può forse anche ritenere che ciò che ha spinto la dottrina civilistica, sulla scia della giurisprudenza, ad avanzare la tesi di una radicale differenza tra i criteri di accertamento dell’imputabilità in sede di responsabilità civile e penale sta, in realtà, solo nella disciplina dell’art. 97 c.p. che esclude *tout court* in modo assoluto l’imputabilità – e quindi la responsabilità – del minore di 14 anni (dal momento che, anche nel sistema penale, la maturità-imputabilità del minore tra i 14 e i 18 anni va accertata caso per caso); disciplina ritenuta eccessivamente “restrittiva” con riferimento alla responsabilità civile<sup>96</sup>.

5. *La “pena criminale” come fattore di riconoscimento di un fatto normativamente qualificabile come “costitutivo di reato”. Sanzioni “esecutive” e sanzioni “punitive” nella teoria del diritto. La “pena criminale” come modello sanzionatorio “più severo” fra le sanzioni “punitive”*

Se il “reato”, da intendere propriamente come “fatto di reato”, è ele-

---

teria di illeciti amministrativi tributari dall’art. 4 d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, rubricato “Imputabilità”, secondo cui «Non può essere assoggettato a sanzione chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, *in base ai criteri indicati nel codice penale*, la capacità di intendere e di volere».

<sup>96</sup> Anche se occorre comunque sottolineare che, anche nel caso in cui venga riconosciuta *ex art.* 2046 c.c. l’imputabilità del minore infraquattordicenne, il sistema civile prevede la responsabilità solidale dei genitori per i danni da lui realizzati: art. 2048 c.c.

Non è poi irrilevante a questo proposito ricordare come, anche se l’imputabilità è, nella struttura della “fattispecie di punibilità”, un requisito, per definizione, sistematicamente *fuori* del “fatto di reato”, autorevole dottrina (GALLO, *La piccola frase di Mortara*, Torino, Giappichelli, 2014, *passim*), sulla base soprattutto di una interpretazione sistematica in particolare dell’art. 652 c.p.p. (anche alla luce della sua origine storica e dei suoi precedenti legislativi), abbia di recente proposto la tesi, acutamente argomentata, della sostanziale *identità di struttura* tra l’“illecito penale” e l’“illecito civile” di cui alla definizione generale dell’art. 2043 c.c. (quest’ultimo fonte di responsabilità civile, anch’esso tuttavia basato, in quanto appunto “illecito” come quello penale, su un comportamento umano in violazione di un obbligo di fare o di non fare; da distinguere quindi da un mero “fatto antigiusuridico” comunque produttivo di responsabilità civile, come quello previsto dall’art. 2049 c.c.). Sulla distinzione concettuale di teoria generale tra ciò che, stipulativamente, si può specificamente definire “fatto illecito” rispetto al mero “fatto antigiusuridico” vedi *infra* cap. I, 17.

mento costitutivo – *necessario, anche se non sufficiente* – del concetto di “fatto punibile” e quindi della “fattispecie di responsabilità per la pena” in senso stretto, il *problema* diventa allora anzitutto stabilire *quando un certo fatto possa essere “normativamente” qualificato come “reato”* (ai fini, in primo luogo, della sua eventuale punibilità: arg. ex art. 39 c.p.)<sup>97</sup>. Posto allora che, come abbiamo visto<sup>98</sup>, *la natura giuridica di un illecito è determinata dalla natura giuridica della rispettiva sanzione* (e non viceversa) ed essendo il reato un “fatto punibile” (*in astratto*), occorre dunque anzitutto stabilire che cosa possa essere, secondo un certo ordinamento *positivo*, legittimamente qualificabile come “*pena criminale*”.

Volendo utilizzare da un punto di vista di teoria generale del diritto, sia pure come mera ipotesi di lavoro, lo schema kelseniano di struttura della norma giuridica come “giudizio ipotetico”, ciò significa che «Se A, fattispecie condizionante, deve essere B, conseguenza giuridica condizionata». In questa logica, la “sanzione giuridica” è dunque una “specie” del “genere” “conseguenza giuridica” (o “effetto giuridico”)<sup>99</sup>, che si caratterizza contenutisticamente, sempre, qualunque sia la sua ulteriore “natura” e “funzione”, per essere un *quid* “sfavorevole” per chi la subisce, ossia, in ultima analisi, un “male”<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Art. 39 c.p.: «REATO: DISTINZIONE FRA DELITTI E CONTRAVVENZIONI – I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, *secondo la diversa specie delle pene* per essi rispettivamente stabilite *da questo codice*», in particolare dall’art. 17 c.p.

<sup>98</sup> Retro cap. I, 2.

<sup>99</sup> A tale conclusione si può pervenire, sempre ovviamente che non si ritenga – da una prospettiva di teoria generale della norma – che *unica* “conseguenza giuridica” possa essere una “sanzione”. In questa logica, tutte le “disposizioni” che sembrano prevedere una *diversa* conseguenza giuridica non avrebbero allora, in realtà, *nessuna autonomia*, posto che si limiterebbero a contribuire alla individuazione dell’unica “norma” qualificabile come “giuridica”, fondata sulla situazione soggettiva del “dovere” e che avrebbe come unica conseguenza la “sanzione” (a sua volta, “punitiva” o “esecutiva”). Da non confondere poi, come pure spesso si fa, tra i concetti di “illiceità” (di un “comportamento umano”) e “invalidità” (di un “atto”), il primo comportante una “sanzione” quale conseguenza della violazione di un “obbligo”, il secondo il mancato raggiungimento del risultato utile perseguito, in quanto violazione di un “onere” (vedi anche *infra* nota 100).

<sup>100</sup> Anche se *non* ogni “conseguenza *sfavorevole*” – quando addirittura si sostanzia in un “atto coercitivo” sulla persona – può essere sempre qualificata giuridicamente come “sanzione”: si pensi, ad es., al ricovero coatto in una struttura sanitaria o alla quarantena per evitare il diffondersi di epidemie (di cui un ultimo tragico esempio si ha attualmente con l’imposizione di misure limitative o, addirittura, restrittive della libertà personale a causa della pandemia del c.d. Coronavirus), che, pur essendo conseguenze senz’altro “sentite” come “sfavorevoli” per i rispettivi destinatari determinate da certe situazioni normativamente previste, consistendo in un “male”, non sono tuttavia qualificabili giuridicamente

Nell'ambito della categoria generale della “*sanzione giuridica*”, la prima e fondamentale *distinzione* da operare è quella tra *sanzioni “esecutive”* e *sanzioni “punitive”*, ben conosciuta da tempo dai più importanti teorici generali del diritto<sup>101</sup>, anche se oggi non chiaramente riconosciuta dalla maggioranza degli studiosi di diritto positivo (molti dei quali, specie se civilisti ma non solo, tendono viceversa a identificare *tout court* il concetto di “sanzione”, data la sua intrinseca “afflittività”, con quello di “sanzione punitiva”)<sup>102</sup>. La

come sanzioni (KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 52 ss.; a meno, ovviamente, di non ampliare il concetto di “sanzione” identificandolo *tout court* con quello di “atto coercitivo”). *Sanzione* è dunque propriamente *solo la conseguenza sfavorevole espressamente qualificata come tale* dall'ordinamento. Logicamente inconsistente è poi il concetto di “sanzione premiale”, trattandosi di un *evidente ossimoro* laddove si riconosca, correttamente come abbiamo detto, che la “sanzione” è comunque una “conseguenza giuridica *sfavorevole*” e quindi un “male” per chi la subisce; ovvero, non accettando questa premessa, del tutto inutile dal momento che allora il concetto di “sanzione” finirebbe per identificarsi, sia pure parzialmente, con quello di “conseguenza giuridica”. A ciò si aggiunga come la figura giuridica della “sanzione premiale” è, a sua volta, frutto di una vera e propria confusione concettuale tra le situazioni giuridico-soggettive passive di “obbligo” e “onere”: la c.d. sanzione premiale – che sarebbe meglio chiamare “premio” *tout court* – è infatti niente altro che il “risultato favorevole” che l'ordinamento stabilisce e tutela come “conseguenza” del volontario adempimento di un “onere”. In particolare, si pensi alle c.d. sanzioni premiali previste dall'ordinamento penitenziario come “risultati favorevoli” – *rectius*: “vantaggi” o “benefici” – di cui fruisce il condannato in espiazione di pena detentiva per i “progressi” compiuti nel corso del c.d. trattamento penitenziario. Confusione tra le situazioni giuridico-soggettive passive di “obbligo” ed “onere” che finisce altresì inevitabilmente, a sua volta, col determinare in modo esattamente simmetrico la confusione tra i concetti di “illiceità” e di “illegittimità” (il che avviene, non a caso, quando si continua a qualificare la “nullità” degli atti come “sanzione”: si pensi alle c.d. “sanzioni processuali”, così qualificate impropriamente dallo stesso codice di procedura penale all'art. 124 comma 1 c.p.p., ma anche alla “annullabilità” dei contratti). Occorre tuttavia comunque sottolineare come definire la sanzione, e in particolare la pena criminale, come un “male” (così come definire, specularmente, come un “male” il suo presupposto, ossia l'“illecito”) non implica assolutamente alcuna connotazione “morale”. In particolare, sul processo di “laicizzazione” del diritto penale vedi *infra* cap. V, 6.

<sup>101</sup> Per tutti si vedano THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 25 ss. e KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 130 ss. (che distingue tra “esecuzione” e “pena”).

<sup>102</sup> “Punitiva” cioè nel senso di sanzione avente un “contenuto” di per sé intrinsecamente ed esclusivamente “afflittivo”; vedendosi viceversa nel “risarcimento del danno *patrimoniale*” solo un *meccanismo meramente “compensativo”* di “riequilibrio” fra patrimoni e dunque solo una “*misura ripristinatoria*”. Nell'ambito della dottrina penalistica, si veda la particolare posizione di Pagliaro che, proprio in considerazione della sua natura “afflittiva” (e non “riparativa”), qualifica senz'altro il “risarcimento del danno *non patrimoniale*” non solo – il che sarebbe dommaticamente corretto – come “sanzione punitiva”, *ma addirittura come vera e propria “sanzione penale”* (al fianco delle pene criminali e delle misure di sicurezza) (PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 21, 670, 721-722). Anche nella dottrina tedesca vi sono autori che si muovono sostanzialmente in una direzione analoga, affermando che la *Wiedergutmachung*, ossia il risarcimento del danno come sua riparazione, anzitutto “*patrimo-*

*sanzione "esecutiva"*<sup>103</sup> – che può logicamente assumere le modalità della "*cessazione del comportamento illecito*" (laddove tuttora *in corso*: si pensi ad es. al c.d. illecito "permanente"<sup>104</sup>) e della "*rimessione in pristino*" attraverso la "*elimina-*

*niale*", dovrebbe costituire un "nuovo modello", se non addirittura una "terza via" (accanto alla pena e alla misura di sicurezza), di "sanzione", da utilizzare come "risposta al reato" in quanto, nonostante la sua natura originariamente "civile", sarebbe di per sé anche idonea a soddisfare le finalità proprie della pena criminale (avendo anche un effetto di "risocializzazione", dal momento che può condurre a una "riconciliazione" tra autore e vittima del reato) e quindi potendo alla fine considerarsi già in astratto "sostitutiva" della pena criminale (conformemente al principio di "sussidiarietà"): in questo senso ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 47. Idea da non confondere con quella che già oggi vede nel risarcimento del danno uno dei presupposti per l'estinzione del reato e quindi della punibilità (sia pure nei soli casi previsti dalla legge): infra cap. V, 4. La distinzione tra "sanzioni punitive" (non necessariamente di natura formalmente "penale-criminale") e "misure ripristinatorie" è attualmente accolta dalla giurisprudenza europea, in particolare della Corte EDU (Corte EDU, 7 luglio 1989, n. 10873/84, *Tre Traktörer AB c. Svezia*, § 59, precisando che non si configurano come "penali", nel significato convenzionale del termine, quelle misure che soddisfano pretese risarcitorie o che sono essenzialmente dirette a ripristinare la situazione di legalità, restaurando l'interesse pubblico leso).

<sup>103</sup> Così denominata perché tende ad "eseguire", meglio: a "dare esecuzione", sia pure tardivamente e anche contro la volontà del destinatario, al "contenuto" del precetto violato attraverso la commisione dell'illecito, permettendo di raggiungere quindi, sia pure tardivamente, lo stesso risultato perseguito dal legislatore attraverso la previsione originaria del comando o divieto.

<sup>104</sup> Anche se, nel reato "permanente" (ma lo stesso dovrebbe valere, *mutatis mutandis*, anche per il c.d. reato "abituale"), emerge comunque la necessità logica dell'applicazione *anche di una sanzione "punitiva"* per il periodo in cui è durata la condotta illecita (prima della sua cessazione e *già integrativa* del reato; per la distinzione tra "realizzazione" e "consumazione" nel reato permanente GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 111-114; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 469-471). In questa logica, si spiega poi probabilmente anche l'idea che il reato permanente sarebbe strutturato su una condotta "plurima": prima di "azione", poi di "omissione" (ad es., nel caso del sequestro di persona, si avrebbe dapprima la violazione del "divieto" di privare taluno della sua libertà personale e successivamente la violazione del "comando" di rimetterlo in libertà). In realtà, a ben vedere, l'idea di un secondo "obbligo", "*positivo*", di "cessare dal comportamento illecito", ad es. nel delitto di cui all'art. 630 c.p. *restituendo la libertà* al sequestrato, sarebbe, a ben vedere, contenuto non dell'originario "dovere di astensione" dalla condotta illecita (e quindi di un obbligo di "non fare"), la cui violazione integra il "fatto di reato permanente" (caratterizzato dalla circostanza che la condotta illecita "perdura nel tempo"), ma, *una volta realizzato il reato*, contenuto della "sanzione esecutiva" di "cessare dal comportamento illecito". In generale, sul concetto di "inibitoria" come "ordine in cessazione" da un comportamento illegittimo/illecito ancora in atto emanato dal giudice, si veda, nella dottrina civilistica-comparatista, Frignani (cit. in nota 884). "Ordine del giudice" la cui "inosservanza" potrebbe essere, a sua volta, penalmente sanzionata, dando luogo ad un reato di "*omissione propria*". Si pensi, ad es., all'obbligo imposto dal giudice ai sensi dell'art. 28 legge 20 maggio 1970 n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori) ad un datore di lavoro di reintegrare un lavoratore illegittimamente licenziato per la sua attività sindacale, obbligo quindi di "fare", tuttavia non adempiuto nel termine impli-

zione degli effetti” del comportamento illecito già, anche se (solo) parzialmente, *realizzato* – presenta una “preminenza logica” in funzione della “reintegrazione dell’ordine giuridico violato” rispetto alla categoria delle sanzioni “punitive”. Sarebbe infatti intrinsecamente illogico, e *sostanzialmente “disfunzionale”* rispetto allo “scopo politico” di volta in volta perseguito attraverso la previsione di una “regola di condotta”, un ordinamento che, nonostante il mancato adempimento dell’obbligo da parte del suo destinatario, non favorisca comunque, *fin dove fosse ancora materialmente o giuridicamente possibile*<sup>105</sup>, il perseguimento dello stesso risultato per cui il legislatore ha posto la norma violata. Ciò, al di là della cessazione del comportamento illecito se tuttora in corso, sia attraverso l’adempimento spontaneo (meglio: volontario) di un obbligo di “eliminazione degli effetti” dell’illecito realizzato<sup>106</sup>, obbligo che ha “sostituito” quello rimasto inadempito<sup>107</sup>, da parte del suo

---

citamente previsto dalla legge, ossia *statim*, inadempimento a sua volta penalmente sanzionato ai sensi dell’art. 650 c.p.: qui, consumato il fatto illecito “omissivo” di “inosservanza del provvedimento dell’autorità” ex art. 650 c.p. l’obbligo di reintegrare comunque il lavoratore nonostante la commissione del reato costituisce contenuto della “sanzione esecutiva” di “cessazione dal comportamento illegittimo/illecito”, non essendo venuto meno l’interesse normativo ad un adempimento sia pure tardivo dell’obbligo di reintegrazione. Trattandosi però di un nuovo “obbligo di fare” sia pure di contenuto identico a quello originariamente rimasto inadempito (infra cap. V, 3 e note 896, 897 e 898), sarebbe forse dommaticamente più corretto parlare in questo esempio, anziché di “cessazione dal comportamento illecito” – formula più adeguata, come abbiamo visto, nei confronti dei reati “permanenti”, caratterizzati dal “perdurare” nel tempo di un’unica condotta illecita – di “eliminazione degli effetti” del reato realizzato; sanzione “esecutiva” rappresentata da una nuova condotta, “antagonista” rispetto a quella costitutiva del reato, reato “istantaneo”, in quanto già definitivamente “consumato” con la scadenza del termine di osservanza del provvedimento del giudice, anche se ad “effetti permanenti” tuttavia successivamente “eliminabili” dal reo. Preferisce, più correttamente, parlare, piuttosto che di reati “istantanei ad effetti permanenti”, di reati ad effetti “eliminabili” e “non eliminabili” GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 43 nota 2. Per questa problematica della “sanzione esecutiva” con riferimento specifico al “reato abituale” vedi infra nota 913.

<sup>105</sup> Il conseguimento ritardato di un certo risultato, *pur materialmente ancora possibile*, potrebbe infatti non avere più alcuna rilevanza giuridica, *non corrispondendo ulteriormente ad alcun “interesse” giuridicamente apprezzabile* per il suo beneficiario: si pensi ad es., in materia contrattuale, all’inutile decorso del termine essenziale per l’adempimento nell’interesse dell’altra parte (art. 1457 c.c.) (per tutti, M. GIORGIANNI, *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 1975, p. 87 ss.).

<sup>106</sup> Ovvero anche, come abbiamo visto (retro nota 104), di “cessazione del comportamento illecito” se tuttora in corso, come nei reati “permanenti”.

<sup>107</sup> Nuovo “obbligo” di “eliminazione degli effetti” dell’illecito già compiuto, quindi obbligo di “fare”, che – come detto – a seconda dei casi potrebbe assumere le forme della c.d. “cessazione del comportamento illecito” (nei reati permanenti) e/o di “rimessione in pristino” della situazione antecedente la commissione dell’illecito (nei reati istantanei). Sul

destinatario (come ad es. quello avente come contenuto il risarcimento del danno patrimoniale ovvero la demolizione di un fabbricato costruito in violazione di un precedente obbligo di “non fare” contrattuale o legale)<sup>108</sup>; sia, in caso di inadempimento anche del nuovo obbligo (sostitutivo), attraverso una sua “esecuzione forzata”, nonostante la (e quindi a prescindere dalla) eventuale contraria volontà del suo destinatario<sup>109</sup>.

La sanzione “punitiva” costituisce, a sua volta, l’unico strumento normativo logicamente ipotizzabile quando, dopo la commissione di un illecito<sup>110</sup>, non sia più materialmente o giuridicamente possibile il raggiungimento, sia pure tardivo, del risultato che l’ordinamento voleva perseguire attraverso l’imposizione di un obbligo (e quindi il suo adempimento volontario da parte del suo destinatario)<sup>111</sup>. In tal caso, non essendo più possibile *ex post facto* – per defini-

---

punto vedi *amplius* cap. V, 3 e note 896, 897 e 898.

<sup>108</sup> Si noti come l’“obbligo di fare”, avente come contenuto l’adempimento di una “sanzione esecutiva”, potrebbe anche non “sostituire” un precedente obbligo rimasto inadempito laddove detta sanzione non conseguisse ad un “illecito” ma, più genericamente, ad un fatto qualificabile come “antigiuridico” (sulla distinzione, stipulativa, tra fatto illecito e fatto antiggiuridico vedi infra cap. I, 17): si pensi ad es. all’obbligo del risarcimento a carico del datore di lavoro per un danno arrecato nell’esercizio delle sue incombenze da parte di un lavoratore alle sue dipendenze (art. 2049 c.c., che prevede un tipico caso di responsabilità “funzionale” e “da posizione”).

<sup>109</sup> Si tratta di una delle manifestazioni della c.d. “coattività” che rappresenta un carattere essenziale di qualunque ordinamento giuridico (considerato *nel suo insieme*, e non nelle singole norme che lo costituiscono). Sul punto si veda KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 45 ss. e ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 18-19, che qualifica *tout court* il “diritto” come “ordinamento coercitivo”; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Soc. Ed. “Foro italiano”, 1940, pp. 79-80; F. MODUGNO, voce *Norma (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 345-349. Anche se in posizione critica, fondamentali le considerazioni di A. E. CAMMARATA, *Sulla c.d. «coattività» delle norme giuridiche (1934)*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 319-344.

<sup>110</sup> E non dopo la realizzazione di un qualunque fatto “antigiuridico”. Nel senso che, in presenza di una sanzione “punitiva”, il suo presupposto deve essere correttamente qualificato – sia pure in via stipulativa – non, genericamente, come fatto “antigiuridico”, ma, più specificamente, come fatto “illecito”, in quanto basato su un “comportamento umano” normativamente qualificabile come “azione” od “omissione” in funzione del contenuto dell’obbligo giuridico violato, rispettivamente di “non fare” e di “fare”, vedi infra cap. I, 17.

<sup>111</sup> Ossia quando non ci sono conseguenze “eliminabili” *ex post facto* da parte dell’autore dell’illecito (ad es., la morte nel delitto di omicidio o l’essere passato col semaforo rosso quale illecito amministrativo). Ovvero quando, pur essendo possibile una *restitutio in integrum* con riferimento agli effetti “materiali” del fatto illecito, le modalità del comportamento illecito, non potendo essere eliminate una volta realizzate, sono comunque da ritenere di per sé socialmente intollerabili e quindi di per sé “meritevoli” di una “sanzione punitiva”.

zione – rimettere le cose nel pristino stato, l'unica strada logicamente ipotizzabile è allora “*prevenire*” l’*illecito stesso* attraverso la “*minaccia*” di applicazione di una “*sanzione*” in caso di sua commissione<sup>112</sup>; sanzione che incida

Ciò avviene, ad es., quando si usa violenza o minaccia per impossessarsi di una cosa mobile altrui: con la integrazione di un delitto di rapina, in realtà, c'è comunque un “illecito” (meglio: una “*frazione*” dell’illecito, nel nostro caso la violenza privata) che, una volta realizzato, sia pure per le sole “modalità dell’offesa” che lo caratterizzano *non* può essere più oggetto di sanzione esecutiva, ma solo di sanzione punitiva; onde, anche qui, si tratta di impossibilità – *sia pure parziale* – di pervenire *ex post* allo stesso risultato voluto dalla legge. Si noti, infine, come detta impossibilità, oltre che *materiale* e quindi “ontologica”, possa essere *anche solo “giuridica”*: si pensi al classico esempio della cantante contrattata per esibirsi in occasione di un certo evento; in caso di sua mancata prestazione nel termine contrattato, non sussiste più la possibilità dal punto di vista “giuridico” di un c.d. “adempimento tardivo” essendo venuto meno l’*interesse* dell’altro contraente alla prestazione stessa (art. 1457 c.c.: vedi retro nota 105). In questa stessa logica si muove anche l’art. 1453 c.c., laddove, nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempia alle sue obbligazioni, l’altro contraente può chiedere, anziché *tout court* la “risoluzione” del contratto, anzitutto il suo “adempimento”, ossia l’applicazione della sanzione “esecutiva” della “cessazione del comportamento illecito” o, forse meglio (vedi retro nota 104), della “eliminazione degli effetti” dell’illecito omissivo istantaneo già realizzato, evidenziando anche in questo caso non solo la “preminenza” della sanzione “esecutiva” rispetto a quella “punitiva” (infra nel testo), ma, all’interno dello stesso “genere” “sanzione esecutiva”, la “preferenza” dell’ordinamento per la sanzione esecutiva “in forma specifica” piuttosto che per quella “per equivalente” (come il risarcimento del danno patrimoniale). Opzione tra “adempimento” e “risoluzione” del contratto, ovviamente, laddove, nonostante l’inadempimento ossia la commissione dell’illecito (civile), sia sempre *ancora materialmente e giuridicamente possibile* il raggiungimento sia pure tardivo dello stesso risultato pratico perseguito dall’ordinamento attraverso la tutela del contratto.

<sup>112</sup> Ovvio che la “minaccia” di applicazione della sanzione “punitiva” in caso di commissione dell’illecito va propriamente intesa, *secondo gli “schemi medi” propri del diritto*, come “*astratta idoneità*” della previsione della sanzione punitiva, per il suo “contenuto afflittivo”, *a funzionare come “minaccia”*, al di fuori dunque di qualunque concreto “psicologismo” e quindi a prescindere dalla circostanza che essa sia stata effettivamente “sentita” come tale in concreto; per cui, *a fortiori*, non è neppure necessaria la conoscenza della “punibilità” del fatto (per tutti ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 588-589), a differenza della conoscenza o conoscibilità della sua antigiuridicità penale (infra cap. III, 2.4 lett. b). Sanzione “punitiva” minacciata che, in caso di realizzazione dell’illecito, deve essere – in mancanza di situazioni di “estinzione della punibilità” sopravvenute – effettivamente anche applicata ed eseguita (a garanzia sia della “serietà e credibilità” dell’ordinamento, sia, soprattutto, della “certezza del diritto”: infra cap. III, 3 e note 329 e 930).

Quanto poi a quella sanzione “originaria” di “intero ordinamento” costituita dalla “impedibilità” (infra cap. II, 3 e nota 422), che, vista dalla prospettiva di chi “reagisce” contro il “pericolo attuale di un’offesa ingiusta”, ossia contro un “illecito” (se basato sul “comportamento” di un aggressore), dà luogo alla “causa di giustificazione” della “legittima difesa”, siamo sicuramente in presenza di una sanzione “punitiva” dal punto di vista della sua “natura giuridica”. La “impedibilità-legittima difesa” *presuppone* infatti (almeno tendenzialmente: vedi infra subito dopo), se diretta contro il “comportamento” di un “ag-

su un “bene” della persona inadempiente<sup>113</sup>, rappresentando quindi per lui

gressore”, comunque la commissione di un “illecito”, dal momento che è *normativamente qualificabile come “illecito” anche la mera realizzazione di una situazione di “pericolo attuale di un’offesa ingiusta”*, in un’ottica quindi – come in tutti i casi di illeciti di “pericolo”, specie se di “pericolo concreto” – di “prevenzione” di un’offesa costituita da un “danno” (sia pure solo sul piano “naturalistico” o, forse meglio, “materiale”: infra nota 550); “funzione preventiva” che è propria, come detto, della sanzione “punitiva” (attraverso la “minaccia” della sua applicazione in caso di commissione dell’illecito, anche solo di “pericolo”). Laddove viceversa la impedibilità-legittima difesa serve a prevenire la realizzazione non di un “illecito” (mancando il “comportamento” di un aggressore), *ma solo di un “fatto antigiuridico”* (si pensi ad es. ad un cane di proprietà altrui che sta per azzannare un bambino), questa sanzione di intero ordinamento, non essendo in questo caso qualificabile come sanzione “punitiva”, ubbidisce però alla *logica* di una sanzione “esecutiva”, posto che tende ad “*eliminare gli effetti*” pericolosi di un “fatto antigiuridico”. Che, in questo caso, l’impedibilità operi come sanzione “esecutiva” trova d’altronde ulteriore conferma, sul piano sistematico, nella circostanza che, laddove dal “fatto antigiuridico” derivi un “danno”, colui che si trova in una particolare “relazione giuridica” con la cosa o l’animale che ha direttamente cagionato detto danno è tenuto al suo risarcimento (artt. 2051-2053 c.c.); “risarcimento del danno patrimoniale” che costituisce, a sua volta, sia pure dal punto di vista della responsabilità civile, una sanzione “esecutiva” (infra nota 115). Per la necessaria distinzione, sia pure solo convenzionalmente accolta in questo lavoro, tra i concetti di “fatto antigiuridico” e “fatto illecito”, data la diversità dei rispettivi presupposti, vedi infra cap. I, 17. Importante è però qui sottolineare come la legittima difesa-impedibilità, in quanto non solo “sanzione di intero ordinamento” ma anche “sanzione naturale” come espressione del “diritto naturale-fondamentale” di “autotutela”, *preesistendo* agli ordinamenti positivi (che si limitano a “riconoscerla” e “riceverla”: TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*. XIV Colloquio Giuridico Internazionale, a cura di G.L. Falchi e A. Iaccarino, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2012, p. 798), non valga a qualificare il fatto illecito o antigiuridico come penale, civile o amministrativo; ma al contrario, sia essa sanzione “punitiva o “esecutiva”, in quanto “di intero ordinamento”, *presupponga* per la sua operatività un fatto *già qualificato* come illecito o antigiuridico alla stregua del diritto positivo.

<sup>113</sup> I “beni” della persona fisica sui quali può incidere una “sanzione punitiva” sono, teoricamente, in una ideale e astratta “scala decrescente” di importanza (e quindi di “gravità” della stessa sanzione), la vita, l’integrità fisica o psichica, la libertà personale (di locomozione), l’onore, le capacità giuridiche o di agire, il patrimonio (da intendere, restrittivamente, in senso solo economico). Oggi però, alla stregua di espresse disposizioni costituzionali e dei trattati internazionali (vedi infra cap. III, 2.4 lett. c), una sanzione punitiva *non può legittimamente “aggreddire”*, e quindi avere come contenuto, i beni della vita, dell’integrità fisica e dell’onore. Per cui il bene più importante su cui, nell’ordinamento giuridico italiano e in genere (salvo in alcuni Stati degli U.S.A.) in quelli appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, può legittimamente incidere una sanzione punitiva è la libertà personale; il che spiega perché la “pena criminale” costituisce la sanzione “più grave” dell’ordinamento cui ricorrere pertanto, in via “sussidiaria”, *solo* come *extrema ratio* di tutela (infra nota 355 e subito dopo in questa stessa nota).

Quanto poi alla ragione per cui la pena privativa (o anche solo limitativa) della libertà personale, in particolare quella detentiva carceraria, debba anche ritenersi – in positivo – *l’unica “sanzione criminale” (principale) costituzionalmente legittima*, tale ragione va individuata

una “pena” da intendere come sinonimo specifico di “afflizione”. La “prevenzione dell’illecito” costituisce pertanto la “funzione logica”, e quindi ineliminabile, di qualunque sanzione “punitiva”, da intendere, in particolare, come “prevenzione generale negativa” mediante “intimidazione” del destinatario del comando o del divieto<sup>114</sup>.

nella circostanza che, se il diritto penale (di cui la “pena criminale” costituisce lo strumento di attuazione) può legittimamente intervenire *ex art.* 13 comma 2 Cost. solo come *extrema ratio* di tutela, ne consegue logicamente che solo la pena detentiva, in quanto la più grave sanzione cui l’ordinamento può attualmente ricorrere, deve ritenersi *adeguata* a fronteggiare i fatti “sentiti” come *i più gravi* dalla società in un dato momento storico in quanto offensivi delle “condizioni minime” della sua esistenza e quindi ritenuti assolutamente “intollerabili” nella prospettiva del mantenimento della “pace sociale”; solo dunque fatti gravissimi che, in ottemperanza al principio del diritto penale come *extrema ratio* di tutela, dovrebbero costituire la “materia” del diritto penale-criminale (in senso stretto), adeguatamente prevenibili, per il principio di “sussidiarietà” (anch’esso di rango costituzionale, in quanto espressione del principio di *extrema ratio*), solo attraverso la più grave delle sanzioni, appunto la pena detentiva. Breve: la “graduazione” della “gravità” delle sanzioni punitive legittimamente utilizzabili non può che fondarsi anzitutto sulla “rilevanza” sociale e giuridica del “bene” da tutelare (attraverso la “minaccia” di applicazione della sanzione). Sulla incongruenza del mantenimento nel sistema penale delle pene pecuniarie come pene principali “esclusive” vedi le osservazioni svolte *infra* nota 323 e cap. V, 2.

<sup>114</sup> Se dunque la sanzione “punitiva” svolge la sua “funzione logica” di “prevenzione generale negativa” attraverso la “intimidazione” dei suoi potenziali “destinatari”, ne consegue che “destinatari” di questo tipo di sanzione possono essere solo soggetti *potenzialmente* (ossia “in astratto”) in grado di comprendere la “minaccia” della sua applicazione e conseguentemente di lasciarsene “motivare”; ossia *i soli* soggetti “capaci di intendere e di volere” e quindi *normativamente* qualificabili come “imputabili” (sulla “imputabilità” da intendere propriamente come “fondamento” della normale “motivabilità” dei soggetti capaci di intendere e di volere, e quindi dotati di c.d. “libero arbitrio”, vedi retro cap. I, 4; in dottrina, tra i tripartiti, identifica senz’altro la “colpevolezza” su cui si fonda il giudizio di “riprovevolezza” per il fatto commesso con la “motivabilità” dell’autore dell’illecito, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 70 ss.). Dove un grave problema non solo politico-criminale ma anzitutto costituzionale (alla luce del principio di “ragionevolezza”) si pone per i casi di soggetti *naturalisticamente* in tutto o in parte “incapaci” di intendere o di volere, ma comunque *normativamente* “imputabili” e quindi “punibili”, il che avviene nell’ordinamento italiano (si pensi ad es. all’ubriaco sul piano naturalistico totalmente incapace di intendere e/o di volere al momento della commissione del reato, ma considerato normativamente imputabile ai sensi dell’art. 92 comma 1 c.p.).

Quanto detto sulla “destinatarietà” della “sanzione punitiva”, limitata ai soggetti “imputabili”, non entra, com’è evidente, in contraddizione con la struttura di “imperativo” che caratterizza la “norma incriminatrice” (meglio: con l’imperativo che si ricava interpretativamente dalla “fattispecie condizionante” che costituisce l’ambito di validità “materiale” della norma incriminatrice) e di cui sono “destinatari” *anche* i soggetti “non imputabili”. Come già evidenziato infatti, affinché una norma possa essere considerata come “imperativo” è sufficiente che sia semanticamente “formulata in modo tale da potere funzionare come comando” (Gallo, che riprende sul punto Olivecrona: retro nota 37). Così, ad es, il “di-

Essendo presenti sanzioni “punitive” (come *anche* sanzioni “esecutive”) *in ogni settore dell’ordinamento giuridico* (dunque, non solo nel diritto penale ma anche in quello civile e amministrativo)<sup>115</sup>, la “pena criminale” può essere

vieto” di cagionare volontariamente la morte di un uomo, ricavabile dalla disposizione dell’art. 575 c.p., prescinde dalla effettiva “capacità” del singolo agente di adeguarsi nella situazione concreta a questo contenuto precettivo e indipendentemente dal suo concreto adempimento. Per cui *non è necessario che il suo destinatario sia un soggetto “imputabile”* (nel senso di capace di intendere e di volere sul piano naturalistico); con la conseguenza, a sua volta, che il “fatto di reato” quale “illecito” che si sviluppa da un comportamento umano in violazione di un “imperativo” – comando o divieto – può essere realizzato *indifferentemente* da un soggetto imputabile o non imputabile.

A ciò si aggiunge l’ulteriore considerazione che non vi è neppure corrispondenza “biunivoca” tra “illecito” e “sanzione punitiva”: nel senso che, se è vero che non ci può logicamente essere “sanzione punitiva” se non come conseguenza di un “illecito” (e non di un generico “fatto antiggiuridico”: *infra* cap. I, 17), non è tuttavia vero il contrario, posto che ci può essere un “illecito” che ha come conseguenza (non una “sanzione punitiva” ma) una “sanzione esecutiva”: si pensi ad es. al risarcimento del danno patrimoniale, sanzione esecutiva civile prevista come conseguenza dell’“illecito civile” di cui all’art. 2043 c.c.

Con specifico riferimento al diritto penale, importante è poi evidenziare come, perché la “minaccia” della pena criminale possa effettivamente “motivare” il potenziale autore di un “fatto di reato” affinché si astenga dalla sua commissione, occorre anche logicamente la preventiva possibilità di conoscenza (= conoscibilità) dell’“obbligo” penalmente sanzionato; il che vale altresì per i soggetti “non imputabili”, posto che il parametro alla stregua del quale valutare la conoscibilità del disvalore penale del fatto è assolutamente “oggettivo” (*infra* cap. III, 2.4 lett. b). Detto sinteticamente, se nessuno può rappresentarsi la rilevanza penale di un certo fatto, si deve *a fortiori* escludere che la “minaccia” dell’applicazione della pena prevista per quel reato possa, sia pure in astratto, “motivare” un soggetto capace di intendere e di volere.

<sup>115</sup> Schematizzando e in via di prima approssimazione, nell’ambito del “genere” sanzioni “punitive”, sono sanzioni “punitive-criminali” quelle previste dall’art. 17 c.p. (e dall’art. 22 c.p.m.p) e le “pene accessorie” (art. 19 c.p.); sanzioni “punitive amministrative” le “sanzioni amministrative pecuniarie” (art. 19 legge n. 689/1981) e le “sanzioni amministrative accessorie” (art. 20 legge n. 689/1981, ad eccezione della confisca; per le sanzioni amministrative previste per la violazione di norme tributarie, pecuniarie ed accessorie, si veda l’art. 2 d. lgs. 18 dicembre 1997 n. 472) (sanzioni amministrative di carattere generale, in quanto tendenzialmente applicabili a tutti i consociati) e le sanzioni disciplinari (applicabili solo sulla base di un rapporto “speciale” con la pubblica amministrazione); sono infine sanzioni “punitive civili” le “pene private” (come le c.d. penalità di mora), il risarcimento del danno non patrimoniale e le sanzioni civili pecuniarie, attualmente previste per alcuni illeciti depenalizzati. Sanzioni punitive civili sono infine anche le pene disciplinari previste nei rapporti di lavoro subordinato. Quanto al “genere” sanzioni “esecutive”, sono sanzioni esecutive criminali alcuni casi di confisca e (anche se non formalmente qualificata come sanzione) l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (*infra* cap. I, 7); sono sanzioni amministrative esecutive alcune forme di confisca amministrativa e tutte quelle sanzioni che comportano una remissione in pristino (come ad es. la demolizione di un edificio in mancanza del “permesso di costruire” ai sensi dell’art. 10 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, Testo Unico dell’edilizia); sono sanzioni esecutive civili il risarcimento del

allora normativamente qualificata come *species* del *genus* “sanzione punitiva”; anzi, per il principio che vede nel diritto penale la *ultima ratio* di tutela dell’ordinamento giuridico e nella sanzione privativa della libertà personale – in cui, in via diretta o mediata<sup>116</sup>, si sostanzia la pena criminale – la *più incisiva* tra le sanzioni *legittimamente* ipotizzabili (e quindi utilizzabili)<sup>117</sup>, la “pena cri-

danno patrimoniale e le restituzioni.

<sup>116</sup> Che dietro la “pena pecuniaria” di natura criminale (multa o ammenda: art. 18 c.p.) incomba *sempre* una sanzione quantomeno “limitativa” se non addirittura senz’altro “restrittiva” della libertà personale trova conferma nella disciplina legislativamente prevista dagli artt. 102-108 legge 24 novembre 1981, n. 689, “Modifiche al sistema penale”, anche dopo le profonde innovazioni apportate dal d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia), per il caso della pena pecuniaria *non eseguita per insolvibilità del condannato* cui oggi si aggiunge anche il semplice *mancato pagamento volontario* della pena pecuniaria. Dopo la declaratoria di incostituzionalità dell’originario art. 136 c.p., che stabiliva *tout court* la conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato nella pena detentiva della specie corrispondente (Corte cost., sent. 21 novembre 1979, n. 131), l’art. 102 delle legge n. 689/1981 nella sua versione originaria prevedeva che la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato venisse “convertita” dapprima in “libertà controllata” o in “lavoro sostitutivo” (“pene” – come esplicitamente le definiva anche la rubrica dell’originario art. 108 legge cit. – solo “limitative” della libertà personale) e, in caso di inosservanza delle prescrizioni ad esse inerenti, in pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena pecuniaria insoluita originariamente inflitta (reclusione o arresto) (originario art. 108 legge cit.) e quindi, ancora una volta, in una pena totalmente “restrittiva”, e dunque “privativa”, della libertà personale. Attualmente, dopo le profonde modifiche apportate dal sopra citato d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia) alla legge 24 novembre 1981 n. 689 (in particolare con riferimento alla disciplina delle sanzioni sostitutive e delle pene pecuniarie), i nuovi artt. 102 e 103 stabiliscono che la pena pecuniaria non eseguita, a prescindere dalla solvibilità del condannato, si converta dapprima in una delle nuove “pene sostitutive” (nuovi artt. 53 ss. legge cit.) e successivamente, in caso di inosservanza delle prescrizioni ad esse inerenti, nella pena detentiva della specie corrispondente alla pena pecuniaria sostituita e dunque in pene, ancora una volta, “privative” della libertà personale (nuovo art. 108 legge cit.). Sul punto vedi *amplius* infra nota 387.

<sup>117</sup> Alla stregua della Costituzione e dei Trattati internazionali ratificati dall’Italia, *non* sono più *legittimamente* ipotizzabili (e quindi “*validamente*” introducibili: infra cap. III, 2.4 lett. c) e nota 936), come “tipologie sanzionatorie”, la pena di morte, le pene che incidono sull’integrità fisica (corporali) o psichica dell’autore dell’illecito e le pene che hanno direttamente ad oggetto il suo onore (come ad es. la gogna e la berlina, posto che, *indirettamente*, ogni pena criminale e il processo con cui viene applicata, per la “stigmatizzazione sociale” che inevitabilmente comporta, incide comunque sull’onore del suo destinatario). Quanto al divieto della pena di morte, si vedano gli artt. 27 comma 4 Cost. («Non è ammessa la pena di morte», oggi nell’ordinamento italiano *in modo assoluto*, anche per i delitti previsti dalle leggi penali militari di guerra, a differenza di quanto era previsto nella formulazione originaria di questa disposizione costituzionale: infra note 119 e 580), il Protocollo Addizionale n. 6 CEDU (art. 1: «La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né giustiziato»), il Protocollo Addizionale n. 13 CEDU (art. 1: «La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né giustiziato»); sul divieto

minale” rappresenta il *modello sanzionatorio “più severo”* nell’ambito delle “sanzioni punitive” (e delle sanzioni giuridiche in genere). A sua volta, l’unico modo dommaticamente corretto per *individuare la “natura giuridica” di una sanzione “punitiva”* – se penale, civile o amministrativa –, da cui dipende correlativamente, come abbiamo visto, la individuazione della “natura giuridica” dell’“illecito” che ne costituisce il presupposto (ossia, in genere, uno degli elementi della fattispecie condizionante), rimane il ricorso ad un “*criterio strettamente formale*”, addirittura – si potrebbe dire – “*nominalistico*”: nel senso che la *natura giuridica* di una sanzione – in particolare “punitiva” – dipende dal *nomen iuris* con cui il legislatore *la qualifica espressamente*, se cioè sanzione penale, civile o amministrativa<sup>118</sup>. In particolare, costituiscono

---

di pene corporali o che incidono sull’integrità psichica della persona, si vedano l’art. 27 comma 3 Cost. («Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità ... »; *adde*, indirettamente, l’art. 13 comma 4 Cost., a tenore del quale «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»), e, in modo ancora più specifico, l’art. 3 CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani e degradanti»), l’art. 7 Patto internazionale sui Diritti civili e politici («Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti») e l’art. 4 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»). Sulla ragione per cui la pena privativa o comunque limitativa della libertà personale deve essere oggi considerata l’unica anche legittimamente ipotizzabile nel diritto penale alla luce dell’art. 13 comma 2 Cost., in quanto espressione dei principi di “*extrema ratio*” e di “sussidiarietà”, vedi retro nota 113.

<sup>118</sup> Al fine di individuare la “natura giuridica” di una sanzione (se penale, civile o amministrativa), *non* sono viceversa utilizzabili criteri “sostanziali” a causa della loro non definitività e quindi della loro inidoneità rispetto allo scopo, come il ricorso ad un criterio che faccia riferimento alla “struttura” o al “contenuto” della sanzione ovvero alla “natura giuridica del procedimento” attraverso cui la sanzione è applicata. Inutilizzabile è anzitutto il criterio della “struttura” o del “contenuto” della sanzione, secondo cui, mentre la sanzione civile o amministrativa avrebbe contenuto patrimoniale, la sanzione penale inciderebbe su beni “personalissimi”, *in primis* la libertà personale. Questa tesi non può essere accolta in quanto, in primo luogo, anche la sanzione penale criminale può incidere direttamente sul patrimonio del destinatario (come avviene, nell’ordinamento italiano, con le c.d. pene pecuniarie, multa e ammenda: artt. 17 e 18 c.p.). Così come, a sua volta, la sanzione amministrativa può incidere addirittura sulla stessa libertà personale: si pensi, ad es., alle sanzioni previste dall’ordinamento di disciplina militare (come la consegna di rigore) o ai poteri sanzionatori dei comandanti di navi o di aeromobili nei confronti del passeggero che disturba o costituisce comunque fonte di pericolo per la navigazione marittima o aerea; e senza contare le c.d. “misure personali di prevenzione” *ante o praeter delictum*, misure limitative della libertà personale (sorveglianza speciale semplice ovvero con divieto o con obbligo di soggiorno), la cui natura giuridica è – almeno secondo la dottrina tradizionale – qualificata come “amministrativa” (vedi comunque *infra* capp. I, 6 e V, 8 lett. c). Lo stesso discorso deve infine farsi addirittura anche per la sanzione civile: si pensi ad es. all’istituto, anche se ormai scomparso in pressoché tutti gli ordinamenti positivi (ed oggi

esplicitamente proibito, almeno per gli Stati che aderiscono alla CEDU: art. 2 Protocollo n. 4 Addizionale alla CEDU), del c.d. “arresto per debiti”, sanzione direttamente privativa della libertà personale che veniva irrogata in caso di inadempimento contrattuale dal giudice civile come sanzione di natura civile (e abolita in Italia già dal 1877). Allo stesso modo, sulle stesse capacità giuridiche o di agire possono incidere sia le “pene accessorie”, di natura criminale (artt. 28-36 c.p.), sia le “sanzioni amministrative accessorie” (di cui all’art. 20 legge n. 689/1981).

In ultima analisi, ciò significa che ci sono *sanzioni di diversa natura giuridica ma di identico contenuto* (come ad es. il risarcimento del danno, la sanzione amministrativa pecuniaria e le pene pecuniarie criminali – multa e ammenda – che si sostanziano tutte nell’obbligo del pagamento di una somma di denaro; o le pene criminali detentive che incidono sulla libertà personale come la sanzione disciplinare di corpo della consegna di rigore prevista dall’art. 1358 commi 5 e 6 e disciplinata dall’art. 1362 d. lgs. 15 marzo 2010 n. 66, Codice dell’ordinamento militare, per le infrazioni specificamente indicate nell’art. 751 del regolamento). Sempre inutilizzabile, in quanto di per sé non risolutivo, è anche il criterio della natura giuridica del “procedimento” applicativo della sanzione: sanzione penale sarebbe cioè quella applicata dal giudice penale attraverso il procedimento penale, così come sanzione civile o amministrativa sarebbe quella applicata, rispettivamente, dall’organo amministrativo o dal giudice civile attraverso un procedimento amministrativo o civile. A parte il fatto che le sanzioni civili e amministrative, in generale, possono anche essere eseguite spontaneamente dal loro destinatario, senza bisogno di ricorrere ad un procedimento o processo, in particolare esecutivo-coattivo (si pensi al risarcimento del danno), il rischio del ricorso al criterio della natura giuridica del procedimento/processo è quello di avvolgersi in un ragionamento “in circolo” ossia in una tautologia: ciò avviene ad es. quando, da un lato, si dice che la pena criminale è quella che viene applicata attraverso il processo penale e, dall’altro, che il processo penale serve (all’accertamento del reato e) all’applicazione della sanzione penale. Più in particolare poi occorre ricordare come, già alla stregua del nostro diritto positivo, il giudice penale attraverso il processo penale può *direttamente* applicare – in presenza di certi presupposti stabiliti dalla legge – anche le sanzioni civili delle restituzioni e/o del risarcimento del danno (da reato) laddove il soggetto che si assume danneggiato si costituisca parte civile all’interno del processo penale, esercitando la corrispondente azione civile. Così come è sempre il giudice penale attraverso il processo penale che deve applicare la sanzione amministrativa in presenza delle condizioni stabilite dall’art. 24 legge 689/1981, rubricato “Connessione obiettiva con un reato”, secondo cui, «Qualora l’esistenza di un reato dipenda dall’accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il giudice penale competente a conoscere del reato è pure competente a decidere sulla predetta violazione e ad applicare con la sentenza di condanna la sanzione stabilita dalla legge per la violazione stessa». Di più, è *esclusivamente* il giudice penale all’interno del procedimento penale che può applicare la sanzione amministrativa a carico dell’ente per il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da chi riveste una posizione apicale (art. 36 d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231) così come le misure di sicurezza (sulla cui natura giuridica vedi infra capp. I, 6 e V, 8 lett. c) e note 120, 121 e 125). Allo stesso modo è solo il giudice penale attraverso gli strumenti del procedimento penale che può applicare le misure di prevenzione *ante e praeter delictum* (artt. 7 ss. d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159), sicuramente estranee rispetto a ciò che è definibile formalmente come diritto penale.

Si noti tuttavia come anche il criterio meramente “formale-nominalistico” non sia sempre sufficiente, da solo, per identificare la natura giuridica di una sanzione, posto che ci pos-

pene criminali “*principali*”, così definite perché consentono di qualificare il loro presupposto come “reato”, e specificamente come “delitto” o “contravvenzione”, quelle *nominalmente* indicate come tali dal codice penale (nell’ordinamento italiano dall’art. 17 c.p., cui rinvia l’art. 39 c.p.)<sup>119</sup>.

6. *Il problema della natura giuridica delle “misure di sicurezza”: sanzioni penali, sanzioni amministrative o mere misure amministrative di prevenzione del reato?*

Il problema si presenta viceversa in tutta la sua importanza con riferimento alla *natura giuridica delle “misure di sicurezza”*, se da qualificare “sanzioni

---

sono essere sanzioni *non solo di identico contenuto, ma anche aventi lo stesso “nomen iuris”*: si pensi, nell’ordinamento italiano, alla “confisca” che non solo, sia pure all’interno dello stesso sistema penale, è qualificata dal codice penale “misura di sicurezza” (art. 240 c.p.) e da alcune leggi speciali “pena accessoria” (retro nota 55); ma costituisce *anche* “sanzione amministrativa accessoria” (art. 20 legge n. 689/1981). In questo caso, per individuare la natura giuridica di questa sanzione, non bastando il *nomen iuris*, si deve allora fare necessariamente riferimento alla sua collocazione in un determinato testo legislativo; nel senso che, se ad es. è prevista accanto ad altre sanzioni di natura sicuramente amministrativa, si può ragionevolmente ritenere, in via di interpretazione sistematica, che essa abbia la stessa natura (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 6).

<sup>119</sup> Ai sensi dell’art. 39 c.p., «I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice», in particolare dall’art. 17 c.p., a tenore del quale «Le pene principali stabilite per i delitti sono: 1) [la morte]; 2) l’ergastolo; 3) la reclusione; 4) la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: 1) l’arresto; 2) l’ammenda». A sua volta, l’art. 22 c.p.m.p. stabilisce che «Le pene militari principali sono: [1° la morte (oggi definitivamente abolita dall’attuale art. 27 comma 4 Cost. anche per i delitti previsti dalla legislazione penale militare sia di pace che di guerra)]; 2° la reclusione militare. La legge penale militare determina i casi, nei quali, per i reati militari, si applicano le pene comuni dell’ergastolo e della reclusione» (ergastolo che oggi costituisce la pena principale anche per tutti i reati militari per i quali era originariamente prevista la pena di morte, secondo quanto stabilito dall’art. 1 comma 1 legge 13 ottobre 1994 n. 589, a tenore del quale «Per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, la pena di morte è abolita ed è sostituita dalla pena massima prevista dal codice penale»). Si noti tuttavia che, parlando di “pene principali”, il legislatore non vuole affatto fare alcun riferimento a una maggiore “severità” di dette pene rispetto, ad es., a quelle definite come “accessorie”, potendo essere queste ultime, come noto, spesso in concreto ben più “afflittive” per il destinatario delle “principali”. *Tali pene sono infatti definite “principali” solo in quanto consentono appunto di qualificare il loro “presupposto” come “reato” e, in particolare, come “delitto” o “contravvenzione”*. Sull’ampliamento del catalogo delle pene principali alla “permanenza domiciliare” e al “lavoro di pubblica utilità” previste per i reati di competenza del giudice di pace dagli artt. 52-54 d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274, vedi infra note 144 e 674.

penali” (come oggi ritiene la quasi totalità della dottrina)<sup>120</sup> o “sanzioni amministrative” ovvero – conformemente alla volontà del legislatore storico italiano<sup>121</sup> – addirittura (non sanzioni in senso tecnico, ma) semplici “misure preventive” non sanzionatorie di natura amministrativa<sup>122</sup>. Nell’ordinamento italiano, questo problema risulta tuttavia di molto stemperato perché, da un lato, l’intera disciplina delle misure di sicurezza è contenuta nei codici penali sostanziale e processuale e nella legge penitenziaria<sup>123</sup>, per cui nulla potrebbe aggiungersi da una loro eventuale qualificazione come san-

<sup>120</sup> Per tutti, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 4 ss. e 162 ss. Parla di «appartenenza delle misure di sicurezza al diritto penale (o criminale, che dir si voglia)» ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 808-812. Fra i sostenitori della “natura amministrativa” delle misure di sicurezza, per tutti, vedi FROSALI, *Sistema penale italiano*. Parte prima. *Diritto penale sostanziale*, III, Torino, Utet, 1958, p. 358 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Padova, Cedam, 1976, p. 829 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, 4ª ed., Torino, Utet, 1961, p. 213 ss. Decisamente in questo senso anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 811 ss.

<sup>121</sup> Si veda a questo proposito la rubrica del Titolo VIII del Libro I del Codice penale italiano, intitolato appunto «Delle misure amministrative di sicurezza». La formula «misure amministrative di sicurezza» è poi esplicitamente utilizzata nel testo dell’art. 74 comma 1 c.p.m.p., assumendo quindi una precisa portata “normativa” (che dovrebbe essere quindi “vincolante” per l’interprete). Era questa, d’altronde, la tesi sostenuta dagli studiosi fedeli ai postulati ideologici e scientifici della Scuola Positiva, il cui proposito finale era appunto quello di *sostituire integralmente* il sistema delle pene con quello delle misure di sicurezza. Fondamentale, a questo proposito, rimane il Progetto Ferri di Codice penale del 1921 (anche se già espressione di una visione del diritto penale più “moderata” rispetto a quella originaria del fondatore e massimo esponente della Scuola Positiva, Enrico Ferri, le cui idee erano state espresse nitidamente già nella monografia *Sociologia Criminale*, 3ª ed., Roma-Torino-Firenze, Fratelli Bocca, 1892). Come noto, viceversa, l’attuale codice Rocco nasce da un “compromesso” tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva del diritto penale, in particolare ad opera dei rappresentanti della – non a caso definita – “Terza Scuola” (Carnevale, Manzini, Massari; per MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, cit., p. 213 ss., le misure di sicurezza erano misure “amministrative”: retro nota 120).

<sup>122</sup> In una prospettiva di teoria generale, sulla distinzione tra “sanzioni” e semplici “misure preventive” vedi BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., *passim* (vedi anche retro nota 55).

<sup>123</sup> Si ricordi come, originariamente, l’art. 207 comma 3 c.p. conteneva probabilmente l’unica disposizione su cui poteva ragionevolmente fondarsi, *sul piano normativo*, la tesi della natura “amministrativa” delle misure di sicurezza, laddove stabiliva che, «Anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, la misura di sicurezza applicata dal giudice può essere revocata con decreto del Ministro della Giustizia»; comma dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza 23 aprile 1974 n. 110 «nella parte in cui attribuiva al Ministro di grazia e giustizia – anziché al giudice di sorveglianza – il potere di revocare le misure di sicurezza» e poi espressamente abrogato dall’art. 89 ord. penit.

zioni di natura diversa dalla criminale, in particolare amministrativa<sup>124</sup>. Dall'altro, le misure di sicurezza presuppongono – almeno come regola ge-

<sup>124</sup> O meglio, dommaticamente si dovrebbe probabilmente pervenire – invertendo la prospettiva – alla conclusione che, laddove le misure di sicurezza fossero senz'altro qualificabili come “*sanzioni amministrative*” (e non penali-criminali), il “fatto di reato” commesso da soggetto “pericoloso” dovrebbe allora qualificarsi *anche come “illecito amministrativo”* (oltre che penale), dal momento che, come abbiamo detto, è dalla natura della sanzione che si ricava la natura giuridica dell'illecito che ne costituisce il presupposto. Il che potrebbe forse spiegare meglio *anche il sistema del c.d. “doppio binario”* e la conseguente *applicabilità “congiunta”* della pena e della misura di sicurezza nei confronti di un soggetto, autore di un fatto di reato, che sia *contestualmente “imputabile”* (al momento della condotta) e “pericoloso” (al momento del giudizio), essendosi integrate *due diverse fattispecie di responsabilità da reato* (col conseguente “*cumulo*” delle “*sanzioni*”, penale e amministrativa). Ciò non significherebbe affatto però che, se il “fatto di reato” commesso da soggetto “pericoloso” fosse qualificabile *anche come “illecito amministrativo”*, a voler essere coerenti fino in fondo, lo stesso “fatto” acquisterebbe rilevanza penale-criminale come “reato” solo se commesso da soggetto “imputabile” in quanto “punibile”. In realtà, a ben vedere, anche (se non soprattutto) alla stregua della disciplina dettata dal “diritto positivo”, un certo “fatto” è qualificabile come “reato” se *astrattamente sanzionato con una pena criminale* (art. 39 c.p.); e l'art. 202 comma 1 c.p. stabilisce che «Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un *fatto preveduto dalla legge come reato*», ossia *già qualificato aliunde* come “illecito penale” in quanto *originariamente* sanzionato con una pena criminale. A sua volta l'art. 203 comma 1 c.p. dispone che può essere qualificata come «socialmente pericolosa» qualunque persona, “non imputabile” o *anche “imputabile”*; evidenziando così, in modo normativamente preciso e inequivocabile, che tanto l’“imputabilità” quanto la “pericolosità sociale” sono “qualifiche soggettive-personali” *sistematicamente “estranee”* rispetto al concetto di “fatto di reato”. Con la logica conseguenza, allora, che un certo “fatto”, *di per sé già qualificato come “illecito penale”* in quanto di per sé *già astrattamente sanzionato con una “pena criminale”*, può, se commesso da persona “socialmente pericolosa” (non importa se imputabile o non imputabile) – e sempre, ovviamente, muovendo dal presupposto che la “misura di sicurezza” sia una “sanzione amministrativa” (e non criminale) – essere *normativamente* qualificato *altresì come “illecito amministrativo”*. Breve: ritenendo, per ipotesi, che le misure di sicurezza non siano sanzioni penali *ma amministrative*, non si può tuttavia pervenire alla conclusione che lo stesso “fatto” è qualificabile come “reato” se commesso da soggetto “imputabile” e come “illecito amministrativo” se commesso da soggetto “pericoloso”, posto che, da un lato, un fatto è qualificato come illecito penale se *di per sé già astrattamente sanzionato con una pena criminale*, dall'altro, le qualifiche soggettive di “imputabilità” e di “pericolosità sociale” stanno *fuori* dal concetto di “fatto illecito”; con la logica conseguenza, *sul piano del diritto positivo*, che un certo “fatto di reato” se commesso da persona “socialmente pericolosa” dovrebbe essere qualificato *altresì come “illecito amministrativo”* in quanto astrattamente sanzionabile *anche* con “misura di sicurezza”. Il che non fa altro che confermare, anche se da diversa angolazione, quanto già detto (retro cap. I, 1) e quanto vedremo più analiticamente (*infra passim*), ossia che il “fatto di reato” è “elemento costitutivo” di una pluralità di “fattispecie di responsabilità”, diversificabili a seconda della “specie sanzionatoria” per ciascuna di esse rispettivamente prevista in astratto (pena criminale, misura di sicurezza, sanzione civile, sanzione amministrativa dell'ente), condizionando quindi *anche* la individuazione della “natura giuridica” dell’“illecito” (o del mero “fatto antiggiuridico”) che ne costituisce il *presupposto*.

nerale (cfr. l'art. 202 comma 1 c.p.)<sup>125</sup> – la commissione di un fatto *già nor-*

<sup>125</sup> Se l'art. 202 comma 1 c.p. dispone infatti come regola generale che presupposto per l'applicabilità delle misure di sicurezza è la commissione di «un fatto preveduto dalla legge come reato» (oltre la “pericolosità sociale” del suo autore), l'art. 202 comma 2 c.p. prevede viceversa, sia pure nei soli casi *tassativamente* previsti dalla «legge penale» e quindi *in via eccezionale*, la possibile applicabilità di misure di sicurezza *anche* per fatti *non* previsti dalla legge come “reato”. Alla luce di questa disposizione si pone, a mio avviso, il grave problema della “natura giuridica” delle misure di sicurezza (su cui vedi anche retro nota 118), costituendo *il più grosso ostacolo normativo di diritto positivo* alla loro qualificazione *tout court* come “sanzioni penali-criminali”: se infatti, sia pure in casi eccezionali, la previa commissione di un “fatto di reato” *non costituisce sempre e comunque “presupposto” per l'applicabilità della misura di sicurezza* – e non solo l'oggetto del giudizio prognostico di “pericolosità sociale”: arg. ex art. 203 comma 1 c.p., laddove parla di probabilità di commettere «*nuovi fatti previsti dalla legge come reati*» (formula che pertanto non deve essere intesa nel senso che anche il presupposto per l'applicabilità di una misura di sicurezza deve essere sempre un fatto di reato, posto che ciò andrebbe palesemente contro l'art. 202 comma 2 c.p.; ma solo che i “nuovi fatti”, oggetto del giudizio prognostico, debbono essere – soltanto loro! – costitutivi di reato) –, ne consegue logicamente l'impossibilità di qualificare *normativamente* le misure di sicurezza come “sanzioni penali”; a meno di non dare al concetto di “sanzione penale” – meglio: “criminale” –, e conseguentemente a quello di “materia penale”, un significato *più ampio* comprensivo di tutte le misure di contrasto al fenomeno criminale. Su questo punto vedi infra, subito dopo nel testo, e cap. V, 8 lett. c) e d). Sul significato da dare al riferimento a «La legge penale», con cui si apre la disposizione dell'art. 202 comma 2 c.p., si veda infra cap. V, 8 lett. c. Un'altra disposizione alla stregua della quale si dovrebbe escludere la natura di sanzioni penali delle misure di sicurezza sembrerebbe poi l'art. 206 c.p., che prevede l'applicazione provvisoria nel corso del procedimento e/o del processo di alcune misure di sicurezza personali (ricovero in un riformatorio giudiziario ovvero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia, istituti questi ultimi oggi sostituiti con le R.E.M.S.): se infatti queste misure possono applicarsi quando ancora non c'è stato un accertamento definitivo della commissione di un reato, ma solo sulla base della “pericolosità sociale” (come d'altronde avviene con l'art. 202 comma 2 c.p.) di un soggetto semplicemente indiziato o imputato – e quindi, più esattamente, *solo “sospettato”* – di aver commesso un reato, ciò significa che, anche in questo caso, le misure di sicurezza non assolvono propriamente la funzione di “sanzioni penali”, ma semmai solo quella delle misure di prevenzione *praeter delictum* (allo stesso modo della misura cautelare processuale prevista dall'art. 274 lett. c) c.p.p.: infra nota 201). Articoli 202 comma 2 e 206 c.p. (ma anche 203 c.p.) dalla cui *lettura sistematica* sembrerebbe che *unico vero presupposto* per l'applicazione delle misure di sicurezza sarebbe la “pericolosità sociale” (conformemente d'altronde all'idea originaria dei seguaci della Scuola Positiva, per i quali la commissione di un reato costituiva non la “causa” ma *solo un “sintomo”*, anche se il più rilevante, per poter formulare il giudizio di “pericolosità sociale” con riferimento a un determinato soggetto). Al massimo, ragionando diversamente, si dovrebbe allora operare una *distinzione* all'interno della categoria – apparentemente “unitaria” – delle misure di sicurezza tra quelle da qualificare senz'altro come “sanzioni” in quanto presuppongono la commissione di un reato ai sensi dell'art. 202 comma 1 c.p. (a prescindere poi comunque dall'ulteriore problema della loro natura giuridica, penale o amministrativa) e quelle che viceversa conseguono ad uno dei fatti *non previsti dalla legge come reato* di cui parla l'art. 202 comma 2 c.p., da qualificare viceversa come semplici “misure” (preventive). A meno che non si voglia sostenere che i

*mativamente qualificato come “reato”* alla stregua della previsione astratta di una “pena” – criminale – “principale”<sup>126</sup>; misure di sicurezza che, conseguentemente, non sono *mai direttamente* utilizzabili ai fini della qualificazione di un certo fatto come illecito penale<sup>127</sup>.

Piuttosto, il vero problema – anzitutto dal punto di vista della loro stessa legittimità costituzionale – si pone per l'altra grande categoria di misure “preventive” del crimine, le “*misure di prevenzione ante o praeter delictum*” (già indicate nella versione originaria del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, acronimamente T.U.L.P.S., – anch'esso entrato in vigore, come il codice penale, il codice di procedura penale abrogato e l'abrogato Regolamento sugli Istituti di Prevenzione e Pena, il 1° luglio del 1931; testi normativi da considerare diverse declinazioni, in quel momento storico, di un “sistema” normativo-penale *organico* “integrale” e “integrato” – come “*misure di polizia*”, quindi sicuramente, in origine, di natura “amministrativa”), che si applicano ai semplici *sospettati* (di aver commesso o di potere in futuro commettere reati, normalmente gravi, contro la sicurezza pubblica

---

fatti previsti da quella disposizione – in quanto contrapposti a quelli previsti dal comma 1, costitutivi di “reato” – sono qualificabili come “illeciti amministrativi” e quindi le conseguenze ad essi ricollegabili come “sanzioni amministrative”; ma ciò si risolverebbe, ancora una volta, in una petizione di principio, dal momento che si dovrebbe logicamente prima dimostrare che le misure di sicurezza hanno sicuramente natura “amministrativa”. Per una strada tuttavia completamente diversa attraverso cui appare comunque ancora possibile pervenire, nonostante tutte le controindicazioni normative ora vista, alla qualificazione delle misure di sicurezza come sanzioni penali-criminali vedi *infra* cap. V, 8 lett. c) e d).

<sup>126</sup> Recita infatti testualmente l'art. 202 comma 1 c.p. che «Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un *fatto preveduto dalla legge come reato*»; ossia appunto un fatto già normativamente qualificato come reato in quanto *editalmente già sanzionato attraverso una pena criminale principale* ai sensi dell' art. 17 c.p.. A prescindere poi, a sua volta, dalla – *sempre astratta* – “punibilità” del suo autore, *solo* in presenza anche delle *altre condizioni* previste dalla fattispecie di “responsabilità punitiva” (retro cap. I, 1 e 2).

<sup>127</sup> *Contra* PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 19-21, 670, 709-711, 721-722, che qualifica espressamente (e direttamente) come “sanzioni penali”, facendone conseguentemente dipendere anche la “natura giuridica” di “illecito penale” del loro presupposto, non solo le “misure di sicurezza” ma addirittura il “risarcimento del danno non patrimoniale” (note 102 e 146). Nonostante gli ostacoli normativi alla qualificazione delle misure di sicurezza come sanzioni penali apportati come abbiamo visto, in particolare (ma non solo), dagli articoli 202 comma 2, 203 e 206 c.p. (retro nota 124), la circostanza che, quantomeno nei casi in cui esse conseguano alla commissione di un “fatto di reato” (art. 202 comma 1 c.p.), la loro natura di sanzioni penali possa tuttavia ancora discendere proprio dalla *preventiva qualificazione del loro presupposto come “reato”* (già operata dalla legge penale), vedi *amplius* *infra* cap. V, 8 lett. c.

o l'ordine pubblico). Attualmente, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, in particolare dal 1956<sup>128</sup>, la novità è data dal fatto che tali misure di prevenzione, almeno quelle che incidono sulla libertà personale (anche se oggi dette misure preventive hanno ad oggetto, viceversa, soprattutto il patrimonio, come il sequestro e la confisca dei beni)<sup>129</sup>, sono applicabili solo con provvedimento del giudice penale<sup>130</sup> attraverso un procedimento che

<sup>128</sup> Anzitutto con la legge 27 dicembre 1956 n. 1423, intitolata “Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità”, oggi definitivamente abrogata e integralmente sostituita dal decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 delle legge 13 agosto 2010 n. 136”.

<sup>129</sup> Contro la previsione della “confisca dei beni” quale sanzione penale-criminale si erano già risolutamente espressi gli Illuministi a partire in particolare da C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. Pisapia, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 65-66; si veda anche G. VASSALLI, *La confisca dei beni. Storia recente e profili dommatici*, Padova, Cedam, 1951, *passim*. Le difficoltà, anche di ordine costituzionale, sulla legittimità dell'istituto della confisca dei beni (in primo luogo, per contrasto col principio di “personalità” della responsabilità penale di cui all'art. 27 comma 1 Cost., incidendo di fatto col suo contenuto afflittivo *anche su persone “estranee” al reato*, come ad es., anzitutto, i membri della famiglia del reo) si ritiene possano essere superate dalla sua qualificazione “formale” non come “sanzione penale” ma come “misura di prevenzione” (e anche alla stregua di quella “ideologia politico-criminale” per cui tutto è legittimo e lecito di fronte al contrasto a forme gravissime di criminalità in nome della *salus rei publicae*). *Contra* però si veda la giurisprudenza della Corte EDU, laddove qualifica come sanzioni “sostanzialmente penali”, applicando le garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU, anche le misure di diversa natura formale se aventi un analogo contenuto afflittivo e dissuasivo (infra cap. V, 8). Nel senso poi che anche le misure di prevenzione, a prescindere dalla loro effettiva natura giuridica ma soprattutto dalla loro legittimità costituzionale (totalmente da escludere, a mio avviso, per carenza di “tassatività” dei presupposti applicativi), debbano comunque essere ricomprese, almeno finché fanno parte della legislazione vigente, in un sistema normativo criminale integrale e integrato, vedi infra cap. V, 8 lett c.

<sup>130</sup> Salvo alcune “misure di prevenzione personali” applicabili direttamente dal Questore, come il “foglio di via obbligatorio” previsto dall'art. 2 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159. Dal momento però che questa misura che *limita* comunque la libertà di circolazione e di soggiorno è applicata da un'autorità amministrativa con un provvedimento amministrativo, si pone il problema della sua legittimità costituzionale: infatti, anche ammettendo che questa misura preventiva non ricada sotto la previsione dell'art. 13 comma 2 Cost. (da intendere quindi restrittivamente) ma sotto l'art. 16 Cost. (che non fa diretto riferimento, a differenza dell'art. 13, anche ad una riserva di giurisdizione), si può tuttavia ragionevolmente ritenere che una *interpretazione sistematica* di queste due disposizioni, che hanno entrambe ad oggetto la libertà di locomozione, imponga di ritenere che *anche* le misure limitative della libertà di circolazione e di soggiorno possano legittimamente essere adottate solo con un provvedimento del giudice; al pari di tutte le altre misure non totalmente private *ma semplicemente limitative della libertà personale* (dalla libertà controllata, alla libertà vigilata, fino ad arrivare alle misure di prevenzione della sorveglianza speciale). Si consideri

ricalca quello penale in senso stretto<sup>131</sup>. Evidente dunque il vantaggio che discenderebbe dalla possibilità di ricondurre sistematicamente non solo le pene *ma anche tutte queste misure "preventive"*, di sicurezza e *anche* di prevenzione (in senso proprio)<sup>132</sup>, *sotto l'alveo comune delle "sanzioni criminali"*, *sia pure da intendere "in senso lato"* (trattandosi, comunque, di strumenti tutti contenutisticamente "afflittivi" di "contrasto" nei confronti della criminalità), in quanto ciò consentirebbe l'applicabilità anche all'insieme delle misure "preventive" (*ante, praeter o post delictum*) di tutte le "garanzie penali", sostanziali e processuali, in particolare di quelle previste a livello della Costituzione e dei Trattati internazionali<sup>133</sup>. Tale conclusione sarebbe d'altronde anche fa-

---

però a sua volta come, per quanto concerne le "misure di prevenzione patrimoniali", non rientrando esse sotto la portata dell'art. 13 Cost. (ma sotto quella dell'art. 23 Cost.), non sarebbe viceversa neppure costituzionalmente imposta la loro applicabilità da parte di un giudice (potendo, in ipotesi, provvedere anche un'autorità amministrativa).

<sup>131</sup> Sul "procedimento di prevenzione" si veda, da ultimo, S. FURFARO, *Diritto processuale delle misure di prevenzione*, Torino, Giappichelli, 2022.

<sup>132</sup> Per la tesi secondo cui anche le misure di prevenzione potrebbero essere qualificate come "sanzioni penali-criminali" vedi *infra* cap. V, 8 lett. c) e d).

<sup>133</sup> La non riconduzione delle misure di prevenzione sotto la categoria delle "sanzioni penali" *stricto sensu*, almeno da parte della dottrina maggioritaria e, soprattutto, della giurisprudenza, potrebbe forse trovare una spiegazione (se non una giustificazione) "politica" – e quindi, alla fine, eminentemente "pratica" – proprio nel fatto che, se si pervenisse a detta conclusione, la legittimità costituzionale di queste misure di "sospetto" sarebbe, a sua volta, per indulgere a un gioco di parole, fortemente "sospetta". Anche se la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, in particolare "personali", potrebbe comunque trovare la sua base normativa sempre nell'art. 13 comma 2 Cost., che riferisce la riserva di legge e la riserva di giurisdizione a *qualunque* restrizione della libertà personale, e non solo in quella che si sostanzia nella pena criminale detentiva (L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962, *passim*). Ciò che potrebbe viceversa mancare ai sensi della stessa disposizione costituzionale è il rispetto del principio di tassatività ("nei soli casi") con riferimento ai presupposti applicativi delle misure di prevenzione. A ben vedere tuttavia, posto che le misure di prevenzione personali (in particolare la sorveglianza speciale con divieto od obbligo di soggiorno e *a fortiori* la sorveglianza speciale semplice) più che consistere in una "restrizione" della libertà personale vengono a limitare la "libertà di circolazione e soggiorno", una più ampia base in grado di garantirne la legittimità costituzionale si potrebbe forse trovare non nell'art. 13 ma nell'art. 16 Cost. (vedi anche retro nota 130); disposizione che prevede espressamente che le limitazioni alla detta libertà possono essere determinate dalla legge in via generale anche solo «per motivi ... di sicurezza». E non v'è dubbio che ragioni di sicurezza pubblica stanno sempre a fondamento dell'applicazione di misure di prevenzione, specie personali, per fronteggiare la "pericolosità" di un certo soggetto (che *si presume* aver commesso o poter commettere reati; pericolosità da non confondere tuttavia con la "pericolosità sociale" di cui all'art. 203 c.p. che costituisce presupposto di applicazione delle misure di sicurezza, l'altra categoria di misure "preventive" del crimine: *infra* nota 201). In realtà, l'incostituzionalità delle misure

vorita dal concetto di “*materia penale*” fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>134</sup>, proprio al fine di consentire anche nei confronti di queste misure e in genere di tutte le sanzioni “afflittive”, qualunque possa essere la loro qualificazione “formale” ad opera della normativa “interna” degli Stati (come penali, amministrative o, oggi, anche civili)<sup>135</sup>, l’applicazione delle *garanzie* previste nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (meglio conosciuta con l’acronimo di C.E.D.U.)<sup>136</sup>.

---

di prevenzione, tutte, specie se le si qualifica “sanzioni penali” in senso stretto ma anche considerandole solo come “misure di sospetto” comunque collegate al fenomeno criminale, discende dal fatto che nessuna sanzione penale può essere legittimamente applicata senza l’accertamento – oltretutto con sentenza definitiva e “al di là di ogni ragionevole dubbio” – della responsabilità di un soggetto per la commissione di un fatto di reato, di cui non basta un semplice “sospetto” (di commissione o di futura commissione) per superare la presunzione della sua innocenza (art. 27 comma 2 Cost.). A meno di non ricondurle, anche attraverso una profonda revisione dei loro stessi “presupposti applicativi”, sotto un concetto “ampio” di “materia penale” e di “sistema penale integrale e integrato”, con conseguente applicabilità delle relative “garanzie” (costituzionali e dei trattati internazionali): *infra cap. V, 8 lett. c.*

<sup>134</sup> *Infra cap. V, 8.*

<sup>135</sup> Si pensi alle denominate nuove “sanzioni pecuniarie civili”, ulteriori e *diverse* dalle – tradizionali – sanzioni civili delle “restituzioni” e del “risarcimento del danno”, anche quello “non patrimoniale” (quest’ultimo sicuramente da qualificare “sanzione punitiva”, sia pure di natura civile: retro note 102 e 115 e *infra* nota 911) e con queste “cumulabili” (art. 3 d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7), previste per alcuni reati “depenalizzati”, da qualificare oggi quindi come “illeciti civili” ai sensi dell’art. 4 d. lgs. cit. Allo stesso modo di come, in precedenza, le sanzioni penali (in genere “pecuniarie”) previste per alcune tipologie di reati – specie contravvenzionali – erano state *sostituite*, mediante le leggi di depenalizzazione intervenute nel tempo (in particolare, la n. 689 del 1981), con “sanzioni amministrative pecuniarie”. Sul punto, si veda anche *infra* nota 850. Si ricordi altresì come il codice penale preveda all’art. 322-*quater* come ulteriore “specie” di “sanzione civile pecuniaria” la denominata “riparazione pecuniaria”, sanzione distinta e ulteriore rispetto al risarcimento del danno e sicuramente di natura “punitiva” (cui fa anche riferimento l’art. 165 comma 4 c.p. fra gli “obblighi” – *rectius*: “oneri” – del condannato cui “deve” essere subordinata la sospensione condizionale dell’esecuzione della pena per alcuni tipi di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione).

<sup>136</sup> Sulla possibilità di ricondurre sotto l’alveo di un “sistema penale integrale e integrato”, e quindi sotto le “garanzie” previste per la “materia penale”, anche le misure di prevenzione (oltre le misure di sicurezza, le sanzioni punitive amministrative e – oggi anche – civili), consentendo quindi di superare i dubbi sulla loro “legittimità” alla luce della Costituzione e dei trattati internazionali vedi *infra cap. V, 8 lett. c) e d).*

## 7. Il problema dell'esistenza di sanzioni criminali "esecutive".

Un'ulteriore domanda che dobbiamo però porci a questo punto del discorso è se, nonostante il lemma "diritto *penale*" faccia esplicito e diretto riferimento solo alle "pene" come sanzioni criminali in senso stretto<sup>137</sup>, siano presenti nel sistema, considerato nel suo complesso, *anche sanzioni penali* (meglio: *criminali*)<sup>138</sup> "esecutive". Oltre ad alcune ipotesi di "confisca", come quelle delle cose che sono il "prodotto", il "profitto" o il "prezzo" del reato<sup>139</sup>, una sanzione esecutiva penale di portata generale, *anche se "in-*

<sup>137</sup> Si noti come il "diritto penale" sia l'unico ramo dell'ordinamento giuridico che non prende il nome da una specifica "materia" (obbligazioni, contratti, lavoro, ambiente, famiglia, successioni, ecc.), ma solo dal *tipo di risposta sanzionatoria* collegata all'inosservanza delle regole di condotta che ne costituiscono il contenuto, appunto la "pena" (anzitutto quella "principale", che, come abbiamo visto retro cap. I, 2 e nota 119, serve a individuare la "natura giuridica" dell'"illecito" che ne costituisce il presupposto, ma non esaurisce la categoria delle "pene" conseguenza del "reato"; fermo poi l'ulteriore problema – capp. I, 6 e V, 8 lett. c) e note 120, 121 e 125 – della natura giuridica delle "misure di sicurezza", se criminale o amministrativa). Per ricorrere ad una distinzione specificamente utilizzata per individuare l'esatta portata della "riserva di legge" ai sensi dell'art. 25 comma 2 Cost. (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 29 ss.; volendo anche TRAPANI, voce *Legge penale*. I) *Fonti*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1990, p. 1 ss. In generale, per la distinzione tra riserva di "campo materiale" e riserva di "modo disciplina", G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e norme secondarie. (Aspetti problematici)*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 89-96), il diritto penale si caratterizzerebbe dunque non per un suo autonomo "campo di materia" *ma per il suo particolare "modo di disciplina"*, costituito appunto dalla "pena" come *risposta sanzionatoria* per la commissione di qualunque "reato". Proprio la "genericità" del termine "pena", in quanto *mero sinonimo* se non ulteriormente specificato di "sanzione punitiva", dovrebbe costituire (se non l'unica) almeno la ragione principale per ritornare al "vecchio" – e tradizionale – nome di "*diritto criminale*", indicativo del particolare *tipo di "illecito"* che ne costituisce il presupposto. Espressione "crimine" che evidenzia a sua volta, anche nel linguaggio comune, la estrema "gravità" che dovrebbe caratterizzare quel tipo di illecito; il che sarebbe inoltre pienamente congruente con l'idea (che nell'ordinamento italiano risulta anche costituzionalmente imposta: arg. *ex art.* 13 commi 1 e 2 Cost.) che vede nel diritto "penale" la *ultima ratio* di tutela dell'ordinamento giuridico, appunto per l'estrema severità delle sanzioni che lo caratterizzano, in quanto, come pene principali, incidenti direttamente o indirettamente sulla libertà personale (il che si riverbera anche nell'estrema "formalizzazione", quasi "sacrale", del procedimento attraverso cui si accerta l'esistenza del reato e si applicano le relative sanzioni: vedi *infra* cap. V, 6; reati-crimini che, conseguentemente, dovrebbero – come si diceva un tempo: vedi Autori cit. in nota 355 – costituire offesa delle "condizioni minime di esistenza" di una certa società in un certo momento storico: retro nota 113).

<sup>138</sup> Parlare infatti di "sanzioni *penali*", ossia di "pene" e quindi di "sanzioni *punitive*", che siano contestualmente *anche "esecutive"* si risolverebbe in un *ossimoro* evidente. Anche se utilizzare il termine di "sanzione penale" può comunque convenzionalmente accettarsi, intendendo appunto il lemma "penale" come *sinonimo* di "criminale".

*formale*” (in quanto *non espressamente qualificata* come tale dal legislatore; il che però non esclude che tale operazione ermeneutica di qualificazione di un certo dato normativo come “sanzione”, in particolare, nel nostro caso, “esecutiva”, possa essere fatta dalla dottrina a livello dommatico), è costituita dalla “*eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato*”<sup>140</sup>. Con-

<sup>139</sup> Confisca, da intendere come *risposta sanzionatoria* per la commissione di un reato avente ad oggetto le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo, sia se giuridicamente qualificabile come *misura di sicurezza (patrimoniale)* (art. 240 c.p.; comunque “sanzione” in quanto – almeno di regola: arg. *ex* comma 1 e, *a contrario*, comma 2 n. 2 art. cit. – collegata ad una sentenza di “condanna” e quindi – profilo rilevante – applicabile solo ad un soggetto “imputabile”; vedi anche l’art. 240-*bis*, specie laddove *equipara* alla condanna la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti; si veda anche il nuovo art. 445 comma 1-*bis* c.p.p.) sia, nelle leggi speciali, come *pena accessoria* (retro nota 55; senza dimenticare poi come la stessa sanzione, addirittura *con lo stesso nome ed identico contenuto*, sia costitutiva anche di una *sanzione amministrativa “accessoria”*: art. 20 legge n. 689/1981, retro nota 118). Diversa “natura giuridica” che ha fra l’altro una sua indiscutibile rilevanza anzitutto sul piano della *diversa “disciplina”* applicabile (ad es. in tema di “patteggiamento” ai sensi dell’art. 445 comma 1 c.p.p., a tenore del quale «La sentenza prevista dall’art. 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l’applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall’articolo 240 del codice penale»; vedi anche retro nota 55). Oggi occorre poi ricordare anche la c.d. *confisca “per equivalente”* (che mi sembra essere l’esatto *pendant*, sia pure da una prospettiva analoga, di ciò che, in diritto civile, costituisce l’esecuzione forzata “per equivalente”, da distinguere da quella “in forma specifica”, rispondendo alla stessa logica).

<sup>140</sup> “Eliminazione” delle conseguenze dannose o pericolose del reato alla quale, in alcuni casi, è *normativamente equiparata*, ai fini della disciplina, la loro *semplice “attenuazione”*: si veda così, ad es., la circostanza attenuante di cui all’art. 62 n. 6 c.p. («... o l’essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell’ultimo capoverso dell’art. 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente *per elidere o attenuare* le conseguenze dannose o pericolose del reato»). Altre volte l’ordinamento fa viceversa riferimento anche al semplice “adoperarsi”, che, letteralmente, dovrebbe di per sé indicare il comportamento di chi cerca di eliminare le conseguenze del reato anche però se non vi riesca neppure in parte. Si veda ad es. l’art. 17 lett. a) d. lgs. n. 231/2001, “Disciplina delle responsabilità amministrative delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’art. 11 della legge 29 settembre 2000 n. 300” che però affianca al termine “adoperato” l’avverbio “efficacemente”: espressione *ambigua*, perché, se l’ente «*si è comunque efficacemente adoperato*» al fine di eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato, ciò dovrebbe significare che è comunque *riuscito nell’intento* di “eliminare” oggettivamente dette conseguenze; anche se detta interpretazione dovrebbe essere *sistematicamente esclusa*, posto che la medesima disposizione considera la condotta di “adoperarsi comunque efficacemente” per la eliminazione delle conseguenze del reato *alternativa* rispetto a quella della loro effettiva “eliminazione” (da intendere anche solo “parzialmente”, posto che lo stesso testo normativo, quando ha voluto riferirsi oltre alla “eliminazione” anche alla semplice “attenuazione” di dette conseguenze, lo ha detto a sua volta espressamente: vedi l’art. 11 comma 1 decreto cit.). Ulteriore conferma della pessima tecnica legislativa che caratterizza

dotta *post delictum*<sup>141</sup> prevista dal legislatore in numerose disposizioni legi-

la produzione normativa degli ultimi decenni.

Si veda anche l'art. 62 n. 6 c.p. dove si usa l'espressione: «adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato». Formula da intendere, evidentemente, nel senso che il soggetto deve avere cercato di elidere o attenuare le conseguenze del reato, riuscendo nel suo intento, come si desume dall'uso dell'avverbio “efficacemente”. Vedi nello stesso senso anche l'art. 163 comma 4 c.p., dove però, con riferimento alle “conseguenze del reato” si aggiunge: «da lui eliminabili» («... qualora il colpevole ... si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, da lui eliminabili, ...»). Usano l'espressione «efficacemente adoperato» anche gli artt. 323-*bis* comma 2 c.p. e 648-*ter*.1 comma 6 c.p. La formula “adoperarsi” «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori», che si riferisce evidentemente a conseguenze del reato che non si sono ancora verificate ma potrebbero verificarsi se il reo non tiene una condotta “impeditiva”, si incontra viceversa negli artt. 270-*bis*.1 comma 3, 375 comma 4, 384-*ter* comma 2, 416-*bis*.1 comma 3, 452-*decies* comma 1, 600-*septies*.1, 603-*bis*.1 comma 1, 605 comma 5 n. 2 e 630 comma 5 c.p.

<sup>141</sup> Posto che la qualifica normativa di un *quid* “sfavorevole” come “sanzione”, oltre che *in via diretta*, quando è lo stesso legislatore ad attribuire ad una conseguenza sfavorevole il *nomen iuris* di “sanzione”, a sua volta individuandone anche la “natura giuridica” come penale, civile o amministrativa (retro cap. I, 2 e 5), può desumersi, come vedremo *amplius* (infra cap. V, 8 lett. c; vedi anche retro nota 48), anche *in via indiretta*, quando è viceversa lo stesso ordinamento giuridico a prevederla come “conseguenza giuridica” per un “fatto” già *previamente e univocamente qualificato dallo stesso legislatore, “in via diretta”, come “illecito”* (o anche come “fatto antiggiuridico”), occorre allora evidenziare come l’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” possa ben essere dommaticamente qualificata come “sanzione penale”, in particolare, per la sua struttura, “esecutiva”, dal momento che per definizione è normativamente prevista come conseguenza di un fatto già *qualificato come “reato”*. Anzi, si potrebbe allora forse addirittura dire che, discendendo comunque questa qualifica di “sanzione” dallo stesso ordinamento, sia pure *in via indiretta*, il suo riconoscimento “normativo” come “sanzione”, in particolare criminale esecutiva, *anche dal punto di vista “formale”* non potrebbe neppure essere escluso.

Con un'importante precisazione però: per qualificare sia pure *in via indiretta*, come appena detto, una certa sanzione come “penale” *non è sufficiente* la circostanza che essa consegua ad un fatto già normativamente qualificato come reato, non avendo questo criterio carattere “definitivo”. Infatti, posto che, per definizione, ferma comunque la sua natura di “sanzione” – conseguendo ad un illecito – non si sa tuttavia quale sia la sua effettiva qualificazione giuridica, se penale ovvero amministrativa o civile, non essendosi espresso il legislatore “*in via diretta*”, il criterio della previa qualificazione del suo presupposto come reato può avere *solo valore di mero “indizio”, superabile* tuttavia quando sia viceversa lo stesso legislatore a *qualificare espressamente “in via diretta” quella particolare conseguenza giuridica come sanzione di diversa natura* (amministrativa o civile). Se così non fosse infatti nelle “fattispecie di responsabilità” *diverse* da quella di “punibilità” che hanno comunque tutte come presupposto un fatto già espressamente qualificato come reato (retro cap. I, 1 e 2), le ulteriori conseguenze sanzionatorie (rispetto alla pena criminale) costituite dalle misure di sicurezza, dalle sanzioni civili e dalle sanzioni amministrative a carico dell'ente dovrebbero alla fine essere tutte per ciò solo, in quanto conseguenze di un fatto già qualificato come reato, *anche formalmente* qualificate come “sanzioni penali”. Il che andrebbe però palesemente

slative, la cui presenza, a seconda dei casi, può “attenuare” la “gravità” del reato, e quindi il *quantum* di pena applicabile<sup>142</sup>, o addirittura “escludere” la stessa “punibilità” (subordinando alla sua realizzazione l’“estinzione” del “reato” e quindi della sanzione “punitiva” criminale)<sup>143</sup>. In ogni caso però tali sanzioni esecutive, sia pure riconoscendone la natura “criminale”, non potrebbero mai servire, almeno nell’ordinamento italiano, per individuare la “natura” di illecito penale di un certo fatto (in particolare, come delitto o contravvenzione: art. 39 c.p.), non essendo riconducibili alla categoria di quelle “pene” *formalmente* qualificate a questo fine specifico come “*principali*”, previste dall’art. 17 c.p.<sup>144</sup>. Così come, allo stesso modo, sempre se-

---

contro la espresa e precisa volontà legislativa che, qualificando queste sanzioni, in particolare, come civili o amministrative, vuole loro applicare la diversa disciplina tipicamente connessa alla loro diversa natura giuridica. Ciò trova poi esplicita conferma anche nel fatto che è lo stesso legislatore che, prevedendo in genere come *comportamenti “alternativi”* nella stessa disposizione l’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” rispetto alle “restituzioni” e al “risarcimento del danno” (si vedano ad es. gli artt. 62 n. 6 e 165 comma 1 c.p.), escluda a monte *normativamente* che quelle sanzioni civili possano essere ricondotte sotto il concetto ampio di “eliminazione delle conseguenze del reato”. Proprio per quanto detto tuttavia non si può allora escludere che, sotto la formula della “eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose *del reato*”, possano essere ricondotte – anzitutto ai fini della disciplina applicabile, come presupposto per l’attenuazione o addirittura l’estinzione della punibilità – anche tutte quelle *sanzioni “amministrative”*, in particolare “esecutive” (come ad es. la demolizione del manufatto costruito senza licenza amministrativa), previste (non da una *autonoma* “fattispecie di responsabilità” da reato di carattere “generale” diversa da quella di “punibilità”, come quella che prevede la responsabilità amministrativa dell’ente da reato, ma) da *singole disposizioni* di legge per fatti *contestualmente* costitutivi, *oltre che di illeciti “amministrativi”, anche di illeciti “penali”*; per cui la esecuzione volontaria di una di queste “sanzioni amministrative” ben può essere correttamente definita anche come “eliminazione delle conseguenze *del reato*”.

<sup>142</sup> Nel qual caso all’applicazione di una pena criminale “attenuata”, ossia *inferiore* nel *quantum* a quella che sarebbe “adeguata”, nel senso di “proporzionata”, alla “gravità” del fatto commesso (e quindi “meritata” dal suo autore), si accompagna, come “*pena congiunta*”, l’applicazione “cumulativa” *anche* di una *sanzione “esecutiva”*, sempre di natura “criminale” (costituita appunto dall’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”).

<sup>143</sup> Sul punto vedi *infra* cap. V, 3. Si noti altresì come questa sanzione esecutiva criminale potrebbe operare *anche “in negativo”*, nel senso che la *mancata* eliminazione di dette conseguenze *esclude* l’estinzione del reato e quindi della punibilità: ad es., si veda l’art. 162-*bis* comma 3 c.p. che stabilisce che la causa estintiva del reato dell’oblazione c.d. “discrezionale” non è ammessa «quando permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore».

<sup>144</sup> Si ricordi come attualmente il “catalogo” delle “*pene principali*” (senza tuttavia alcuna modifica diretta dell’art. 17 c.p.) debba essere *ampliato* quantomeno ad altre due “tipologie” di sanzioni: la “permanenza domiciliare” e il “lavoro di pubblica utilità”, introdotte dall’art. 52 d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274 (“Disposizioni sulla competenza penale del giudice di

pace”), rubricato “Sanzioni applicabili dal giudice di pace”. Permanenza domiciliare che sembrerebbe avere una posizione “primaria” e quindi “prevalente” rispetto al lavoro di pubblica utilità dal momento che, da un lato, l’art. 33 comma 2 decreto cit. esordisce con la formula «Il giudice, se ritiene di poter applicare *in luogo* della permanenza domiciliare la pena del lavoro di pubblica utilità, indica nella sentenza il tipo e la durata del lavoro di pubblica utilità ...», espressione chiaramente indicativa della *sostituibilità* della permanenza domiciliare col lavoro di pubblica utilità; dall’altro, dalla circostanza che «Il giudice di pace può applicare la pena del lavoro di pubblica utilità *solo su richiesta dell’imputato*»: art. 54 comma 1 (che ribadisce quanto già stabilito dall’art. 33 comma 2 decreto cit.). Ciò sempre ammesso che queste due nuove “pene” le si debba viceversa considerare non ulteriori tipi di pene principali, specificamente previste per i reati di competenza del giudice di pace, ma solo “sanzioni sostitutive”, nel qual caso si tratterebbe però di sanzioni sostitutive di pene principali che – a differenza di quelle originariamente introdotte dalla legge n. 689 del 1981 agli artt. 53 ss., applicabili dal giudice in sede di commisurazione della pena in concreto – sono, al contrario, direttamente *previste in astratto* dalla legge per alcuni tipi di reato meno gravi, quelli appunto di competenza del giudice di pace. Che si tratti però di vere e proprie “pene principali” e non di mere “sanzioni sostitutive” lo si desume non tanto dalla circostanza che gli stessi artt. 52-54 decreto cit. definiscano espressamente queste “sanzioni” come “pene” (posto che *anche* le “sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi” introdotte dalla legge n. 689 del 1981 erano egualmente definite in modo espresso come “pene”, in particolare negli originari artt. 57 comma 3, 58 comma 1, 59 comma 2 lett. b), 61, 62, 70), quanto dal fatto che nell’art. 52 comma 2 decreto cit. si dice che «Per gli altri reati di competenza del giudice di pace [ossia per quelli per cui è prevista una pena *diversa* dalla sola multa o ammenda: comma 1] *le pene sono così modificate*»: indicandosi così in modo inequivoco che la “sostituzione” della *originaria* “pena detentiva” (oltre che con la pena pecuniaria) con la permanenza domiciliare o col lavoro di pubblica utilità è operato dal legislatore già “in astratto” e quindi *direttamente a livello di “comminatoria editale”*. Piuttosto il problema della “natura giuridica” – se si trattasse o no di “pene principali” – si poneva proprio per le “sanzioni sostitutive” di cui alla legge n. 689 del 1981 (nella versione prima della recentissima modifica apportata in materia dal d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, c.d. Riforma Cartabia). A questo proposito, *melius re perspecta*, ritengo che – contrariamente a quanto sostenuto in precedenza (TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, Cedam, 1985, pp. 16-17) –, nonostante, come detto, il legislatore del 1981 le avesse qualificate espressamente come “pene” e anche a prescindere dall’uso del termine “sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi”, dette sanzioni *non fossero propriamente qualificabili come “pene principali”* allo stesso modo di quelle indicate dall’art. 17 c.p., non essendo previste dalle norme incriminatrici *in via astratta*, e non essendo pertanto idonee a individuare la “natura giuridica” del loro presupposto come “illecito penale” (retro cap. I, 5), dal momento che erano viceversa applicabili solo dal giudice in sede di determinazione della pena da irrogare *in concreto* (laddove la pena *detentiva* editalmente prevista non avesse superato, come pena “adeguata” al caso concreto, una certa entità e dunque in presenza di fatti di reato *in concreto* “non gravi”). Piuttosto occorre allora forse evidenziare come la multa e l’ammenda, oltre ad essere “pene principali” *ex* art. 17 c.p., potessero *anche* assumere *ex* art. 53 legge n. 689/1981 (nella sua versione originaria) la qualifica di “sanzioni *sostitutive*” e oggi di “pene *sostitutive*” ai sensi del nuovo art. 56-*quater*. Così come lo stesso termine generico “pena” è *normativamente* utilizzato nell’ordinamento penale, in generale, per indicare tanto le “pene principali” quanto, prima della c.d. Riforma Cartabia, le “sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi”; confermando così ulteriormente, sia pure da altra

condo l'ordinamento italiano, una pena "accessoria" non serve per stabilire la natura penale di un certo fatto, potendo solo conseguire "di diritto" alla condanna in seguito alla verifica processuale di un fatto *già qualificato* come reato (art. 20 c.p.). E lo stesso discorso, come abbiamo visto<sup>145</sup>, vale anche per le "misure di sicurezza", persino laddove si riconoscesse loro la natura di sanzioni penali (in senso stretto), posto che, come dispone l'art. 202 comma 1 c.p., (almeno come regola) «Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato», e quindi *già normativamente qualificato* come tale<sup>146</sup>.

angolazione, come da una prospettiva di teoria generale *l'espressione "pena" sia mero sinonimo di "sanzione punitiva"* (retro cap. I, 5), a prescindere dalla sua più specifica "natura giuridica" alla stregua del "diritto positivo". A ciò si aggiunga come neppure dopo la c.d. Riforma Cartabia le nuove "pene sostitutive" possano considerarsi *ulteriori* tipologie sanzionatorie da aggiungersi al novero delle "pene principali" di cui all'art. 17 c.p., oltre che per le considerazioni prima svolte (essendo solo applicabili in concreto dal giudice), anche perché il d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 non solo le ha espressamente definite "sostitutive", così *normativamente differenziandole* dalle pene principali (art. 17 c.p.) e accessorie (art. 20 c.p.), ma le ha anche formalmente previste in un nuovo e *diverso* articolo del codice penale, l'art. 20-bis, rubricato "Pene sostitutive delle pene detentive brevi", a tenore del quale «Salvo quanto previsto da particolari disposizioni di legge, le pene sostitutive della reclusione e dell'arresto sono disciplinate dal Capo III della legge 24 novembre 1981 n. 689, e sono le seguenti: 1) la semilibertà sostitutiva; 2) la detenzione domiciliare sostitutiva; 3) il lavoro di pubblica utilità sostitutiva; 4) la pena pecuniaria sostitutiva. ... ».

In conclusione, occorre piuttosto evidenziare come il concetto di "sanzione sostitutiva" sia, di per sé, molto più ampio di quanto ora visto, potendo in realtà ricomprendere *qualsunque tipologia sanzionatoria in concreto "sostitutiva" di una qualunque "sanzione punitiva" di natura – nel nostro caso – "criminale"*, fra cui anzitutto le stesse "sanzioni esecutive" – di natura civile, amministrativa o anche *lato sensu* penale, come l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato – quando sono, in concreto, "sostitutive" delle sanzioni punitive, in quanto la loro applicazione ed esecuzione "estingue" la pena criminale, più precisamente costituisce la "condizione" per l'integrazione della fattispecie "estintiva" della punibilità, "sostituendola" appunto. Sul punto vedi *amplius* infra cap. V, 3 e 4.

<sup>145</sup> Retro cap. I, 6. Ma vedi anche note 126 e 127 e infra nota 146.

<sup>146</sup> Così come – contrariamente a quanto pure ritiene autorevole dottrina (Pagliaro: vedi anche retro note 102 e 127) – *non* può essere considerata "sanzione penale" il "risarcimento del danno non patrimoniale"; con la conseguenza, in particolare, che essa non può servire a qualificare un certo fatto come reato. Si ricordi poi come, coerentemente con le premesse da cui muove, per Pagliaro anche le misure di sicurezza, in quanto vere e proprie sanzioni penali, servono viceversa a qualificare il loro presupposto come reato, pervenendo dunque, alla fine, sulla base del presupposto che «è reato ogni fatto al quale una norma penale colleghi una sanzione sfavorevole», a questa definizione formale dell'illecito penale: «è reato ogni fatto, per il quale sia prevista una pena, una misura di sicurezza o il risarcimento del danno non patrimoniale» (PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 221-222).

8. *Il concetto di “punibilità” e le cause che la “escludono”. L’inutilità dommatica di una categoria “autonoma” di “cause di non punibilità”*

Ritornando al concetto di “punibilità”, e volendo mantenere la definizione del “reato” come *“fatto punibile”*, anche muovendo dal presupposto che ci sono elementi comunque *necessari* al sorgere della punibilità ma *estranei* al concetto di *“fatto costitutivo di reato”* (“fatto di reato” inteso, secondo la dottrina tripartita oggi dominante, come fatto “tipico” sul piano sia “oggettivo” che “soggettivo” e “antigiuridico” per carenza di cause di giustificazione – ossia “illecito”<sup>147</sup> – anche se non “colpevole”; elementi “estranei” rispetto a detto “fatto di reato” come la conoscenza o l’ignoranza evitabile della legge penale, l’imputabilità e, sempre per i tripartiti, anche l’esigibilità di un comportamento diverso – e conforme alla norma –, requisiti tutti riconducibili sotto il concetto di “colpevolezza normativa” c.d. “pura”)<sup>148</sup>; e considerando che tra questi elementi “*ulteriori*” – rispetto al fatto non solo tipico e antigiuridico (= costitutivo di reato, ossia “illecito”) *ma anche colpevole*<sup>149</sup> – ci sono *anche quelli che individuano*, come dice parte della dottrina<sup>150</sup>, la “*necessità di pena*” (fondata su considerazioni di “prevenzione”, generale e speciale), come la (eventuale, se richiesta dalle singole norme incriminatrici) *presenza* di “condizioni obiettive di punibilità” e la *manca*za di – genericamente intese – “cause di non punibilità”; occorre comunque concludere nel senso che, sorgendo la “punibilità” dall’*insieme di “tutti” questi elementi* (riconducibili anzitutto al “fatto costitutivo” di reato, poi – almeno, ripetesi, per i tripartiti – alla “colpevolezza” e infine alla “necessità di pena”)<sup>151</sup>, essendo detta “punibilità” *qualifica normativa del “tutto” non può lo-*

<sup>147</sup> “Tripartizione” dunque che si ritrova *all’“interno”* del requisito dell’*Unrecht*, secondo l’analisi del reato oggi dominante quantomeno in Germania e nell’area tedescofona oltre che nei paesi di area ispanica e latino-americana: retro nota 72.

<sup>148</sup> Retro cap. I, 1 e 3.

<sup>149</sup> “Illecito colpevole” di per sé qualificato da parte della dottrina come “meritevole di pena” in quanto “rimproverabile” al suo autore. Sulla dicotomia tra “meritevolezza” e “necessità/bisogno” di pena vedi retro nota 64.

<sup>150</sup> Vedi note 14, 64 e 151.

<sup>151</sup> Si veda ad es., per tutti, nella dottrina tedesca, la costruzione dommatica del reato di Roxin e, in particolare, la categoria sistematica, da lui adottata, della “*responsabilità*”, comprensiva della “colpevolezza” e della “necessità preventiva” di pena (ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 536-537). Si ricordi tuttavia anche l’analisi del reato di Maurach – teorico “finalista” ma del tutto autonomo rispetto alla visione “ontologica” di Welzel – con la previsione del requisito della “*attribuibilità*” (*Zurechenbarkeit*; lemma che si potrebbe anche tradurre come “possibilità di imputazione”) dell’“illecito” (*Unrecht*) – quale azione tipica (sia oggettiva-

*gicamente costituirne un “elemento”, ossia solo una “parte”<sup>152</sup> (onde l’erroneità di quella dottrina che vede proprio nella “punibilità” il quarto “elemento del reato”, dopo tipicità, antigirudicità e colpevolezza, come categoria sistemica cui ricondurre condizioni oggettive di punibilità e, genericamente intese, cause di non punibilità; a meno di non volere usare quel termine solo convenzionalmente in un significato più ristretto come “contenitore” cui ricondurre tutte le situazioni, “estrane” rispetto al fatto tipico, antigirudico e colpevole, la cui presenza evidenzia solo la “opportunità” della punizione; lemma che allora sarebbe di dubbia utilità in quanto intrinsecamente ambiguo)<sup>153</sup>.*

mente che soggettivamente) e antigirudica – al suo “autore” (requisito collocato sistematicamente prima della “colpevolezza”, che ne costituisce solo il secondo “grado” di specificazione dopo la “responsabilità per il fatto”, per consentire l’imputazione di un “fatto di reato” al completo dei suoi requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, anche ai soggetti “non imputabili” ma “pericolosi”, al fine dell’applicabilità delle misure di sicurezza): R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 4. Auf., Karlsruhe, C.F. Müller, 1971, p. 374 ss. Vedi anche infra nota 154 e 740.

<sup>152</sup> Si ricordi, a questo proposito, come già Rocco, nel ribadire l’estraneità della “punibilità” rispetto alla struttura del reato, avesse sottolineato come tale concetto individui solo la “conseguenza giuridica” del reato, non potendosi «definire la causa di un fenomeno mediante il fenomeno stesso che ne costituisce l’effetto» (ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 190). Adde S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Parte generale, 4<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1968, pp. 184-185, laddove afferma che, «se il reato è un fatto punibile, nella sua unità, la punibilità non può porsi come suo elemento e, perciò, come una sua parte», non potendosi cioè confondere la parte con il tutto.

<sup>153</sup> Vedi per tutti, nella dottrina italiana, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 493 ss. (vedi anche retro nota 64 e nota precedente); si ricordi anche la – risalente, ma originale – tripartizione degli elementi del reato, già proposta da Battaglini (note 13, 42 e 822), che, sulla base di una peculiare interpretazione del codice penale Rocco, distingueva nell’analisi del reato le categorie sistematiche del “fatto materiale”, dell’“elemento psicologico” e, appunto, della “punibilità”; categoria amplissima cui detto Autore riconduceva tutte indistintamente le ipotesi di “non punibilità” (comprensiva quindi anche delle “cause di giustificazione” e delle c.d. “cause personali di esenzione da pena”). Per le considerazioni svolte nel testo, la punibilità non può dunque logicamente costituire il “quarto elemento” del reato; a meno di non volere dare al termine “punibilità” un significato “più ristretto” da intendere appunto come insieme di tutte le condizioni “ulteriori” rispetto al fatto tipico, antigirudico e colpevole. Ma è evidente che, così ragionando e anche muovendosi nella prospettiva “quadripartita”, si finirebbe per creare una categoria dommatico-sistemica, chiamata convenzionalmente “punibilità”, proprio – ed esclusivamente – per ricomprendervi tutte quelle situazioni, estranee all’illecito e alla colpevolezza, la cui presenza o assenza individuerrebbe solo la c.d. “necessità di pena”. Non è infatti un caso che Marinucci, che intraprende questa strada (nota 64), per individuare il “contenuto materiale-sostanziale” della categoria “formale” della “punibilità” restrittivamente intesa come “quarto elemento” del reato, preferisca ricorrere, anziché al concetto di “necessità di pena”, a quello – più generico e dommaticamente “meno impegnativo” – di mera “opportunità”

Comunque, occorre a questo proposito sottolineare come un eventuale concetto – normativo – “autonomo” di “punibilità” (distinto dalle categorie dell’“illecito” e della “colpevolezza”), portando logicamente con sé la distinzione tra *requisiti di “esistenza del reato”* (cui si affiancano in questa stessa logica quelli della “colpevolezza”) e *requisiti della “mera punibilità”* (questi ultimi *diversi e ulteriori* rispetto a quelli necessari, ma anche sufficienti, per l’integrazione del “fatto di reato”)<sup>154</sup>, sia stato creato da parte della dottrina – a volte, come detto, prevedendolo espressamente come *quarto* “elemento del reato”, dopo tipicità, anti giuridicità e colpevolezza<sup>155</sup>, anche se il più delle volte solo *presupposto come esistente*, ma senza una adeguata individuazione, sul piano dommatico, della sua esatta natura e funzione – esclusivamente per trovare un *luogo “sistematico”* dove “collocare” (oltre alle condizioni oggettive di punibilità) tutte le (denominate) “cause di non pu-

---

(*scil.*: “politica”) dell’applicabilità della pena.

<sup>154</sup> A questo proposito, si veda BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, cit., *passim* (vedi anche retro note 14 e 41). Si ricordi anche, nella dottrina tedesca, la particolare posizione di Maurach, che, dopo il “fatto di reato” (*Unrecht*), introduce la categoria della “attribuibilità” (*Zurechenbarkeit*) dell’illecito al suo autore come, non a caso, elemento indicativo del concetto di “responsabilità in senso ampio”, *prima* della “colpevolezza” (*Schuld*) che ne costituisce solo il “secondo grado” di specificazione: MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 374 ss. (note 151 e 740).

<sup>155</sup> Si noti tuttavia come, a volere essere coerenti fino in fondo, coloro che vedono nella “punibilità” il “quarto elemento” del “reato” (Marinucci e la sua Scuola: retro note 6 e 13) dovrebbero allora logicamente sostenere che, per l’integrazione del “reato” e quindi per la sua “punibilità”, occorrerebbe *anche* la “mancanza” di “cause di non punibilità” – sia pure comprendendo altresì quelle dettate da mere ragioni di “opportunità politica” – che dunque dovrebbero *logicamente* assumere *sistematicamente* la posizione di “*elementi negativi*” dello stesso “reato”. Conclusione questa cui i sostenitori della concezione “quadripartita” non ritengono tuttavia di pervenire, rigettando risolutamente l’esistenza della categoria degli “elementi negativi”, almeno di quelli definiti, secondo la nomenclatura utilizzata in questo lavoro, “in senso proprio” ovvero di quelli “negativi-impeditivi”, ossia di requisiti di cui deve *mancare la presenza* per l’integrazione del “reato” (categoria degli “elementi negativi” viceversa confusa dai “quadripartiti” con quella degli “elementi positivi costruiti negativamente”, ossia di elementi di cui deve essere, al contrario dei “veri” elementi negativi, *presente la mancanza*: retro nota 11 e infra cap. IV, 2 lett. a). Altrettanto evidente, a sua volta, che, anche qualora le “cause di non punibilità” dovessero essere correttamente considerate dai quadripartiti “elementi negativi del reato”, alle cause di non punibilità “sovravvenute” non potrebbe tuttavia comunque applicarsi – per incompatibilità strutturale – la disciplina della supposizione erronea della presenza di “circostanze di esclusione della pena” *ex art. 59 comma 4 c.p.* (per l’inapplicabilità di questa disposizione alle cause estintive del reato, con particolare chiarezza, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 361 ss. e 430; in generale, per il significato da attribuire alla categoria normativamente rilevante delle “circostanze di esclusione della pena” *ex artt. 59 e 119* vedi infra cap. III, 2.6).

nibilità in senso stretto”<sup>156</sup>; ossia quelle *circostanze di “esclusione della pena”* che non escludono, eliminandolo, un “elemento” del “reato”, “impedendone” la stessa integrazione<sup>157</sup>, o che, come le cause di giustificazione, non debbono essere presenti per la esistenza del reato, ma *fanno solo venire meno la “potestà punitiva”* dello Stato, *estinguendo* la punibilità (che per lo più la dottrina presuppone già sorta con la sola commissione del “reato”) attraverso una “rinuncia alla – applicabilità della – pena”<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> “Punibilità” da vedere *anche* come *non necessaria “condizione di applicabilità” delle misure di sicurezza*, almeno come sembrerebbe ricavarsi ad una prima lettura testuale dell’art. 203 c.p. che, riferendosi al possibile destinatario di queste misure, nel dare la definizione normativa di “pericolosità sociale”, parla di persona *«anche se [quindi: condizione non necessaria!] non imputabile o non punibile»*. Naturalmente, occorre poi considerare anzitutto la specifica *disciplina* di ciascuna particolare “categoria” di “cause di non punibilità”. Così ad es., per le “cause di non punibilità sopravvenute”, situazioni da ricondurre sotto la disciplina delle “cause estintive del reato” – in quanto dommaticamente così qualificabili: infra cap. I, 11 –, l’art. 210 comma 1 c.p. dispone che «L’estinzione del reato *impedisce l’applicazione* delle misure di sicurezza [eccetto la confisca: art. 236 comma 2 c.p.] e *ne fa cessare l’esecuzione»*, nel senso dunque che, in questo caso, la mancanza di “punibilità” *preclude* altresì il possibile ricorso a misure di sicurezza, operando così un’indebita interferenza e commissione tra “punibilità” e “applicabilità di misure di sicurezza”, contro la logica “pura” del sistema del c.d. “doppio binario”.

<sup>157</sup> Come viceversa avviene ad es. per la “forza maggiore” la cui presenza *impedisce* l’integrazione del requisito della “coscienza e volontà” della condotta; o per l’“errore sul fatto” di reato con riferimento al “dolo”: situazioni di “non punibilità” da considerare dommaticamente come *elementi “negativi-impeditivi”* di requisiti costitutivi del “fatto di reato”; vedi retro nota 11. Nella stessa logica, per i tripartiti, la presenza di una causa di giustificazione dovrebbe escludere, *impedendone* l’integrazione, il requisito della “antigiuridicità oggettiva”. Allo stesso modo, per coloro che, a loro volta, vedono nella “punibilità” il “quarto elemento” del reato, le “cause di non punibilità” – sia pure limitate a quelle dettate da mere ragioni di “opportunità politica” (come le “cause personali di esenzione da pena”) – dovrebbero logicamente costituire, in quella particolare sistemica, “elementi negativi-impeditivi” dell’elemento “autonomo” della “punibilità”.

<sup>158</sup> Secondo la dottrina dominante, le – genericamente definite – “cause di non punibilità” cui si affiancherebbero, come categoria *autonoma*, le “cause estintive del reato”, *farebbero venire meno, “estinguendola”, una punibilità già sorta* con la mera realizzazione del “fatto di reato”. Costruzione che ha (o dovrebbe avere) necessariamente come *presupposto* logico l’idea dell’esistenza di “*norme autonome*” di “non punibilità” (come, in particolare, quelle che prevedono “cause estintive del reato”: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 309). Dove però – muovendo da questi presupposti – il vero problema attiene anzitutto alla qualificazione dommatica e alla collocazione sistemica delle “cause *personali* di non punibilità”, come ad es. le immunità, trattandosi di situazioni non successive *ma concomitanti* alla realizzazione del reato (e che, presupponendo – sempre per la dottrina dominante: per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 149-150 – un fatto di reato *al completo* dei suoi elementi costitutivi, incidendo solo sulla applicabilità della pena, sarebbero comunque difficilmente classificabili come situazioni “impeditive” della sola punibilità, posto che, se così fosse, verrebbe meno, già a monte, la possibilità di integrazione dello stesso

Anche poi volendosi – sia pure come mera ipotesi di lavoro – utilizzare un *concetto amplissimo di “reato”*, comprensivo non solo della “colpevolezza”<sup>159</sup> ma anche della “necessità-bisogno di pena”, derivante, a seconda dei casi, dalla – eventuale – “presenza” di condizioni oggettive di punibilità e dalla “mancanza” di “cause di non punibilità” (quali le c.d. cause “personali” di non punibilità<sup>160</sup>, le cause “sopravvenute” di non punibilità, le cause “estintive” della punibilità, ecc.)<sup>161</sup>, la “punibilità” presupporrebbe viceversa la integrazione di

---

“fatto di reato”). In realtà, come esattamente ha evidenziato PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., *passim*, spec. p. 681 ss., le difficoltà della dottrina che segue fondamentalmente questa impostazione delle “cause di non punibilità” spesso nascono dalla *confusione* operata tra “punibilità” quale “previsione astratta della pena” come conseguenza di un reato, e quindi come sua applicabilità *in astratto*, e possibilità di “non applicazione” della pena *in concreto*. Sulle categoria delle cause di non punibilità vedi comunque *infra* nel testo; più in particolare, sulle cause personali di non punibilità (o di esenzione da pena), *infra* cap. III, 2.5.

<sup>159</sup> Importante è tuttavia sottolineare, dal punto di vista dommatico oltre che sistematico, come, se così fosse, almeno per coloro che riconducono sotto un concetto di colpevolezza “normativamente” inteso, accanto all’“imputabilità”, anche l’“elemento soggettivo” del reato (vedi, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 289 ss.), i “non imputabili” non potrebbero mai commettere un “reato” *in senso proprio* (ossia un fatto costitutivo di reato *al completo* dei suoi requisiti essenziali); tant’è che parte della dottrina parla, a proposito del “fatto del non imputabile”, di *dolo e colpa “naturali”* (o anche di “quasi-dolo” e “quasi-colpa”: retro nota 77), in modo però *assolutamente improprio* dal punto di vista giuridico, essendo il dolo e la colpa solo *concetti “normativi”*, non esistendo nel mondo dei fenomeni naturali; semmai dipendendo questo modo di argomentare dalla mancata distinzione tra il piano “naturalistico” dell’“oggetto di qualificazione”, ad es. la volontà e rappresentazione del fatto realizzato, e il piano “giuridico” della “qualificazione dell’oggetto”, nel nostro esempio il “dolo”, concetto normativo funzionale solo alla individuazione sintetica di un certo tipo di disciplina. Da ciò discende allora la necessità logica e sistematica per i tripartiti di distinguere viceversa l’“illecito”, come mero sinonimo di “fatto costitutivo di reato”, comprensivo anche del dolo o della colpa, dal “reato”, a sua volta comprensivo della “colpevolezza” (intesa come concetto normativo “puro”) (così la dottrina tedesca, laddove distingue tra *Unrecht* e *Verbrechen*, denominato anche *Delikt*). Lo stesso discorso deve poi essere fatto, *a fortiori*, per l’ignoranza inevitabile della legge penale o, meglio, per il requisito della conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto costitutivo di reato (*ignorantia legis* inevitabile da considerare non – come la intende la dottrina tripartita – requisito della “colpevolezza normativa”, e quindi riferibile solo ai soggetti “imputabili”, ma come causa di esclusione della responsabilità riferibile *anche ai “non imputabili”*): su questo punto vedi *infra* cap. III, 2.4 lett. b.

<sup>160</sup> Più correttamente – come vedremo: *infra* cap. III, 2.5 – solo le “cause personali di non punibilità” costituite dalle “immunità”, ossia da quelle che determinano la “non destinatarietà” del comando o divieto penalmente sanzionati (non le cause personali di esenzione da pena che concernono la “legittimazione” al reato, facendo parte del suo “fatto costitutivo”: *infra* cap. III, 2.4 lett. e).

<sup>161</sup> Dice PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 672 ss., che la nozione di “reato” comprende «l’insieme dei coefficienti necessari al prodursi della conseguenza giuridica della pena».

detto “reato” (in senso ampio) attraverso la realizzazione di *tutti, indistintamente, i suoi elementi essenziali* (ossia necessari, e nel loro insieme sufficienti, per la sua integrazione). Ciò significa allora che la “punibilità”, essendo – anche in questa logica – *qualifica normativa del “tutto”* (= “insieme”), ossia appunto del “reato” (*identificato* con la “fattispecie di punibilità”), e quindi sua *essenza* o *carattere* (e *non*, come già abbiamo detto, suo “elemento”)<sup>162</sup>, rappresenta semmai l’*“indicazione sintetica e riassuntiva”* (= espressione di “sintesi”) dell’intera sua *“disciplina”*.

Sempre in questa stessa logica, identificando il “fatto punibile” con l’intera “fattispecie di responsabilità per la pena”, la qualifica di *“antigiuridicità penale”* verrebbe allora a *coincidere* con quella di “punibilità”<sup>163</sup>. Se viceversa

---

per cui la punibilità potrebbe venire meno giammai in astratto, ma eventualmente nel solo momento applicativo della pena». Sottolinea G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano Giuffrè, 1988, pp. 1121-1122, come, per Petrocelli, «In definitiva, la punibilità consisterebbe nella riferibilità della sanzione alla fattispecie non al fatto conforme alla fattispecie, in una correlazione logica e non cronologica: in quanto elemento della norma, essa condizionerebbe l’elemento dell’antigiuridicità strettamente penale, cioè scaturente dal contrasto del fatto con la norma penale e non con l’intero ordinamento. La non punibilità, per converso, non sarebbe esclusione di un qualche elemento del reato, eliminazione cioè di una punibilità già sorta, ma il non sorgere originario della punibilità ovvero, nella estinzione del reato, il venire meno della potestà punitiva in concreto».

<sup>162</sup> Mi sembra che considerare la “punibilità” come “elemento del reato” costituisca, *mutatis mutandis*, lo stesso errore dommatico che si fa quando si qualifica l’*offesa all’interesse tutelato* dalla norma incriminatrice, non quale *“contenuto” sostanziale* del reato (così viceversa, correttamente, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 444-451, spec. 448), ma quale suo semplice, *ulteriore, “elemento costitutivo”* dal punto di vista della sua “struttura” che, in quanto tale, *si aggiungerebbe* agli altri ai fini dell’integrazione dell’illecito. Considerano l’offesa al bene penalmente tutelato come elemento del reato MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 240, 276 ss. e 289 (che non parlano di “interesse”, ma solo di “bene”) e MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 199 e 228 (che ammette, conseguentemente, l’esistenza di reati “di scopo” o “senza offesa”).

<sup>163</sup> Vale la pena ricordare come, da una prospettiva di teoria generale, se è la presenza di una “sanzione” che permette di qualificare la sua “fattispecie condizionante” come “fatto antigiuridico”, nel senso di “valutato sfavorevolmente” dall’ordinamento, ne segue che anche *l’insieme di tutte le condizioni* che individuano la *astratta* possibilità di applicazione di una pena criminale deve essere qualificato come “fatto penalmente antigiuridico”. Ciò non esclude, però, che un concetto di “antigiuridicità penale” possa anche essere *convenzionalmente* riferito, *più restrittivamente*, al solo “fatto costitutivo di reato” in quanto *momento centrale* della “fattispecie di responsabilità per la pena”, posto che è proprio il suo autore (meglio: l’autore del comportamento che ne sta alla base) a potere essere qualificato come *soggetto penalmente responsabile* in quanto possibile – e unico – destinatario della pena criminale. In tal caso l’antigiuridicità penale della fattispecie condizionante (nel suo complesso) *comprenderebbe* logicamente l’antigiuridicità penale del suo “elemento centrale” costituito dal “fatto di reato”, senza però esaurirsi in essa. In questo senso, la “fattispecie di punibilità” è, come è evidente, una “fattispecie a struttura complessa” e “a formazione progressiva” (retro cap. I, 1).

si volesse riservare, propriamente, la qualifica di “antigiuridicità penale” *solo* – più restrittivamente – al “fatto costitutivo di reato”, come l’*“in sé” del reato*<sup>164</sup> (in una parola: ciò che lo caratterizza nel mondo dei fenomeni giuridici come “illecito”), il concetto di “punibilità” *comprenderebbe* quello di “antigiuridicità penale” *senza però esaurirsi in esso*.

Essenziale è però a questo punto ricordare come, almeno in linea tendenziale, a differenza di quanto *normalmente* accade per i requisiti *costitutivi* del “fatto di reato” di tipo “positivo”, ossia che debbono essere “presenti” per l’integrazione del fatto di reato (tanto se si tratta di elementi positivi costruiti positivamente<sup>165</sup> quanto negativamente<sup>166</sup>); con riferimento viceversa ai *requisiti della “punibilità”*, in tutte le disposizioni che *esplicitamente* la menzionano nel testo normativo, il legislatore non individui, “in positivo”, gli elementi che “fondano” la punibilità (ad *eccezione* delle condizioni oggettive di punibilità: vedi art. 44 c.p.)<sup>167</sup>, *ma solo, “in negativo”, gli elementi che la “escludono”*<sup>168</sup>. Il che avviene attraverso il ricorso ad espressioni come “non

<sup>164</sup> Secondo la ormai classica e celebre definizione che Rocco dà del concetto di “antigiuridicità penale” come «l’essenza stessa, la natura intrinseca, l’*“in sé” del reato*»: ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 475.

<sup>165</sup> E quindi anche positivamente provati per l’affermazione dell’esistenza del reato. Una *eccezione* potrebbe riscontrarsi con riferimento al requisito della “coscienza e volontà” della condotta, relativamente al quale non si richiede l’accertamento positivo della concreta esistenza della *suitas* – posto che, secondo quelle “massime di esperienza” che debbono sempre guidare il giudice nella verifica dell’ipotesi accusatoria, *di regola* una condotta umana è sempre riferibile a coscienza e volontà (presunzione *iuris tantum*: infra nota 805) – ma, al contrario, è l’eventuale accertamento della positiva presenza di una situazione di forza maggiore (in senso lato) ad escluderla (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 246-247).

<sup>166</sup> Elementi “positivi” di cui deve essere, rispettivamente, “presente la presenza” e “presente la mancanza”. Un esempio di elemento positivo “costruito negativamente” è dato dal “dissenso” (= “mancato consenso”) nel delitto di violazione di domicilio (art. 614 c.p.): vedi note 11 e 210.

<sup>167</sup> Art. 44 c.p.: «CONDIZIONE OBIETTIVA DI PUNIBILITÀ – Quando, *per la punibilità* del reato, *la legge richiede il verificarsi di una condizione*, il colpevole risponde del reato, anche se l’evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto».

<sup>168</sup> Ciò vale anche con riferimento alle *cause di giustificazione* che, pur costituendo elementi *essenziali* del “fatto di reato” al pari degli “elementi positivi” (e non, genericamente, requisiti della “punibilità”), operano quali “*elementi negativi*” (in senso stretto; meglio: elementi negativi *a contenuto positivo*: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 288; vedi anche infra cap. IV, 3), elementi quindi che debbono “*mancare*” per l’integrazione del “tipo”, per cui è la loro “*presenza*” che “*esclude*” il reato e quindi la “punibilità”; onde la correttezza semantica del nostro codice quando le definisce – come avviene per tutte le *altre* situazioni che comportano la “non punibilità” – “*circostanze di esclusione della pena*” (art. 59 c.p.) introducendole con la formula “non è punibile” (vedi ad es. con riferimento alle cause di

è punibile”, “nessuno può essere punito”, “la punibilità è esclusa” e altre di analogo tenore<sup>169</sup>. Così, ad es., non è la capacità naturalistica di intendere e di volere a fondare la qualifica normativa di imputabilità quale presupposto necessario della astratta possibilità di applicazione della pena (nonostante quanto a prima vista sembrerebbe discendere da una lettura “asistemica” dell’art. 85 comma 2 c.p., secondo cui «È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere»); ma è solo la presenza di una delle cause di “non imputabilità” tassativamente previste dagli artt. 88 ss. c.p. ad escluderla. Così come non è la effettiva conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto a fondare la punibilità del suo autore, ma la sua “ignoranza inevitabile” ad escluderla<sup>170</sup>. Il requisito della “punibilità” opera dunque, a livello delle singole

giustificazione “general” l’incipit degli artt. 50, 52, 53 e 54 c.p.).

<sup>169</sup> PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 685. Si veda altresì la particolare formula utilizzata dall’art. 393-bis c.p. (contenutisticamente corrispondente all’abrogato art. 4 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288), secondo cui «Non si applicano le disposizioni degli articoli ...». Formula, da un lato, dommaticamente e normativamente corretta in quanto permette di qualificare senz’altro come “causa di giustificazione” anche questa “causa di non punibilità” in quanto *concomitante* rispetto alla condotta costitutiva del reato, parlando – con estrema precisione – di “inapplicabilità” di “disposizioni”, e non di “norme”, che come noto costituiscono il risultato dell’attività interpretativa di un insieme di disposizioni, ossia di enunciati linguistici normativi; dall’altro, da intendere come *esattamente equivalente* sul piano normativo a “non è punibile”, come si ricava anche dalla rubrica dello stesso art. 393-bis c.p. che definisce espressamente questa situazione come “Causa di non punibilità”. Sotto la vigenza del Codice Zanardelli, viceversa, la formula comunemente usata nelle previsioni di parte speciale – specie con riferimento alle cause di non punibilità “sopravvenute”, ma non solo – faceva riferimento alla “esenzione da pena” («va esente da pena»: vedi ad es. gli artt. 133, 134 comma 2, 215, 216, 233, 237, 241 comma 1, 249 comma 2, 429 comma 4 c.p. Zanardelli).

<sup>170</sup> Lo stesso deve (meglio: dovrebbe) dirsi, almeno da parte dei tripartiti sostenitori della concezione “normativa” della colpevolezza (pura, solo normativa, o mista, cioè normativo-psicologica, non importa), a proposito del requisito dell’“esigibilità” di un comportamento diverso adeguato alla pretesa normativa, posto che non è la suddetta “esigibilità”, “in positivo”, a fondare la punibilità dell’autore del fatto di reato, ma, “in negativo”, la sua “inesigibilità” ad escluderla (ad es., per la presenza di c.d. “scusanti”). Così come, sempre “in negativo”, opererebbero le “cause personali di esenzione da pena” (almeno per quella parte della dottrina secondo la quale dette situazioni – come ad es. le “immunità” – escluderebbero solo la punibilità dell’autore di un fatto di reato di per sé già realizzato al completo di tutti i suoi elementi costitutivi: infra cap. III, 2.5).

Si noti poi come anche per i requisiti “essenziali” del fatto costitutivo di reato, il sistema penale preveda, “in negativo”, gli elementi “impeditivi” della loro integrazione. Essi però, come abbiamo visto (retro nota 11 e anche infra cap. IV, 1), hanno una *valenza per lo più processuale-probatoria*, nel senso che per la loro operatività basta la semplice insinuazione del dubbio sulla loro esistenza (mentre per l’accertamento dell’elemento di cui impediscono l’integrazione occorre, ai fini della condanna, la piena prova positiva della sua esistenza, come dice l’art. 533 comma 1 c.p.p., «al di là di ogni ragionevole dubbio»). Si pensi, per tutti,

previsioni di diritto positivo, *“in negativo”* come *“luogo”* nel quale ricondurre le più variegate *cause di “non punibilità”* – e quindi *concetto privo di un contenuto uniforme* e pertanto, in quanto meramente *“descrittivo”*, dommaticamente e sistematicamente *inutilizzabile*<sup>171</sup> –; cause di *“non punibilità”* concomitanti o successive al fatto di reato, queste ultime estintive o semplicemente di non punibilità sopravvenuta, aggruppabili unitariamente solo in funzione della loro – solo esteriore e quindi estrinseca – *efficacia comune di “escludere” la punibilità*; mentre solo per le condizioni oggettive di punibilità il concetto *normativo* di punibilità opererebbe *“in positivo”*<sup>172</sup>.

Occorre poi tenere conto di una ulteriore distinzione – operata da quegli autori<sup>173</sup> che vedono una unità indissolubile (già a livello di teoria generale della norma) tra *“precetto”* e *“sanzione”*, ossia, nel diritto penale, tra *“reato”* e *“pena”* – che corre tra la *“punibilità”*, *per definizione, “in astratto”* e la *“pena” applicata “in concreto”*: la prima verrebbe infatti *esclusa* dalle *“cause impeditive della punibilità”*, e quindi, secondo questa dottrina, del *“reato”* in quanto *“impeditivo”* della sua integrazione (come l'errore sul fatto di reato); la seconda, dall'intervento, *dopo* la commissione in concreto del fatto di reato, delle *“cause sopravvenute di non punibilità”*, o meglio: *“cause di esclusione della pena”* della più diversa natura giuridica, *dipendenti o meno da un comportamento dell'autore del reato* (a seconda dei casi: reato indicato nell'imputazione o definitivamente accertato processualmente); cause di esclusione della (sola) pena che *“romperebbero”* il nesso *“normativo”* (astratto) tra reato e pena, consentendo, attraverso la *“dissociazione”* tra precetto e sanzione penale, di *non applicare in concreto la pena* astrattamente prevista per quel reato. Si noti però come, anche volendosi distinguere tra una *“previsione astratta”* di reato e la sua *“commissione in concreto”*, le conseguenze di *“non punibilità”* che discendono in caso di realizzazione in concreto del reato sono comunque *sempre*, anch'esse, già *astrattamente previste e disciplinate da “norme”* (meglio: *“disposizioni normative”*), e pertanto, per loro natura e struttura, generali e astratte<sup>174</sup>.

all'“errore sul fatto di reato” rispetto al “dolo”.

<sup>171</sup> Vedi note 177 e 178.

<sup>172</sup> Come si ricava già da una semplice lettura dell'art. 44 c.p. (retro nota 167).

<sup>173</sup> Come PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 669 ss. Anche se detto Autore identifica, ma sempre nella prospettiva *“astratta”*, il *“reato”*, in quanto *“fatto punibile”*, con l'“intera” *fat-tispecie di punibilità*, dando quindi al termine *“reato”* un significato in senso *“ampio”* (vedi retro note 16, 18, 22 e 161).

<sup>174</sup> Così (a proposito della comune distinzione tra punibilità *“in astratto”* e *“in concreto”*) PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 682 nota 25. Conclusione alla quale si può più facil-

Dal riconoscimento della assoluta *genericità* del concetto di “causa di non punibilità” – o, il che è lo stesso, di “circostanza di esclusione della pena”<sup>175</sup> – discende allora inequivocabilmente una conseguenza sul piano sistematico della massima importanza, ossia l'*inconsistenza dommatica* – e quindi la sostanziale “superfluità” dal punto di vista della scienza penalistica<sup>176</sup> – della costruzione di una *categoria “autonoma” di “cause di non punibilità”*<sup>177</sup>. Tale formula si limita infatti a “*descrivere*” la “conseguenza” sul piano normativo-penale, ossia l'*effetto* della “non punibilità”, della presenza di situazioni della natura giuridica più diversa<sup>178</sup>; *ma non “spiega” il “perché” della*

mente pervenire, sul piano dommatico, ammettendo l'esistenza anche di *norme “autonome” ad “efficacia estintiva” della punibilità*. Tuttavia, anche per coloro che ravvisano l'esistenza *solo* di una “norma incriminatrice”, ossia ad “efficacia costitutiva” della punibilità, le “cause estintive della punibilità” (cui, come vedremo infra cap. I, 11, vanno ricondotte anche le c.d. “cause sopravvenute di non punibilità”) sono comunque *anch'esse previste “in via astratta” direttamente da ciascuna “fattispecie di punibilità” descritta da ogni singola “norma incriminatrice”,* sia pure come suoi elementi “negativi” (infra cap. I, 11). In generale, nel senso che carattere della “norma giuridica” è la sua “generalità” e “astrattezza”, vedi V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2<sup>a</sup> ed., II.1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Padova, Cedam, 1971, p. 18 ss.; MODUGNO, voce *Norma (teoria generale)*, cit., pp. 343-345 (che ritiene tali caratteri immanenti in ogni “norma di condotta”, non solo giuridica); *contra* KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 251 ss., spec. p. 267 ss. e ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 134 ss., che, nella sua costruzione “a gradini” dell'ordinamento giuridico, vede nel provvedimento del giudice o dell'autorità amministrativa la “norma” del caso concreto. Sulla problematica delle c.d. “leggi provvedimento” vedi infra nota 358. In particolare, ammette la legittimità della previsione di leggi provvedimento in materia penale MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 62.

<sup>175</sup> Di “circostanze di esclusione della pena” parla esplicitamente il codice penale agli artt. 59 e 119. Sull'esatto ambito applicativo di questa categoria, *normativamente rilevante*, vedi infra cap. III, 2.6.

<sup>176</sup> Si ricordi infatti uno dei canoni fondamentali di qualunque discorso scientifico, il c.d. “*rasoio di Okkam*”: *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*.

<sup>177</sup> Si veda anche ROCCO, *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del Testo definitivo del Codice penale*, in *Gazz. Uff. del Regno d'Italia*, Anno 71<sup>o</sup> - Numero 251, n. 31, p. 4461, secondo cui «*il termine “non punibile” ha nel codice un significato generico, e non ristretto alle cause che esimono da pena*. Esso comprende *ogni causa* per la quale il fatto non può essere punito, *all'infuori dei casi di non imputabilità*», e quindi anche le esimenti o cause di giustificazione in senso stretto, aggiungendo di averlo «preferito alle espressioni specifiche per non pregiudicare, di fronte alla varietà dei casi, l'interpretazione giurisprudenziale e l'elaborazione dottrinale». *Contra* vedi però MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 496 ss. e ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 55-71, che danno viceversa al termine “cause di non punibilità” denominate anche “cause di esclusione della punibilità” un significato specifico e autonomo.

<sup>178</sup> Alla stregua della disciplina contenuta nel codice penale italiano, le formule – *normati-*

“non punibilità” in presenza di *ciascuna* ipotesi prevista dalla legge, ossia non dice nulla circa la “natura giuridica” della “causa” che di volta in volta la determina. Unica domanda, questa, realmente essenziale (lasciata però senza risposta da quella dottrina che ammette una categoria autonoma di cause di non punibilità) ai fini della *individuazione della “disciplina normativa” di volta in volta applicabile* (ad es., se si tratta di cause di non punibilità che si “estendono” o no ai “concorrenti” nel reato<sup>179</sup>; ovvero se siamo in presenza di ipotesi che giustificano la reazione in “legittima difesa”, laddove si ritenga trattarsi comunque di situazioni sotto qualche aspetto qualificabili come “ingiuste” ossia “antigiuridiche”; ovvero ancora se rilevi, ai fini dell’esclusione del dolo, la supposizione erronea della loro presenza).

---

*vamente equivalenti* – «Non è punibile» e «Nessuno può essere punito» sono usate dal legislatore per indicare le situazioni di “non punibilità” più diverse quanto a *natura giuridica* e quindi a *disciplina* applicabile. Così, esemplificando e rimanendo solo alla c.d. “parte generale”, un soggetto può non essere punibile perché la sua condotta non è riferibile a coscienza e volontà; perché tra la sua condotta e l’evento naturalistico è intervenuto un fattore qualificabile come “eccezionale”; perché il dolo è escluso dalla presenza di un errore sul fatto costitutivo del reato; perché la colpa specifica-normativa è esclusa dalla presenza del caso fortuito; perché il fatto commesso è costitutivo di un c.d. reato putativo per errore sul fatto; perché il fatto commesso è costitutivo di un c.d. reato impossibile; perché il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione; perché si tratta di soggetto normativamente qualificabile come “non imputabile”; perché è intervenuta una causa di estinzione del reato (solo laddove essa presupponga l’accertamento della previa commissione del reato) o della pena, ecc. Si consideri però come la “non punibilità” possa discendere *anche* dalla presenza di situazioni che, *solo indirettamente*, attengono al reato e/o alla sua punibilità, incidendo viceversa *in via diretta anzitutto sulla “norma penale incriminatrice”* e quindi sulla sua “validità” e/o “obbligatorietà” nei confronti dei consociati, come suoi “limiti”. Si pensi, a questo proposito, alle “cause di non punibilità” costituite dalla non previsione espressa del fatto come reato; dalla inapplicabilità retroattiva della previsione legislativa del fatto come reato (salvo che non si tratti di legge più favorevole); dalla non “obbligatorietà” della norma nei confronti dei soggetti c.d. “immuni”; dalla ignoranza inevitabile della legge penale, ecc. Sui “limiti di validità” della “norma incriminatrice” con riferimento, da un lato, alla norma incriminatrice considerata nella sua “integralità”, dall’altro, ai suoi “ambiti di validità” temporale, spaziale, personale e materiale, e sulla possibile distinzione tra “limiti della norma” (in senso stretto) e “limiti del fatto” (di reato), si veda analiticamente infra cap. III, 2 e nota 205.

<sup>179</sup> Per le “cause estintive del reato”, categoria sotto la quale sono da ricondurre – come vedremo: infra cap. I, 11 – anche le c.d. “cause sopravvenute di non punibilità”, dispone espressamente, sotto questo profilo, l’art. 182 c.p., a tenore del quale, «Salvo che la legge disponga altrimenti, l’estinzione del reato o della pena ha effetto *soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce*», il che significa la sua “inestensibilità” agli eventuali concorrenti.

### 9. *Le possibili partizioni teoriche di un "sistema" penale "integrale" e "integrato"*

Alla luce delle considerazioni finora svolte, laddove si voglia procedere alla costruzione di un *sistema penale "integrale" e "integrato"*<sup>180</sup> – in una prospettiva tuttavia *rigidamente (ed esclusivamente) "giuridica"* e non anche "criminologica"<sup>181</sup>, che faccia riferimento sia al diritto di "prevenzione" del delitto (ossia delle misure di prevenzione *ante e praeter delictum*, oltre che delle misure di sicurezza *post delictum*), sia, nella prospettiva della "repressione" dell'illecito, al diritto penale c.d. "sostanziale" (comprensivo della individuazione dei fatti costitutivi di reato e delle pene per essi previste), ma anche "processuale" e dell'"esecuzione" – occorre allora distinguere, *nell'ambito di una visione normativa "globale"* di "contrasto" al fenomeno criminale, e quindi appunto di "sistema", con specifico riferimento all'*intero meccanismo della "punibilità"* una serie di profili.

1) In primo luogo, una *teoria del "reato"* (meglio: del "*fatto costitutivo di reato*"), comprensiva delle c.d. "forme di manifestazione dell'offesa" (reato "circostanziato"<sup>182</sup>, "tentativo" e "concorso di persone") e del "concorso

<sup>180</sup> Sul significato dell'espressione "sistema penale integrale e integrato", come convenzionalmente assunta in questo lavoro, vedi retro cap. I, 2. Nella prospettiva della costruzione di un "sistema penale globale" si vedano, nella dottrina tedesca, i contributi raccolti nel volume *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, a cura di Jürgen Wolter e Georg Freund, Heidelberg, Müller Verlag, 1996.

<sup>181</sup> Contrariamente, a quanto ritiene Roxin, parlando di "sistema penale globale" (ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 588-589): retro nota 60. La continua commistione tra il mondo dell'"essere", ossia della "realtà", e il mondo del "diritto", ossia della "qualificazione normativa" di questa realtà, si può facilmente vedere ad es., in particolare, nella maggior parte delle trattazioni che si occupano del sistema penitenziario (specie quando si parla di "efficacia", nel senso di "effettività", della prevenzione generale o speciale).

<sup>182</sup> La teoria del "reato circostanziato" (strutturalmente "autonomo" rispetto al c.d. "reato-base": TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 28 ss.) andrebbe (in modo più corretto e preciso) *sistematicamente suddivisa* tra ciò che, da un lato, ne costituisce la "*fattispecie condizionante*", avente ad oggetto lo studio della struttura e "natura" dell'"elemento circostanziale", delle singole circostanze c.d. "comuni" previste agli artt. 61, 62 e 62-bis c.p., dei criteri di imputazione delle aggravanti e delle attenuanti solo oggettivamente esistenti o erroneamente supposte e della loro rilevanza processuale, momenti da collocare nell'ambito della "teoria del reato"; e ciò che, dall'altro lato, costituisce la "*conseguenza sanzionatoria*" della circostanza, ossia i suoi "effetti", aspetto da collocare viceversa nella "teoria della commisurazione della pena" (su cui vedi infra cap. I, 11 e 12). Studio della conseguenza sanzionatoria, in particolare, nell'ambito del quale si dovrebbe a sua volta distinguere l'"efficacia" della circostanza sulla sanzione da applicare in concreto a seconda che si tratti di circostanze "ad effetto comune" o "ad effetto speciale" ovvero di unica circostanza o di una pluralità di circostanze in concorso, a sua volta da distinguere ulteriormente a seconda che si tratti di circostanze "omogenee" o "eterogenee".

di reati”<sup>183</sup>, come *parte “centrale”* e dunque essenziale e necessaria, anche se non sufficiente, della – più ampia – *teoria della “fattispecie di responsabilità penale-punitiva”* (nella quale è anche possibile distinguere, per chiarezza dogmatica, tra un momento di *“meritevolezza”* e uno di *“utilità”*, e quindi di *“necessità pratica”*, ossia di *“bisogno”*, della *“pena”*, essendo qualunque *“funzione della pena”* in una società *“laica”* necessariamente *“preventiva”*, sia generale che speciale, quindi non *“assoluta”*, di *“giustizia”*<sup>184</sup>, ma solo *“relativa”* e quindi di tipo inevitabilmente *“utilitaristico”*<sup>185</sup>).

2) Dal momento che, nel sistema punitivo criminale, la *“norma penale incriminatrice”* c.d. *“sostanziale”* *non esiste al di fuori del processo penale* e quindi

<sup>183</sup> Anche con riferimento al *“concorso di reati”*, da inserire nella più ampia problematica della *“unità o pluralità”* degli illeciti penali (ai cui *“confini”* sta, da un lato, la distinzione tra *“atto”* sul piano *“naturalistico”* e *“condotta costitutiva del reato”* sul piano *“normativo”*, dall’altro, la figura del *“reato complesso”*), occorrerebbe *sistematicamente* distinguere tra l’analisi della *“struttura”* delle diverse *“tipologie”* di *“concorso di reati”* (concorso materiale, concorso formale, continuazione di reati, *aberratio ictus* e *aberratio delicti* *“plurilesive”*), da collocare nella *“teoria del reato”*, e l’*“efficacia”* sul piano sanzionatorio di ciascuna di queste situazioni (cumulo materiale delle pene, cumulo giuridico, assorbimento), da collocare viceversa nella *“teoria della pena”* (vedi infra cap. I, 11). Concorso di reati, in quanto tale dipendente da un *“concorso reale”* di norme incriminatrici, che andrebbe poi a sua volta distinto dal mero *“concorso apparente”* di norme incriminatrici.

Si noti tuttavia come del reato circostanziato e del concorso di reati si dovrebbe comunque parlare anche in sede di teoria della *“gravità del reato”* qualora, come credo, se ne dovesse ammettere l’autonomia: vedi infra cap. I, 12.

<sup>184</sup> Al contrario di quanto avviene per quella vera e propria tipologia *“contemporanea”* di *“diritto penale del nemico”* costituita dal c.d. *“diritto internazionale penale”* (da distinguere dal *“diritto penale internazionale”*: infra nota 455), *“eticamente”* orientato in funzione di un assurdo – e politicamente pericolosissimo – *“ideale”* di *“giustizia assoluta”* (infra nota 343), che in realtà si traduce però in una *forma di “vendetta politica”* nei confronti di soggetti già *“vinti”*, politicamente e militarmente, e quindi iniquamente *“selettiva”*, ammantata delle *“formalità”* del processo penale, anche se al di fuori del rispetto di tutte le *“garanzie penali”* sostanziali e processuali; il che fa dubitare della stessa correttezza dogmatica di qualificare questa *“materia eccezionale”* come vero e proprio *“diritto penale”* (trattandosi in realtà solo di una branca del diritto internazionale, in quanto tale basata sul principio di *“effettività”* ossia della *“forza”*). Sulla tendenza politico-criminale alla definitiva *“laicizzazione”* e *“secolarizzazione”* del diritto penale in una chiara prospettiva di tipo *“utilitaristico”* (e non di *“giustizia”*) vedi infra cap. V, 6 (ma in parziale controtendenza vedi la c.d. *“giustizia riparativa”*: cap. V, 7, anche con riferimento ai reati di opinione basati sul c.d. *“politicamente corretto”*: note 546 e 965).

<sup>185</sup> Si ricordi che tutte le teorie – oggi dominanti – che vedono nella pena una *“funzione”* esclusivamente di *“prevenzione”*, generale e/o speciale non importa, sono, per definizione, teorie *“utilitaristiche”* della sanzione punitiva penale. Per tutti, con ampio approfondimento, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 245.

del suo concreto accertamento processuale<sup>186</sup>, processo che dunque appartiene alla *fisiologia* di questo ramo dell'ordinamento giuridico<sup>187</sup>, occorre poi considerare la *teoria della "verificazione processuale dell'ipotesi accusatoria"* (= della *intera fattispecie* di "responsabilità per la pena" ma anche "per la misura di sicurezza"; misura di sicurezza che, si ricordi, può essere applicata, laddove si sia in presenza di un soggetto autore di un fatto di reato non imputabile ma socialmente pericoloso, *anche con una sentenza di "assoluzione"*: art. 530 commi 1 e 4 c.p.p.<sup>188</sup>).

3) In caso di verifica processuale *positiva* dell'ipotesi accusatoria, e quindi della *affermazione della "responsabilità" in concreto di un certo soggetto*, processual-

<sup>186</sup> Ciò trova *conferma normativa* nell'ordinamento italiano, a livello costituzionale, nell'art. 13 comma 2 Cost., a tenore del quale «Non è ammessa forma alcuna di detenzione, ... né qualsiasi altra *restrizione della libertà personale* [nella quale si sostanzia ancora fondamentalmente – a mio parere correttamente, alla luce del principio costituzionale che vede nel diritto penale la *ultima ratio* di tutela – qualunque tipo di pena criminale: vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1703 e retro nota 113], *se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria ...*». Vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 14 ss. e l'idea della norma penale "reale" (infra cap. II, 1 e nota 389). A sua volta, quando l'art. 25 comma 2 Cost. afferma che «Nessuno può essere *punito*», il termine "punito", costituzionalmente inteso anche ai fini dell'applicazione delle "garanzie" previste per la "materia penale" dalla stessa Costituzione (infra cap. V, 8), indica non solo il "perché" e il "quando" della pena ma *anche il "quomodo"*, ossia il "come" si arriva alla punizione stessa; in una parola: in base all'applicazione di certe regole procedurali. A ben vedere, anzi, occorrerebbe pervenire alla conclusione – logica sulla base di certe premesse – che il "delitto", quale presupposto della "pena criminale", *non è*, propriamente, quello *astrattamente* previsto dal legislatore nel momento in cui ne descrive gli elementi essenziali e specifici in una disposizione di "parte speciale"; ma solo quello che viene affermato in seguito all'interpretazione delle "disposizioni" legislative da cui si trae come risultato la "norma incriminatrice" relativa a quel delitto, interpretazione effettuata dall'unico organo giuridicamente qualificato che è il giudice nel momento in cui la deve *concretamente* applicare con riferimento ad una "situazione di vita" oggetto di verifica processuale; ciò ovviamente laddove pervenga ad una sentenza sia di condanna che di assoluzione (ossia in ogni caso in cui decida "nel merito" dell'imputazione) (vedi TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., spec. paragrafi 6 e 9).

<sup>187</sup> CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1949, p. 18. Vedi anche TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, in *Verità e metodo in giurisprudenza*. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25° Anniversario della consacrazione episcopale, a cura di G. Dalla Torre e C. Mirabelli, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2014, p. 628 ss.

<sup>188</sup> Si ricordi anche, a questo proposito, che, nella fase dell'udienza preliminare, «Il giudice non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca», essendo pertanto necessario in tal caso disporre il giudizio per l'imputato onde pervenire, laddove se ne verificano i presupposti, ad una sentenza dibattimentale di assoluzione per mancanza di imputabilità (art. 425 comma 4 c.p.p.).

mente identificato con l'“imputato”, attraverso una sentenza di “condanna” (a parte situazioni marginali come il “perdono giudiziale” dei minori, in cui all'affermazione di responsabilità segue viceversa *immediatamente* la declaratoria di “estinzione del reato”: art. 169 c.p., e quindi di “improcedibilità”: art. 531 c.p.p.)<sup>189</sup>, viene poi in evidenza la *teoria della “commisurazione della pena in concreto”*. Commisurazione della pena da intendere *in senso ampio*, che tenga conto anche di ciò che incide comunque sulla concreta “gravità” del reato commesso<sup>190</sup>, e quindi comprensiva – nel diritto positivo italiano – anche della efficacia sul piano sanzionatorio del meccanismo delle circostanze “aggravanti” e “attenuanti” – in senso tecnico<sup>191</sup> –, oltre che del “cumulo delle pene” in caso di concorso di reati, delle c.d. “diminuenti” in caso di adesione ai c.d. “riti premiali”<sup>192</sup>, della applicabilità (anzitutto delle “sanzioni sostitutive” delle pene detentive brevi, oggi) delle “pene sostitu-

<sup>189</sup> Per l'ipotesi particolare prevista dall'art. 131-*bis* c.p. di «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto» vedi le considerazioni svolte *infra* cap. I, 13.

<sup>190</sup> Di «gravità del reato» ai fini della sua «valutazione agli effetti della pena» parla infatti, non a caso, la rubrica dell'art. 133 c.p. (oltre che, più specificamente, il suo comma 1), disposizione che detta i “criteri fattuali” che debbono orientare la “discrezionalità” del giudice penale – discrezionalità quindi “vincolata” – anzitutto nella determinazione della pena in concreto tra il minimo e il massimo edittali. Sulla “gravità del reato” come *subteoria* a cavallo tra la “teoria del reato” e la “teoria della pena” – *rectius*: della “commisurazione della pena” in concreto – vedi *infra* cap. I, 12.

<sup>191</sup> Sempre nella prospettiva di un “aggravamento” della pena, una parte della dottrina più risalente faceva riferimento, in particolare, accanto alle “condizioni oggettive di punibilità”, anche alle “condizioni oggettive di maggiore punibilità”, categoria *inesistente* nel sistema penale italiano, *ad eccezione di quanto previsto solo dal codice della navigazione* all'art. 1121 (il che è storicamente spiegabile essendo state le disposizioni penali del codice della navigazione scritte materialmente da un Autore, il Leone, che – sulla scia della dottrina tedesca – ammetteva l'esistenza di questa particolare categoria di condizioni di punibilità); categoria non solo non prevista nella parte generale del codice penale ma anche inutile, dal momento che l'ordinamento italiano vigente conosce viceversa le “circostanze aggravanti” come meccanismi normativi per giungere ad un “aggravamento” del trattamento sanzionatorio. La confusione, anche nominalistica, tra circostanze “aggravanti” e condizioni di “maggiore punibilità” – categoria dommatica creata dalla dottrina penalistica tedesca, in mancanza di un sistema di circostanze come noi lo conosciamo – si poteva forse presentare *prima* della riforma dei primi due commi dell'art. 59 c.p. operata dall'art. 1 legge 7 febbraio 1990 n. 19 quando per le aggravanti la originaria imputazione “oggettiva” è stata sostituita da una “soggettiva” (nel senso della necessità almeno della loro “rappresentabilità/conoscibilità”). Vedi anche *infra* nota 625. Per cui, fra l'altro, ritenere che le condizioni di maggiore punibilità, ammettendone l'esistenza, continuerebbero anche oggi ad imputarsi “oggettivamente”, non solo violerebbe il principio di “personalità” della responsabilità penale, ma determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento con le circostanze aggravanti (in senso tecnico), in quanto situazioni strutturalmente e funzionalmente “omogenee”.

<sup>192</sup> *Infra* cap. I, 12 e nota 287.

tive” delle pene detentive fino a quattro anni in concreto (art. 20-*bis* c.p. e – nuovo – art. 53 legge n. 689/1981)<sup>193</sup> e degli *istituti “sospensivi”* della esecuzione della pena concretamente irrogabile dal giudice di cognizione (come la “sospensione condizionale della pena”, oggi tuttavia, per espressa volontà legislativa, inapplicabile alle pene sostitutive: art. 61-*bis* legge n. 689/1981)<sup>194</sup> accanto agli altri c.d. “benefici”, come la “non menzione” della condanna nel certificato del casellario giudiziale.

4) Infine, c’è una *teoria della “esecuzione della pena in concreto”*, che ruota intorno – almeno come regola tendenzialmente generale<sup>195</sup> – alla “*personalità criminale*” del singolo autore del fatto di reato, a *prescindere* dalla natura e gravità dell’illecito da lui concretamente realizzato (e per cui è intervenuta la condanna definitiva); personalità da correggere attraverso un’opera di “rieducazione” finalizzata alla “risocializzazione”<sup>196</sup>.

<sup>193</sup> Art. 20-*bis* c.p.: «PENE SOSTITUTIVE DELLE PENE DETENTIVE BREVI – 1. Salvo quanto previsto da particolari disposizioni di legge, le pene sostitutive della reclusione e dell’arresto sono disciplinate dal Capo III della legge 24 novembre 1981 n. 689, e sono le seguenti: 1) la semilibertà sostitutiva; 2) la detenzione domiciliare sostitutiva; 3) il lavoro di pubblica utilità sostitutivo; 4) la pena pecuniaria sostitutiva. 2. La semilibertà sostitutiva e la detenzione domiciliare sostitutiva possono essere applicate dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all’arresto non superiori a quattro anni. 3. Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo può essere applicato dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all’arresto non superiori a tre anni. 4. La pena pecuniaria sostitutiva può essere applicata dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all’arresto non superiori ad un anno» (inserito nel codice penale dall’art. 1 comma 1 lett. a) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150).

Art. 53 comma 1 legge 24 novembre 1981 n. 689: «SOSTITUZIONE DELLE PENE DETENTIVE BREVI – Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni, può sostituire tale pena con quella della semilibertà o della detenzione domiciliare; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre anni, può sostituirla anche con il lavoro di pubblica utilità; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente, determinata ai sensi dell’articolo 56-*quater*. ... » (inserito dall’art. 7 comma 1 lett. a) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150).

<sup>194</sup> Art. 61-*bis* legge 24 novembre 1981 n. 689: «ESCLUSIONE DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA – Le disposizioni di cui agli articoli 163 e seguenti del codice penale, relative alla sospensione condizionale della pena, non si applicano alle pene sostitutive previste dal presente Capo» (inserito dall’art. 7 comma 1 lett. i) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150).

<sup>195</sup> Come *eccezione* si pensi alle “preclusioni” all’applicabilità dei “benefici penitenziari” (misure “alternative” alla detenzione e misure “premierali” *stricto sensu*) stabilite dall’art. 4-*bis* ord. penit. nei confronti degli autori di gravi delitti, specie associativi, che suscitano un rilevante “allarme sociale”; preclusioni, sia pure oggi parzialmente ridimensionate da alcuni recenti interventi della Corte costituzionale (Corte cost., sent. 22 ottobre 2014 n. 24; Id., sent. 4 dicembre 2019 n. 253).

<sup>196</sup> Sul modo di intendere correttamente il principio di “rieducazione del condannato” alla

5) Occorre poi ricordare come una autonoma *teoria del “reo”*<sup>197</sup>, caratterizzata da una sua specificità, sia *presente all’“interno” di ognuna delle precedenti teorie*: nella teoria del reato e della fattispecie di responsabilità penale<sup>198</sup>, dal punto di vista della “capacità penale” (e quindi, *in negativo*, delle situazioni di “immunità sostanziale”, che la escludono) e della “legittimazione attiva al reato”<sup>199</sup> (su cui si fonda fra l’altro la teoria del reato c.d. “proprio”)<sup>200</sup>; nella fase processuale, nella prospettiva dell’“imputato” (e prima ancora dell’“indagato”), anche come soggetto eventualmente qualificato come “pericoloso” ai fini dell’applicabilità delle “misure cautelari” (arg. *ex art.* 274 lett. c, c.p.p.)<sup>201</sup>; nella fase della commisurazione della pena, nella prospettiva

---

luce di un’interpretazione sistematica dell’art. 27 comma 3 Cost. vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1694 ss. Vedi anche *infra* nota 325.

<sup>197</sup> Teoria del “reo” che trova nel codice penale italiano un preciso *momento di emersione e un fondamento normativo* anzitutto nell’*autonoma previsione* – rispetto alla teoria del “reato” contenuta nel Titolo III – del Titolo IV del Libro I, rubricato appunto «Del reo e della persona offesa dal reato», dedicato alla specifica disciplina delle figure del soggetto “attivo” e di quello “passivo” del reato (su cui – a proposito della “dimensione personale” dell’“ambito di validità materiale” della norma incriminatrice – vedi *infra* cap. III, 2.4 lett. e) e f).

<sup>198</sup> Dal punto di vista della precisione concettuale, occorrerebbe anche teoricamente distinguere la figura del “reo” – da intendere come soggetto “autore del reato” o “concorrente” nella realizzazione dell’offesa – da quella del “colpevole”. Anche se il codice penale e quello di procedura penale *tendono ad identificarle* (ad es., rispettivamente, artt. 9 commi 2 e 3, 10 comma 2, 41 comma 1, 44, 56 commi 2 e 3, 60 comma 1, 61 nn. 6, 11-*bis* e 11-*quater*, 62 nn. 3 e 5, 63 comma 1, 68 comma 1, 69 comma 4, 70, 72 comma 1, 82, 83, 103, 104, 105, 108 comma 1, 109 comma 2, 117, 118, 128 comma 2, 133 comma 2, 158 comma 1, 163 comma 4, 164, 169 comma 1, 185 comma 2, 186, 192, 193, 194, 196, 197, 233 comma 1, 240 comma 2 n. 1-*bis* c.p., oltre che in numerosi reati previsti nella c.d. “parte speciale”; e artt. 348 comma 1, 371 comma 2 lett. b, 533 comma 1 c.p.p.; utilizzano il termine “colpevolezza” come sinonimo di “reità” gli artt. 273 commi 1 e 2, 275 comma 3, 403 comma 1-*bis*, 405 comma 1-*bis*, 455 comma 1-*bis*, 526 comma 1-*bis*, 705 comma 1, 721-*bis* commi 1 e 3 c.p.p.), potremmo, sia pure *stipulativamente*, pervenire alla conclusione che “reo” è, propriamente, l’autore di un “fatto di reato” (ovvero il “concorrente” alla sua commissione); mentre “colpevole” è l’autore di un “fatto di reato” *altresì astrattamente “punibile”* (cui quindi il fatto di reato può essere *normativamente “rimproverato”* e per il quale *manchino* situazioni che evidenzino la “non necessità” della “punizione” in concreto, come ad es. la presenza di una “causa estintiva del reato”), avendo integrato la “fattispecie di punibilità”.

<sup>199</sup> Sui concetti di “capacità penale” (e di “immunità”) vedi *infra* cap. III, 2.3; sul concetto di “legittimazione al reato” (sia “attiva” che “passiva”) vedi *infra* cap. III, 2.4 lett. e) e h).

<sup>200</sup> Sulla distinzione concettuale tra reato “proprio”, reato “proprio di mano propria” e reato “pseudo-proprio” vedi *amplius* *infra* cap. III, 2.4 lett. e.

<sup>201</sup> Art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p.: «ESIGENZE CAUTELARI. – Le misure cautelari sono disposte: ... c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della

*persona sottoposta alle indagini o dell'imputato*, desunta da comportamenti o atti concreti o da suoi precedenti penali, sussiste il *concreto pericolo che questi commetta gravi delitti* con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni». Si tratta di quella esigenza cautelare generalmente conosciuta come “*pericolo di reiterazione del reato*” (c.d. *periculum libertatis*), che risponde ad una *ratio* non “endoprocedimentale/endoprocessuale” (come il c.d. “pericolo di inquinamento delle prove” di cui all’art. 274 lett. a) c.p.p.), ma di mera “*tutela della collettività*” (ossia di un *interesse “esterno” al processo* e quindi alla sua “funzione” costituita dalla verifica della *eventuale* responsabilità dell’indagato-imputato). Il che, già solo per questo, fa sorgere dei seri dubbi sulla sua legittimità costituzionale con riferimento, in particolare, al diritto umano fondamentale della “presunzione di innocenza”. In realtà, questa “esigenza cautelare”, *dando per dimostrato proprio ciò che occorre dimostrare* – ossia che il soggetto ha effettivamente commesso il reato per cui si procede, mentre il procedimento penale, nel quale la misura cautelare è applicata, serve viceversa proprio per superare la “presunzione di innocenza” dell’indagato/imputato attraverso la piena prova, «al di là di ogni ragionevole dubbio», della sua “responsabilità” – ha per contenuto, a ben vedere, alla luce di una corretta ricostruzione dommatica dell’istituto, lo stesso presupposto necessario per l’applicabilità di una “misura di prevenzione” (*praeter delictum*), ossia il semplice “*sospetto*” di commissione di un reato, “sospetto” qui fondato sulla sussistenza a carico dell’indagato/imputato di «*gravi indizi di colpevolezza*» (ossia di “*reità*”: vedi anche retro note 90 e 198). Situazione che, anche se *comunemente conosciuta col termine di “pericolosità sociale”*, non può, evidentemente, essere identificata con il concetto di “pericolosità sociale” di cui al combinato disposto degli artt. 202 e 203 c.p., che presuppongono viceversa – almeno come regola generale (vedi infatti l’art. 202 comma 2 c.p.) – la previa commissione di un “fatto di reato” da parte di un soggetto perché questi possa essere dichiarato, «agli effetti della legge penale», persona «socialmente pericolosa». Con la conseguenza che la misura cautelare svolgerebbe qui la stessa “funzione” – e quindi avrebbe sostanzialmente la stessa “natura giuridica” – di una vera e propria “*misura di prevenzione personale praeter delictum*”, che – a differenza di quelle previste dall’art. 6 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, c.d. Codice Antimafia – può consistere *addirittura in una misura custodiale in carcere* e quindi *totalmente privativa* della libertà personale (anche se – teoricamente – la custodia cautelare in carcere dovrebbe a sua volta costituire l’*ultima ratio* nell’ambito delle misure cautelari processuali: art. 275 comma 3 c.p.p.).

Situazione di possibile applicazione di una “misura cautelare” per c.d. “pericolosità sociale” *da non confondere*, a sua volta, con la “*applicazione provvisoria*” di misure di sicurezza ai sensi degli artt. 206 c.p. e 312-313 c.p.p.; anche se una certa – almeno parziale – “assimilazione” con le misure cautelari può riscontrarsi con riferimento ai rispettivi presupposti applicativi, come si argomenta dall’art. 312 c.p.p. («Nei casi previsti dalla legge, l’applicazione provvisoria delle misure di sicurezza è disposta dal giudice, su richiesta del pubblico ministero, in qualunque stato e grado del procedimento, *quando sussistono gravi indizi di commissione del fatto non ricorrono le condizioni previste dall’articolo 273, comma 2 [scil.: c.p.p.]*»); e in particolare, con la custodia cautelare relativamente alla quale si può parlare addirittura di “*commistione*” ai fini delle impugnazioni, secondo quanto disposto dall’art. 313 comma 3 c.p.p. («Ai fini delle impugnazioni, *la misura prevista dall’art. 312 è equiparata alla custodia cautelare*. Si applicano le norme sulla riparazione per l’ingiusta detenzione»).

della “capacità a delinquere” (da intendere come sinonimo di “personalità criminale”)<sup>202</sup> e della “pericolosità sociale” dell’autore del fatto di reato<sup>203</sup>;

Analogo discorso rispetto alla misura cautelare basata sul *periculum libertatis* può poi essere fatto per la misura cautelare che serve a prevenire il “pericolo di fuga” (art. 274 lett. b) c.p.p.): ancora una volta, non si tratta infatti, propriamente, di soddisfare una esigenza “endoprocedurale”, ma solo l’esigenza di assicurare che, in seguito all’*eventuale* condanna, il reo, dandosi alla fuga, non si sottragga all’esecuzione della pena; dimostrandosi così, alla fine, che siamo qui in presenza *solo di una forma di “anticipazione” della pena* (posto, fra l’altro, che – data la garanzia “assoluta” del “diritto di difesa” – la stessa presenza “fisica” dell’indagato/imputato non serve alle finalità del procedimento penale per l’acquisizione di eventuali dati a sua conoscenza, posto che, comunque, detto soggetto ha il diritto, *assoluto e inderogabile* – come manifestazione del “diritto di difesa” –, di *tacere* e secondo la migliore dottrina processualistica, addirittura, anche quello di *mentire*. O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in O. DOMINIONI (ed altri), *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2019, pp. 132-139).

<sup>202</sup> Che la “capacità a delinquere” di cui all’art. 133 comma 2 c.p. debba essere propriamente intesa, sul piano normativo, come *sinonimo* di “personalità del reo” o di “personalità criminale” (da non confondere tuttavia con la sua “personalità morale”: così invece BETTIOL, *Diritto penale*, cit., pp. 372 ss., 750 ss.) e quindi da valutare con riferimento al momento della commissione del fatto di reato e dunque “al passato”, si ricava anche *sistematicamente* da una lettura coordinata di questa disposizione con l’art. 11 legge 24 novembre 1981, n. 689, che, indicando i “criteri” di determinazione in concreto della sanzione amministrativa pecuniaria punitiva tra il minimo e il massimo edittali sulla falsariga degli artt. 133, 133-*bis* e 133-*ter* c.p., parla senz’altro di “personalità” dell’agente. L’importanza di questa lettura sistematica discende anche dalla stretta “interdipendenza” tra il sistema penale-criminale e quello punitivo amministrativo, evidenziato in particolare dall’operatività del “principio di specialità” tra le disposizioni penali e quelle punitive amministrative ai sensi dell’art. 9 legge n. 689/1981, disposizione fondamentale anche ai fini della stessa ricostruzione di un sistema penale “integrato”. Sul punto vedi *infra* cap. V, 2. Alla “personalità dell’agente” fa poi specifico riferimento anche l’art. 5 d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7, che indica i criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria civile tra il minimo e il massimo, sanzione punitiva di natura civile oggi prevista per alcune tipologie di illecito “depenalizzato” (*infra* note 355 e 873).

Nel senso viceversa che la “capacità a delinquere”, da intendere come mera «attitudine dell’individuo alla violazione delle norme giuridiche penali» (*Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Libro V, Parte prima, Roma, Tip. Delle Mantellate, 1929, n. 160, p. 190), ossia come mera *possibilità* di commissione di reati, rivolgendosi quindi “al futuro”, costituisca conseguentemente il *genus* della *species* della “pericolosità sociale”, essendo quest’ultima “qualifica personale” incentrata viceversa, come recita l’art. 203 comma 2 c.p., non sulla mera possibilità ma sulla *probabilità* di commissione di nuovi reati, si veda, per tutti, ANTONISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 643 ss. spec. 652.

<sup>203</sup> Come ad es. avviene “in negativo”, nel senso della impossibilità di concessione del “beneficio” della sospensione condizionale dell’esecuzione della pena laddove si tratti di condannato altresì “pericoloso”, nei cui confronti sarebbe quindi applicabile anche una misura di sicurezza (situazione *logicamente incompatibile* col presupposto, per la concessione della sospensione condizionale, della “presunzione” che «il colpevole si asterrà dal commettere

nella fase dell'esecuzione della pena, nella prospettiva del soggetto condannato da "rieducare" e della sua "pericolosità sociale", in funzione dell'esclusione dai "benefici penitenziari" o, al contrario, della loro concessione, in particolare delle "misure alternative alla detenzione", in caso di prognosi – "in negativo" – di "non recidività" (e quindi, *a fortiori*, di "non pericolosità")<sup>204</sup>.

10. *Le situazioni di "non punibilità" riferibili alle singole fasi che compongono il sistema di diritto criminale tra "limiti della norma" e "limiti del fatto"*

Ad ognuna di queste "fasi", oggetto di studio dogmatico delle relative "teorie", corrispondono, *come profilo "negativo"*, delle "situazioni" che determinano, *in via diretta o anche solo mediata*, la "non punibilità" dell'autore del "fatto di reato" ("non punibilità" da intendere, più propriamente, come astratta "impossibilità di applicare la pena", sia pure edittalmente "minacciata" dal legislatore nel momento della "descrizione" del "fatto costitutivo di reato" da parte della singola "disposizione" di parte speciale che lo prevede, tuttavia *asistematicamente considerata*).

1 a) In particolare, per quanto concerne la teoria del reato e della fattispecie di punibilità, *con specifico riferimento al "fatto di reato"* assumono rilievo ai fini dell'*esclusione* della "punibilità in astratto" (e di conseguenza anche della "pena in concreto") situazioni che costituiscono, dogmaticamente, sia "limiti" in via diretta della "norma penale incriminatrice", sia "limiti" del "fatto

---

ulteriori reati», rendendo quindi «inapplicabili le misure di sicurezza, tranne che si tratti della confisca»: arg. *ex art.* 164 commi 1 e 3 c.p.). Nel senso viceversa della assoluta identità concettuale tra "capacità a delinquere" e "pericolosità sociale" vedi GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p.181 ss.

<sup>204</sup> Ad es., per l'affidamento in prova al servizio sociale, si veda l'art. 47 comma 2 ord. penit. laddove, come "presupposto" per la concessione di questa misura alternativa, si fa riferimento ai «casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e *assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati*»; per la "detenzione domiciliare" si veda l'art. 47-ter comma 1-bis, laddove si sottolinea: «sempre che tale misura sia *idonea ad evitare che il condannato commetta altri reati*»; per la "semilibertà" si veda l'art. 50 comma 4, laddove dispone che «L'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, *quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società*». Sulla "vaghezza" di questi giudizi, fondati non sull'accertamento di "fatti" ma su "prognosi" di futuri comportamenti, vedi FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 407 e *infra* nota 325.

*di reato*<sup>205</sup>. Si pensi, da un lato, alla “non previsione” (art. 1 c.p.) o all’“abolizione” di quel “fatto” come “costitutivo” di reato (art. 2 comma 2 c.p.)<sup>206</sup>,

<sup>205</sup> Anche se – ed è importantissimo sottolinearlo –, a voler essere dogmaticamente precisi, non può esistere nessun “limite del fatto di reato” che non sia altresì un “limite della norma incriminatrice” o, per meglio dire, un elemento che contribuisce ad individuare l’esatto “significato normativo” di una certa situazione in quanto prevista astrattamente da una norma incriminatrice. La confusione può essere determinata dalla non chiara percezione, su un piano di teoria generale, della *differenza tra “disposizione” e “norma”*, essendo quest’ultima solo il risultato dell’attività interpretativa (in genere) di un “insieme” di “disposizioni”, ossia di enunciati linguistici di contenuto “normativo”. Disposizioni che, appunto, prevedendo situazioni (come, ad es., l’errore sul fatto di reato: art. 47 comma 1 c.p.) la cui esistenza determina la “non integrazione” del “fatto di reato”, contribuiscono tutte, sia pure “in negativo”, ad individuare l’esatto “contenuto” (meglio: la “materia del divieto”) di una norma (nel nostro caso penale “incriminatrice”). Si ricordi poi che, su un piano di teoria generale, il “contenuto” della “norma” costituisce uno degli “ambiti di validità” della norma stessa, ossia, propriamente, l’“ambito di validità materiale”, accanto al quale occorre considerare anche gli ambiti di validità “temporale” (cui si riferiscono l’abrogazione e la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma, ai nostri fini penale incriminatrice), “spaziale” e “personale”: sul punto, autorevolmente, per tutti, vedi KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 19 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 42-44. Più analiticamente vedi infra cap. III, 1.

<sup>206</sup> Art. 2 comma 2 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali». “*Abolitio criminis*” che, a ben vedere, si traduce comunque in un caso di “non previsione” del fatto come “reato” da parte della legge, sia pure *al momento del giudizio* (e non della sua commissione); e l’art. 1 c.p. che, stabilendo che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge», attraverso l’uso del termine “punito” fa indubbiamente riferimento al *momento in cui si procede alla verifica dell’ipotesi accusatoria* con eventuale applicazione della relativa pena, ossia al momento appunto del giudizio. Il che conferma, anche sotto questa angolazione, la correttezza dogmatica della tesi che vede nel concetto di “norma incriminatrice” il riferimento *anche alle regole procedurali* che presidono alla verifica della “fattispecie di punibilità” e all’eventuale applicazione ed esecuzione della pena criminale (sul concetto di “norma penale reale” come comprensiva di momenti che, solo per comodità espositiva e didattica, possono distinguersi in suoi aspetti sostanziali, procedurali/processuali e dell’esecuzione, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 14-16; vedi anche retro nota 58 e infra cap. II, 1 e nota 389). In realtà, la *vera portata innovativa* dell’art. 2 c.p. rispetto a quanto stabilito dall’art. 1 – disposizioni che dunque vanno lette sempre *sistematicamente*, come diverse declinazioni del “principio di legalità” – sta nel fatto che, se un certo fatto è espressamente previsto dalla legge come reato al momento del giudizio ma non lo era al momento della sua commissione, quella norma incriminatrice è inapplicabile (principio di “irretroattività”); così come una norma incriminatrice abrogata al momento del giudizio non solo è ovviamente inapplicabile (in quanto il fatto imputato non è più previsto dalla legge come reato), ma persino «se vi è stata condanna [*scil.*: irrevocabile], ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali» (art. 2 comma 2, ultima parte, c.p.).

Accanto all’*abolitio criminis* in conseguenza dell’intervenuta abrogazione della corrispondente “norma incriminatrice” che prevede “in astratto” un certo fatto come “illecito pe-

nale”, occorre però prendere *autonomamente* in considerazione *anche* il fenomeno della *successione di norme diverse da quella penale incriminatrice* e da quest’ultima “richiamate”, attraverso il meccanismo del “rinvio”, quali parametri di qualificazione di un “elemento normativo” di una figura astratta di reato; con la conseguenza che qualunque *modificazione* di queste norme “richiamate” si ripercuote inevitabilmente sulla norma incriminatrice di rinvio, restringendone o ampliandone, a seconda dei casi, la sfera di applicazione in concreto senza toccarne – almeno apparentemente – la figura astratta (c.d. modificazioni “mediate” della fattispecie di reato). Ciò avviene quando il fatto “concreto”, che al momento della sua commissione era riconducibile sotto una delle suddette figure tipiche, in seguito non vi ricade più perché, per una legge successiva diversa da quella penale incriminatrice, non importa, a sua volta, se originariamente penale o extrapenale (si noti come l’art. 2 comma 2 c.p. parli, genericamente, di “legge posteriore”, *senza individuarne la “natura”*), muta la classe degli oggetti sussumibili sotto il suo ambito applicativo. Si pensi, ad es., al caso in cui il fatto concreto della cui commissione si è incolpato taluno falsamente sapendolo innocente, ovvero di cui si è omessa la denuncia, costitutivo di “reato” al momento della sua realizzazione, perda la qualifica di illecito penale per l’intervento di una legge successiva, con la conseguenza che, se commesso dopo detta modifica, non potrebbe più essere ricondotto sotto le fattispecie, rispettivamente, di calunnia (art. 368 c.p.) o di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale (art. 361 c.p.), senza tuttavia formale “abolizione” delle suddette figure tipiche (per l’applicabilità dell’art. 2 comma 2 c.p. anche a queste situazioni vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 104 ss.; si veda altresì il significato di “fatto” ai sensi dell’art. 25 comma 2 Cost., da intendere come “fatto concretamente commesso”). Il che determina la “non punibilità” del fatto per come si è *concretamente* realizzato a causa della *modifica del “parametro normativo” di qualificazione dell’“elemento normativo”* del “fatto di reato”. In queste ipotesi, secondo parte della dottrina, l’operatività dell’art. 2 comma 2 c.p. sarebbe imposta dalla stessa *ratio* di “giustizia” connessa al principio costituzionale di uguaglianza dei cittadini che starebbe alla base della sua applicabilità in caso di vera e propria *abolitio criminis* (CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in ID., *Questioni sul processo penale*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, Zuffi, 1950, pp. 191-192). Occorre tuttavia comunque notare come, sia pure per una variazione normativa “in via mediata”, non si punisce più quel certo fatto concreto perché non più, *anche astrattamente*, riconducibile alla norma incriminatrice (che anche in questo caso si tratti comunque sempre di *variazione del modello normativo astratto di reato* è confermato anche dalla disciplina dell’art. 47 comma 3 c.p. in tema di errore su un “elemento normativo”, su cui vedi esattamente GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 412 ss., nel senso che ai sensi di questa disposizione si avrebbe un errore sul fatto di reato – più correttamente: “un” elemento del fatto – determinato da un errore sulla effettiva portata della norma penale incriminatrice e quindi, in ultima analisi, da un “errore sul divieto penale”).

Allo stesso modo, ci può essere applicazione dell’art. 2 comma 2 c.p., e quindi “non punibilità”, *anche senza “abolitio criminis”* in caso – non di cancellazione *tout court*, ma – di *mera “riformulazione” di una certa figura astratta di reato*; il che si verifica laddove l’abrogazione di una norma incriminatrice sia accompagnata dalla contestuale introduzione di una “disposizione sostitutiva”, in particolare nel caso dell’abolizione di un “tipo di reato” che, rispetto al “tipo di reato” introdotto successivamente *ma costitutivo dello stesso “titolo”* (magari con lo stesso *nomen iuris*), risulterebbe strutturalmente “generale”, come è avvenuto, ad es., per il delitto di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.); situazione nella quale (almeno per una parte della dottrina) si applicherebbe l’art. 2 comma 2 per i fatti non più penalmente rilevanti in quanto non rientranti sotto l’ambito applicativo della nuova norma e l’art. 2 comma 4 per

oltre ai casi di sua non punibilità se commesso all'estero<sup>207</sup> e alle immunità sostanziali (con riferimento al suo autore, quali elementi *negativi-impeditivi* della "capacità penale", ossia della destinatarietà-obbligatorietà della norma)<sup>208</sup>. Dall'altro, – oltre le ipotesi (più radicali, per mancanza del "contenuto sostanziale" dell'illecito, ossia dell'offesa in concreto all'interesse penalmente tutelato) di "inesistenza del reato" per impossibilità dell'offesa (ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p.)<sup>209</sup> – si pensi in primo luogo alle situazioni

---

i fatti costitutivi di reato alla stregua sia della norma abrogata che della nuova norma. Per converso, non è poi neppure esatto affermare che in ogni ipotesi di *abolitio criminis*, cioè di cancellazione di una figura astratta di reato, si ricada sempre sotto l'ambito applicativo dell'art. 2 comma 2 c.p.. Così, ad es., in caso di abolizione di una figura di reato strutturalmente "speciale" rispetto ad un'altra, non abolita, qualificabile come "generale" rispetto alla prima, per i fatti *anteriormen*te commessi troverà viceversa applicazione l'art. 2 comma 4 c.p., che disciplina l'ipotesi di vera e propria "successione di leggi penali" *incriminatrici* stabilendo l'applicabilità di quella in concreto "più favorevole" al reo (per una spiegazione dommaticamente più analitica si rimanda a TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 130). Si pensi, ad es., al caso dell'"abolizione" del delitto di infanticidio per causa d'onore (art. 2 legge n. 442/1981), oggi senz'altro riconducibile sotto la più grave figura (generale) dell'omicidio doloso comune.

In generale, sull'ambito di "validità temporale" della "norma incriminatrice" e sui suoi "limiti" vedi *infra* cap. III, 2.2.

<sup>207</sup> L'ordinamento penale italiano accoglie *tendenzialmente* il criterio dell'*universalità*. Tuttavia, anche se si tratta di situazioni di minore gravità, ci sono comunque fatti che, per il tipo o il *quantum* di pena edittalmente prevista, *non possono essere qualificati come reati*, e quindi essere perseguibili, *se commessi all'estero*. Vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 138 ss. e TRAPANI, voce *Legge penale. II) Limiti spaziali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1990, p. 2. In generale, sull'ambito di "validità spaziale" della "norma incriminatrice" vedi *amplius* *infra* cap. III, 2.2.

<sup>208</sup> Si tratta dunque, in particolare, dei profili che attengono alla "dimensione giuridica" della norma stessa, ossia alla sua dimensione *temporale, spaziale e personale* (mentre il "fatto" attiene *alla materia del divieto*, ossia al suo contenuto, e quindi più specificamente al suo "ambito di validità materiale"): *infra* cap. III, 2.2 e 2.3.

<sup>209</sup> Secondo la c.d. "concezione realistica del reato", come noto, ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p. si avrebbe "reato impossibile", e quindi la "non punibilità" del suo autore per mancanza *in concreto* dell'offesa all'interesse tutelato, o quando l'offesa, pur sussistendo, non raggiunge tuttavia quella "soglia di gravità", e quindi di "apprezzabilità", per risultare *normativamente rilevante* ai fini dell'integrazione dell'illecito penale (come si evince dall'espressione «per la inidoneità dell'azione», "azione" da intendere qui come sinonimo di "fatto" *apparentemente* riconducibile al "tipo di illecito" al completo dei suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi); ovvero quando l'offesa è già *a priori* "impossibile" per "inesistenza assoluta" in concreto dello stesso interesse tutelato («per la inesistenza dell'oggetto di essa [scil.: azione]», da intendere, a mio avviso, come "oggetto giuridico", ossia appunto come "interesse protetto"). Sul "reato impossibile" come fondamento normativo della c.d. "concezione realistica dell'illecito", per tutti GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 211 ss. e *ID.*, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 65-68 (anche se l'illustre Autore vede nella "ine-

che escludono un “elemento positivo del reato”<sup>210</sup> (dogmaticamente, tutte qualificabili come elementi “negativi impeditivi”)<sup>211</sup>, quali la forza maggiore (rispetto alla coscienza e volontà della condotta), il fattore eccezionale sopravvenuto (rispetto al nesso causale penalmente rilevante), l’errore sul fatto costitutivo di reato (rispetto al dolo), il caso fortuito (rispetto alla colpa specifica-normativa), ecc.; in secondo luogo, alle situazioni dogmaticamente qualificabili come elementi “negativi in senso stretto” (o “proprio”), in quanto si aggiungono agli altri elementi del fatto di reato sia pure con valenza “negativa”, come le cause di giustificazione (elementi negativi “a contenuto positivo”)<sup>212</sup> e il pericolo nei

sistenza dell’oggetto” un limite alla integrazione e quindi alla punibilità del tentativo, intendendo l’“oggetto” di cui parla la disposizione dell’art. 49 comma 2 come “oggetto materiale” e non “giuridico”). Nella “irrelevanza del fatto” come “reato” dal punto di vista normativo, oltre la “minima offesa” all’interesse protetto dalla norma penale incriminatrice (offesa che, si ricordi, si ricava da tutti *indistintamente* gli elementi costitutivi essenziali, oggettivi e soggettivi, del fatto di reato: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 209; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 35), non mi sembra possa essere ricompresa la realizzazione del fatto con c.d. *colpa lieve o lievissima* (da intendere quale “limite normativo” alla “rilevanza penale” del fatto di reato) prevista in tema di responsabilità penale del medico (vedi le c.d. Leggi Bianco e Gelli). Infatti, almeno secondo l’intenzione del legislatore storico che avrebbe voluto *limitare* la responsabilità del medico alle sole ipotesi di “colpa grave”, un fatto, pur lesivo oggettivamente di un certo “bene” (da intendere in senso *prenormativo*: infra nota 550), come ad es. la vita o l’integrità personale, non dovrebbe entrare *tout court* nella sfera del “penalmente illecito” (= fatto costitutivo di reato) laddove soggettivamente detta offesa sia imputabile a colpa lieve o addirittura lievissima. Breve: siamo qui in presenza di un “limite della norma” alla rilevanza penale del fatto “tipico” come “reato”, e quindi “in astratto”, avvicicabile alle c.d. “soglie di punibilità” (e non, propriamente, ad una situazione di irrilevanza penale del fatto per mancanza di offesa in concreto all’interesse tutelato).

<sup>210</sup> Si ricordi poi sempre come gli “elementi positivi” del reato possono distinguersi in elementi “a contenuto positivo” (ad es., il dolo) e “a contenuto negativo” (ad es., il “mancato consenso”, cioè il “dissenso”, del titolare dell’interesse tutelato nel delitto di violazione di domicilio: «contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo»: art. 614 comma 1 c.p.; consenso da ritenersi anche giuridicamente inesistente, in quanto prestato invalidamente, nei casi previsti dall’art. 579 comma 3 c.p. a proposito dell’omicidio del consentiente: si pensi ad es. ad un soggetto che si introduce nell’abitazione altrui carpando con l’inganno il consenso del proprietario). Così come anche gli “elementi negativi” in senso proprio possono, a loro volta, distinguersi in quelli “a contenuto positivo” e “a contenuto negativo”. Sul punto, si veda subito dopo nel testo e infra cap. IV, 3.

<sup>211</sup> Sul significato della categoria degli elementi “negativi-impeditivi” vedi retro nota 11 e *amplius* infra cap. IV, 1.

<sup>212</sup> Per la nozione di “elementi negativi a contenuto positivo” vedi infra cap. IV, 2 lett. a. Si ricordi poi come per i sostenitori della concezione “tripartita” il requisito dell’“antigiuridicità oggettiva” come “elemento costitutivo” del fatto di reato nella sua dimensione “formale” (per una nozione “materiale” di antigiuridicità – oggettiva – come offesa all’interesse tutelato vedi già F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Auf., Berlin,

Guttentag, 1900, p. 118 ss.) sarebbe dato *solo* dalla mancanza di “cause di giustificazione” (sia pure viste, secondo detta teoria, come situazioni che escluderebbero l’antigiuridicità del fatto tipico rendendolo “lecito” alla stregua dell’intero ordinamento giuridico). Ciò significa che la suddetta “antigiuridicità oggettiva”, in presenza di un fatto conforme al tipo, sarebbe sempre “presunta” come esistente – sia pure sulla base di “massime di esperienza” corrispondenti all’*id quod plerumque accidit*. E non è un caso che i tripartiti abbiano sempre parlato della funzione del “tipo” dapprima come mera *ratio cognoscendi* successivamente, senz’altro, come *ratio essendi* dell’antigiuridicità oggettiva; fino ad arrivare a definire il reato, analiticamente, da “fatto tipico, oggettivamente antigiuridico e colpevole”: E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, J&B Mohr (Paul Siebeck), 1906, p. 7 (*Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft, ... Handlung*), a “fatto tipicamente antigiuridico e colpevole”: MEZGER, *Strafrecht*, cit., pp. 90 e 174 (*Verbrechen ist rechtswidrig-tatbestandsmäßige, schuldhaft Handlung*) – a meno che detta “presunzione” (relativa) non sia superata dalla presenza di una causa di giustificazione. Ma ciò, a mio parere, indica solo che la categoria dell’antigiuridicità oggettiva formale – che, ripetesi, mai deve essere oggetto di prova positiva della sua esistenza, pur essendo (secondo le premesse teoriche da cui muovono i tripartiti) elemento che, appartenendo al fatto di reato, fonda la responsabilità penale – è stata teoricamente ipotizzata solo per soddisfare esigenze di armonia dommatica e di euritmia sistematica (proprie della dottrina tedesca) dettate dalla necessità di individuare comunque, in positivo, quel – supposto – elemento del reato che la presenza di cause di giustificazione viceversa escluderebbe (al pari di quanto avviene, appunto, con la previsione della categoria della “punibilità” laddove intesa quale requisito “positivo” del reato: retro cap. I, 8). Questa complessa costruzione dommatica dimostra però solo, a mio parere, che la unica spiegazione dell’effettivo significato, e quindi del ruolo che, nella teoria del reato, svolgono le cause di giustificazione è quella di ritenerle, puramente e semplicemente, *elementi che debbono mancare* per l’integrazione dell’illecito penale (come d’altronde si ripete da sempre affermando che il fatto, in presenza di una causa di giustificazione, nasce *ab origine* penalmente “lecito”), svolgendo quindi la “funzione” di *meri elementi “negativi” dello stesso “fatto tipico”* di reato (non dunque di elementi “negativi-impeditivi”, la cui presenza varrebbe ad escludere un – ideologicamente presupposto come esistente – “elemento positivo” rappresentato dalla “antigiuridicità oggettiva”, “impedendone” appunto la integrazione). Concezione delle cause di giustificazione dunque come *categoria meramente “formale”*, che porterebbe un duplice vantaggio sul piano teorico e sistematico: anzitutto, nel senso che la categoria delle cause di giustificazione, intese quali “elementi negativi” del fatto tipico, in quanto – ripetesi – categoria meramente formale, permetterebbe di ricondurvi anche situazioni che, pur escludendo *ab origine* con la loro presenza l’illecito penale, non costituiscono però necessariamente cause di “liceità” del fatto alla stregua dell’intero ordinamento giuridico (per cui ben potrebbero formalmente qualificarsi come cause di giustificazione anche molte cause genericamente definite di “non punibilità” concomitanti alla realizzazione della condotta tipica previste nella “parte speciale”). In secondo luogo che, non costituendo necessariamente le cause di giustificazione situazioni di liceità alla stregua dell’intero ordinamento, la supposizione erronea dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione non comporta logicamente che il soggetto agente si debba altresì rappresentare la “liceità”, oltretutto “assoluta”, del fatto realizzato, con la conseguenza di trattare detto errore come “errore sulla proibizione” e quindi come errore sulla legge penale incriminatrice: infatti, come è stato ben sottolineato, ben potrebbe la rappresentazione erronea degli elementi di fatto di una causa di giustificazione accompagnarsi alla convinzione di stare comunque violando col proprio comportamento la legge penale (per tutti vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I,

casi di c.d. pericolo “presunto” (elementi negativi “*a contenuto negativo*”)<sup>213</sup>. Anche le c.d. “*soglie di punibilità*” che permettono – fra l’altro – di distinguere, nei casi previsti dalla legge, tra illecito penale e illecito amministrativo (si pensi, per tutti, agli illeciti tributari per evasione fiscale, dove è solo il superamento di una certa soglia “quantitativa” di evasione delle imposte a far trapassare il fatto da illecito amministrativo a illecito penale)<sup>214</sup> possono considerarsi “limite normativo” (= della “norma”) alla punibilità, che necessariamente si risolve (indirettamente anche) in “limite al tipo” di reato<sup>215</sup>.

(segue) 1 b) Una precisazione. La categoria particolare delle “cause personali di non punibilità” trova una emersione a livello normativo di diritto positivo, nell’ordinamento penale italiano, ad es. nell’art. 111 c.p., laddove detta disposizione fa riferimento a «una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale», e nell’art. 530 c.p.p., che, dopo aver fatto riferimento al comma 1, fra le formule assolutorie, alla circostanza «se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un’altra ragione» (comprensiva quindi anche delle c.d. “cause personali di non punibilità”), al comma 3 parla specificamente, accanto alla “causa di giustificazione”, della “causa personale di non punibilità”; normativa che evidenzia comunque come, accanto alle (o forse meglio, come si ricava dall’art. 530 comma 3 c.p.p. e dall’art. 111 c.p., all’interno della categoria, intesa in senso ampio, delle) “cause personali di non punibilità”, si pongano sempre

---

cit., p. 433). Al contrario, ritenendo le cause di giustificazione “elementi negativi del fatto tipico” in senso stretto (cioè elementi che si aggiungono a quelli positivamente necessari per l’integrazione del fatto di reato, sia pure con valenza “negativa” nel senso che debbono “mancare”: vedi retro nota 11 e infra cap. IV, 1 e 2 lett. a), la supposizione erronea della loro esistenza esclude, non la rappresentazione dell’antigiuridicità penale del fatto, traducendosi quindi in un errore sulla “proibizione”, ma – appartenendo detti elementi al “fatto tipico” di reato, sia pure con valenza “negativa” – solo il “dolo” (come d’altronde è specificamente disposto nel nostro ordinamento dall’art. 59 comma 4 del codice penale).

<sup>213</sup> Nel caso degli elementi negativi “a contenuto positivo”, la “non punibilità” è data dalla loro oggettiva “presenza positiva” (ad es., la presenza della legittima difesa); nel caso degli elementi negativi “a contenuto negativo”, dalla loro oggettiva “presenza negativa” (= “non presenza”), ossia dalla “presenza della loro mancanza” (ad es., la mancanza in concreto del pericolo nei reati di pericolo presunto). Sulla categoria dommatica degli “elementi negativi a contenuto negativo” vedi *amplius* infra cap. IV, 2.

<sup>214</sup> Si vedano gli artt. 3, 4, 5, 10-*bis*, 10-*ter* e 11 d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74.

<sup>215</sup> Sulle c.d. “soglie di punibilità” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 560 ss. e ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1721 ss. Più precisamente, dal punto di vista dommatico, le “soglie di punibilità” costituiscono un “limite esterno” all’“ambito di validità materiale” della norma incriminatrice, in particolare all’ambito di validità materiale “interno”, su cui vedi infra cap. III, 2.4 lett. d.

anche quelle che determinano la “non imputabilità” (quasi che queste ultime fossero da considerarsi *ipotesi “speciali”* di cause *personali* di non punibilità, disciplinate in maniera autonoma e diversa)<sup>216</sup>. Si tratta comunque di una *formula generica*, usata appositamente dai codici – sostanziale e di rito – per non coinvolgere il legislatore in una classificazione dogmatica che non rientra fra le sue competenze (essendo compito del legislatore – anche se parte della dottrina sembra spesso dimenticarsene – non fare dottrina, ma solo individuare la dimensione normativa di un certo fenomeno dettandone la relativa disciplina)<sup>217</sup>, formula che *non tocca* pertanto il problema né della *natura* (e quindi della *qualifica*) *dogmatica* né della *posizione sistematica*, ad es., delle immunità e delle cause di non imputabilità, ma anche della *speciale* “causa di non punibilità” *personale* prevista dall’art. 649 comma 1 c.p. (con riferimento ai fatti costitutivi di delitti contro il patrimonio commessi a danno di congiunti, purché non realizzati con violenza alle persone – comma 3 –, situazione che – a mio parere – deve essere correttamente inquadrata, dal punto di vista dommatico, come ipotesi di carenza di *legittimazione “passiva”* al reato)<sup>218</sup>, se cioè si tratta di elementi interni o estranei al reato, se limiti del fatto di reato o della fattispecie di punibilità o addirittura limiti della stessa norma incriminatrice. Con la formula “cause personali di non punibilità”, i codici – come deve essere appunto compito esclusivo di un “buon” legislatore – si limitano infatti ad individuare *una certa disciplina* – “non punibilità” come conseguenza sul piano sostanziale, “assoluzione” sul piano processuale – *comune a tutte le situazioni di “non punibilità” che attengono all’“autore” del fatto di reato*. Fatto di reato che deve essere *comunque già stato accer-*

<sup>216</sup> *Normativamente*, tale conclusione può ricavarsi anche da una *lettura sistematica* dell’art. 425 comma 1 c.p.p. laddove, enumerando le “cause” che possono portare alla sentenza di “non luogo a procedere”, a differenza ad es. di quanto disposto dall’art. 530 comma 1 c.p.p. (a proposito delle sentenze di “assoluzione”), parla *solo* della circostanza che «si tratta di persona *non punibile per qualsiasi causa*», formula nella quale si deve allora intendere ricompresa *anche la mancanza di imputabilità* (sempre laddove il giudice non ritenga che dalla sentenza di proscioglimento dovrebbe seguire l’applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca: art. 425 comma 4 c.p.p.). In questo senso, vedi anche P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 16<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2015, p. 619.

<sup>217</sup> Così correttamente GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 307 ss.

<sup>218</sup> Art. 649 comma 1 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo [delitti contro il patrimonio] in danno: 1) del coniuge non legalmente separato; 1-bis) della parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso; 2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell’adottante o dell’adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano». Sulla categoria dommatica della “legittimazione passiva” al reato vedi infra cap. III, 2.4 lett. f.

*tato*<sup>219</sup> (l'art. 111 c.p. parla infatti di “reato” commesso da persona non solo

<sup>219</sup> Art. 530 c.p.p.: «se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione». In particolare, nel caso i cui autore di un reato è un soggetto “immune”, posto che per la sua “qualifica personale” si tratta di un soggetto comunque “non punibile” (in modo assoluto o solo relativamente a determinati fatti), ci si potrebbe però allora domandare se la qualifica di “immune” non debba essere dichiarata *immediatamente* in sede processuale o, addirittura, già nella fase delle indagini preliminari, rispettivamente, con una sentenza di “non doversi procedere” o con un provvedimento di “archiviazione”, dovendosi considerare, appunto per la sua particolare posizione, un soggetto “incapace” processualmente. Una parte della dottrina processualpenalistica parla addirittura, con riferimento agli “immuni assoluti”, di soggetti “esenti dalla giurisdizione penale”, con la conseguenza di dovere «ritenere giuridicamente inesistente il processo eventualmente instaurato» (CONSO, voce *Capacità processuale penale*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 141-142). Il che non dovrebbe viceversa valere per gli “immuni parziali”, posto che il procedimento-processo deve anzitutto accertare proprio se l'addebito mosso integri o no un illecito coperto dalla immunità. La tesi della “esenzione dalla giurisdizione penale” e della conseguente “inesistenza” del processo e della sentenza eventualmente pronunciata non mi sembra tuttavia accettabile, dal momento che anche per gli immuni totali serve comunque un preventivo accertamento di tale loro qualifica personale e quindi l'instaurazione di un procedimento-processo valido. Il problema si pone però nella scelta di come chiudere il processo tra sentenza di “non doversi procedere” (o prima col provvedimento di archiviazione) e la “sentenza di assoluzione” perché il reato è stato commesso da persona coperta dalla causa personale di non punibilità costituita dalla immunità, come sembrerebbe discendere dall'art. 530 comma 3 c.p.p., e quindi col suo preventivo accertamento. Fermo che l'immune può commettere un fatto di reato, anche se non è punibile perché, per la situazione di immunità del suo autore, questo fatto di reato non è riconducibile sotto la norma incriminatrice per mancanza di validità personale (infra cap. III, 2.5), non si può però dimenticare come l'esistenza di un “fatto di reato” costituisca requisito anche di “fattispecie di responsabilità” *diverse* da quella punitiva; e comunque possa produrre effetti anche nei confronti di altri soggetti (ad es., un concorrente nel reato commesso dall'immune, come prevede specificamente anche l'art. 111 c.p.; un ente come responsabile in via amministrativa per il reato commesso nel suo interesse; o un soggetto che, a norma delle leggi civili, debba rispondere per il danno cagionato dal fatto di reato commesso dell'immune: si pensi ad es. all'art. 2054 c.c.). Non è questa la sede neppure per abbozzare un tentativo di risposta al quesito. Tuttavia un ulteriore problema che si può porre, specie con riferimento al soggetto totalmente immune, è – laddove si dovesse aderire alla tesi della sua incapacità processuale assoluta – come si potrebbe allora giustificare la sua partecipazione al processo penale intentato contro il soggetto accusato di averlo determinato alla commissione del reato, secondo quanto disposto dall'art. 111 c.p., ad es. per escludere la stessa esistenza del reato a lui attribuito; a meno di non arrivare, in generale, alla conclusione assurda che l'immune non abbia, in quanto tale, nemmeno il diritto di difendersi di fronte ad una ipotesi di reato formulata nei suoi confronti (si pensi ad es. ad una accusa infamante di stupro) per arrivare magari ad una formula assolutoria “piena”. Il vero problema, a ben vedere, posto che attualmente le immunità totali sono solo quelle previste a livello di diritto internazionale, discende dal fatto che è lo stesso diritto internazionale per ragioni esclusivamente “politiche” a cercare di impedire che questi soggetti siano comunque investiti dall'esercizio di una funzione “sovrana” come appunto la “giurisdizione”. Così, ad es., costituisce oggetto di una norma consuetudinaria internazionale, come tale

«non imputabile» ma anche «non punibile a cagione di una condizione o qualità personale» e quindi anche dall'*immune*. Il che significa che anche la condizione di “immunità” non esclude che il soggetto – rivestito di questa qualifica personale – possa commettere un fatto *normativamente* qualificabile come “reato”<sup>220</sup>. Categoria dunque – quella delle “cause personali di non punibilità” – che, riassumendo, pur essendo normativamente prevista (comprendendo, letteralmente, non solo le immunità o situazioni come quella prevista dall’art. 649 c.p., ma *anche le cause di non imputabilità*), non è *tuttavia vincolante* dal punto di vista dogmatico e sistematico (individuando *solo l’effetto* di “non punibilità” e quindi, processualmente, di “assoluzione”).

(segue) 1 c) Con riferimento poi agli *ulteriori elementi* della “fattispecie di responsabilità per la pena” (rispetto a quelli costitutivi del “fatto di reato”), *a parte le “condizioni oggettive di punibilità”*, elementi “positivi” (costruiti “positivamente”)<sup>221</sup>, si tratta di *elementi tutti strutturati “in negativo”*, nel senso che è la loro *presenza* – non a “fondare”, ma – ad “*escludere*” l’integrazione della “fattispecie di responsabilità penale”, e quindi la punibilità, come l’“ignoranza (= *mancata* rappresentazione) inevitabile della legge penale” e le “cause di *non imputabilità*” (non a caso, si noti, tutte – o la maggior parte di queste – situazioni che hanno l’efficacia di escludere l’integrazione della fattispecie “complessa” di responsabilità, ricondotte dogmaticamente dalla dottrina<sup>222</sup>, per lo più, sotto la categoria generale – e generica – delle “cause di non punibilità”). Se poi con i tripartiti parliamo di “colpevolezza normativa” comprensiva anche della “esigibilità”, come “possibilità di pretendere” un comportamento diverso da quello tenuto (e conforme alla norma), “colpevolezza” *estranea rispetto all’“illecito”* ma dentro la “fattispecie di punibilità”, verrebbero qui in evidenza, come “cause di non punibilità”, quali

---

immediatamente vincolante nel nostro ordinamento giuridico ai sensi dell’art. 10 Cost., quello che impone agli Stati l’obbligo di astenersi dall’esercitare il potere giurisdizionale civile nei confronti degli Stati stranieri quando il fatto produttivo di danno risarcibile costituisca «estrinsecazione immediata e diretta» della sovranità di uno Stato estero, ossia un’attività «indefettibilmente ed ontologicamente *iure imperii*» (Cass. civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 530), come ad es. gli atti compiuti dallo Stato nella conduzione di attività belliche. E non v’è dubbio, a sua volta, che l’ambasciatore agisca come rappresentante del suo Stato.

<sup>220</sup> Vedi *amplius* infra cap. III, 2.5.

<sup>221</sup> Almeno seguendo la dottrina dominante che colloca le condizioni oggettive di punibilità *fuori* del fatto di reato. Sul problema della effettiva natura giuridica e conseguente collocazione dogmatica delle condizioni oggettive di punibilità vedi tuttavia retro cap. I, 2, 4 e 8 e infra cap. III, 2.4. lett. d) e nota 624.

<sup>222</sup> Sulla genericità della espressione “cause di non punibilità” vedi retro cap. I, 8.

suoi “elementi negativi”<sup>223</sup>, le c.d. “*scusanti?*” (ad es., lo stato di necessità c.d.

<sup>223</sup> Il problema, a questo punto, è però vedere di che tipo di “elementi negativi” si tratta. Qualificando infatti dommaticamente le cause che escludono l'imputabilità, l'ignoranza inevitabile della legge penale e l'inesigibilità di un comportamento diverso e conforme alla norma elementi negativi “impeditivi”, si darebbe logicamente per presupposto l'esistenza – sempre sul piano “normativo” –, rispettivamente, dell'imputabilità, della conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto e (almeno per i tripartiti anche) dell'esigibilità di un comportamento conforme alla pretesa normativa come requisiti “positivi” della “fattispecie di punibilità”; quando, al massimo, proprio alla stregua del dato normativo, almeno nel sistema penale italiano, il legislatore prevede, in positivo, solo il requisito dell'imputabilità nell'art. 85 comma 1 c.p. («Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile»). Ciò significa che – sul piano strettamente dommatico – si dovrebbe allora, probabilmente, distinguere nel senso di riconoscere: una “presunzione *iuris tantum*” – rispetto alla risalente, e ormai superata, concezione della “presunzione assoluta” (come ratio dell'art. 5 c.p., prima della declaratoria di incostituzionalità parziale ad opera della Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364) – di “conoscenza o conoscibilità della legge penale” (argomentando *ex adverso* ai sensi dell'art. 5 c.p., che esclude la punibilità in caso di “ignoranza inevitabile”), come requisito “positivo” “implicito” della fattispecie di punibilità; una “presunzione *iuris tantum*” di “imputabilità”, requisito “positivo” però “esplicito”, in quanto direttamente previsto dal legislatore ai sensi dell'art. 85 comma 1 c.p. e identificato – almeno tendenzialmente – con la “capacità di intendere e di volere” come suo sostrato “naturalistico” all'art. 85 comma 2; infine (ovviamente solo per i sostenitori della tripartizione); una “presunzione *iuris tantum*” di “esigibilità”, requisito “positivo” ancora una volta “implicito”, presunzione superabile dalla prova positiva della presenza di una c.d. “scusante”, legale o ultralegale non importa (sull'esistenza di una “scusante supralegislativa” di “inesigibilità” vedi la dottrina cit. infra nota 225). È evidente che le suddette “presunzioni *iuris tantum*” troverebbero il loro fondamento – come è nella “logica” che discende dalla loro “natura” – sempre in “massime di esperienza” e quindi nella stessa ratio di semplificazione dell'accertamento processuale. Così, l'ordinamento “presume”, in chi vive in un certo contesto sociale (sulla base delle “norme di civiltà” e quindi di “cultura” che ne regolano la vita in un certo momento storico e che – almeno secondo un'autorevole dottrina – starebbero alla base anche di tutte le “norme giuridiche”: MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903, *passim*), almeno la possibilità di conoscere il “disvalore penale” del fatto che si commette; nella stessa logica, si “presume” che chi ha raggiunto la maggiore età (si noti: comunque sempre legale) abbia altresì raggiunto una certa “maturità” e abbia quindi la capacità naturalistica di intendere e di volere (dove semmai, solo per ragioni di politica criminale in funzione dell'applicabilità di un trattamento particolarmente severo e rigoroso, il legislatore indica quando, anche in mancanza – parziale o totale non importa – della capacità di intendere o di volere, ai fini della “punibilità” il soggetto deve ritenersi normativamente comunque “imputabile”: si pensi all'art. 90 c.p. – con riferimento all'assoluta irrilevanza sul piano dell'imputabilità degli “stati emotivi o passionali” – e al sistema delineato dagli artt. 91, 92 e 93 laddove stabilisce l'irrilevanza ai fini dell'esclusione dell'imputabilità anche della piena ubriachezza o stupefazione, se non derivata da caso fortuito o da forza maggiore); allo stesso modo, si “presume” *iuris tantum* che un soggetto agisca sempre in presenza di condizioni esterne di “normalità”, per cui il comportamento conforme alla norma deve comunque ritenersi, almeno di regola, “esigibile”. Così ragionando, ciò significa però che i requisiti della “conoscenza/conoscibilità della legge penale” e dell’“esigibilità” di un comportamento diverso conforme alla norma violata opererebbero sul piano sistematico solo “in negativo”, sub specie, rispettivamente, del-

“scusante”)<sup>224</sup> o, addirittura, sempre comunque “in negativo”, la “inesigibilità” c.d. “supraleale”, come “scusante generale” dell’ordinamento (comprensiva di tutte quelle situazioni che impedirebbero in concreto al soggetto di “motivarsi” conformemente al “dovere di condotta” discendente dalla norma incriminatrice, che prevede il “fatto di reato”)<sup>225</sup>.

2 a) Con riferimento poi al processo penale, posto che la norma penale c.d. “sostanziale” con l’effetto di punibilità che può derivarne, come abbiamo visto, non vive e quindi *non esiste, giuridicamente, al di fuori del suo accertamento processuale*, ne consegue logicamente che *si risolvono, sia pure “indirettamente”, in cause di “non punibilità”* tutte le situazioni che *impediscono l’“attivazione” (= inizio) di un “valido” procedimento penale* (condizionando anzitutto il “promovimento” e quindi l’“esercizio” dell’“azione penale”),

---

l’ignoranza inevitabile e delle scusanti come fattori che li “escludono”, quali *elementi “negativi” in senso stretto della fattispecie di punibilità*. Analogamente, come abbiamo visto (retro nota 212), ai rapporti tra antigiuridicità oggettiva e cause di giustificazione (per i tripartiti). Elementi negativi “in senso stretto”, e non “negativi-impeditivi”, in quanto essi non impediscono l’integrazione di un elemento già normativamente esplicitato in una specifica disposizione, ma, al contrario, è solo dalla loro esistenza come requisiti di non punibilità che si può “presumere” l’esistenza della “conoscenza o conoscibilità della legge penale” e – eventualmente – della “esigibilità di un comportamento diverso” come elementi positivi “impliciti” della fattispecie di responsabilità punitiva. Mentre l’“imputabilità” costituita dalla capacità naturalistica di intendere e di volere, quale *requisito “positivamente” previsto dallo stesso legislatore*, dovrebbe “presumersi” come “esistente” *fino a che lo stesso ordinamento non preveda il contrario*, attraverso una disciplina disposta o *una volta per tutte in via generale e astratta* (come per il vizio totale di mente *ex art. 88 c.p.*; dalla cui lettura combinata con l’art. 89 si desume però che, se la capacità di intendere o di volere *non è totalmente esclusa*, il soggetto è comunque *normativamente qualificabile come “imputabile”*) ovvero *attraverso un accertamento di conformità (= congruenza tra l’imputabilità e la capacità di intendere e di volere) disposto caso per caso* (come accade per i minori tra i 14 e i 18 anni: art. 98 c.p.); per cui le situazioni che “escludono” la imputabilità dovrebbero qualificarsi, propriamente, come elementi “negativi-impeditivi” del requisito “positivo” dell’*imputabilità* inteso come *qualifica “normativa” della capacità “naturalistica” di intendere e di volere*.

<sup>224</sup> Nell’ordinamento penale tedesco, si veda il § 35 StGB (mentre il § 34 prevede lo stato di necessità “giustificante”). Nella dottrina italiana vedono nello stato di necessità non una causa di giustificazione, ma una scusante, da ultimo, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 364 ss. Vedi anche la nota successiva.

<sup>225</sup> L’esistenza di una scusante “supraleale” di “inesigibilità” è stata sostenuta in dottrina da MEZGER, *Strafrecht*, cit., p. 370 ss. J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand. Ein Schuldproblem*, in *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, 1913, p. 129 ss. e 224 ss.; ID., *Normativer Schuldbe-griff*, in *Festgabe für Frank*, Bd. I, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, p. 428 ss. (con la sua teoria delle “norme dell’obbligo”) e B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922. *Contra*, ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 653-654 (secondo cui, con riferimento a casi che si vorrebbero ricondurre sotto la scusante supraleale dell’inesigibilità, si tratterebbe di un problema non di colpevolezza ma di responsabilità).

come le c.d. “*condizioni di procedibilità*”<sup>226</sup>, o che *ne determinano la “cessazione”*, impedendone una valida “prosecuzione”, come le “*cause estintive del reato*” (ovviamente solo quelle che intervengono *prima* della condanna irrevocabile<sup>227</sup>, e quindi della chiusura ordinaria del processo) e che vengono di-

<sup>226</sup> Non però le “immunità”, posto che, anche solo per accertare l’esistenza di una situazione di immunità, occorre attivare un *valido processo penale*: retro nota 219.

<sup>227</sup> Si ricordi come, nell’ordinamento italiano, esistono altresì “cause estintive” esplicitamente qualificate dal legislatore come «del reato», che, al contrario, intervengono *dopo una sentenza di condanna irrevocabile* (e quindi un pieno accertamento della responsabilità dell’imputato “al di là di ogni ragionevole dubbio”), come – per rimanere solo nella “parte generale” – l’amnistia c.d. “impropria” (art. 151 comma 1 c.p.) e l’utile decorso del tempo dopo la sospensione condizionale della pena (art. 167 comma 1 c.p.). Si vedano anche, a ulteriore e definitiva conferma normativa, l’art. 106 comma 1 c.p. a tenore del quale, «Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitudine o di professionalità nel reato, si tien conto *altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena*»; cui *adde* l’art. 183 comma 2 c.p. secondo cui, «Nel concorso di una causa che estingue il reato con una causa che estingue la pena, *prevale la causa che estingue il reato anche se intervenuta successivamente*», disposizione che non avrebbe senso se non riferendola a cause estintive del reato successive ad una condanna irrevocabile. Si consideri anche l’art. 676 comma 1 c.p.p. secondo cui «Il giudice dell’esecuzione è competente a decidere in ordine all’*estinzione del reato dopo la condanna, ...*». Né si può ritenere che in questi casi si tratti, in realtà, di cause estintive della “pena”, posto che il codice penale detta per le due categorie di cause estintive della punibilità una *disciplina* a volte identica (artt. 182 e 198 c.p.: infra note 229 e 445) ma altre volte *diversa* (vedi ad es. l’art. 210 c.p.: «EFFETTI DELLA ESTINZIONE DEL REATO E DELLA PENA. – 1. L’estinzione del reato impedisce l’applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l’esecuzione. 2. L’estinzione della pena impedisce l’applicazione delle misure di sicurezza, eccetto quelle per le quali la legge stabilisce che possono essere ordinate in ogni tempo, ma non impedisce l’esecuzione delle misure di sicurezza che sono state già ordinate dal giudice *come misure accessorie di una condanna* [sic. Quasi fossero pene accessorie!] alla pena della reclusione superiore a dieci anni. Nondimeno, alla colonia agricola e alla casa di lavoro è sostituita la libertà vigilata»); onde l’interprete non si può sostituire al legislatore nella qualificazione dommatica di una certa “causa estintiva” come “del reato” o “della pena”, essendo ciascuna categoria individuata proprio in funzione dell’applicazione di una sua propria disciplina (vedi viceversa, in particolare, a proposito ad es. della amnistia “impropria” la dottrina dominante che la qualifica *tout court* come “causa estintiva della pena” proprio in considerazione del fatto che interviene *dopo* una condanna irrevocabile: per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 764; *contra*, correttamente, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 196 ss.). Senza contare a sua volta, ad ulteriore conferma normativa di quanto detto, che, quando il legislatore vuole qualificare la *stessa “situazione di vita”* come, rispettivamente, causa estintiva *del reato o della pena* a seconda che intervenga *prima o dopo* la condanna definitiva, onde applicare la relativa diversa disciplina, *lo dice espressamente*: si pensi, ad es. alla morte del reo ai sensi, rispettivamente, degli artt. 150 e 171 c.p. A ciò si aggiunga, nella prospettiva inversa, che a volte il legislatore qualifica come cause di estinzione “della pena” situazioni estintive della punibilità che intervengono *prima della condanna definitiva*: si pensi, a questo proposito, all’indulto, che può essere applicato già in sede di commisurazione della pena in concreto anche con una prima condanna (non definitiva: c.d. “indulto improprio”). Una causa estintiva “del reato” successiva alla

chiarate attraverso una sentenza di “non doversi procedere” e quindi “di rito”. Cause “estintive del reato” da qualificare allora propriamente, sul piano dommatico, come *cause di “improcedibilità sopravvenuta”*<sup>228</sup> (ossia, in realtà, “*estintive dell’azione penale*”, come più correttamente indicato nel Titolo IX del Libro I del Codice penale Zanardelli del 1889; e come oggi si argomenta inequivocabilmente dall’art. 531 c.p.p.<sup>229</sup>); situazioni che impongono

sentenza irrevocabile di applicazione della pena su richiesta delle parti è poi prevista dall’art. 445 comma 2 c.p.p., sentenza normativamente «equiparata a una pronuncia di condanna» (art. 445 comma 1-*bis* c.p.p.), che presuppone tuttavia non un accertamento pieno di responsabilità ma, al massimo, un accertamento di responsabilità allo “stato degli atti” (arg. *ex* artt. 444 comma 2, 447 e 448 c.p.p.; sulla necessità tuttavia che, se la richiesta di “patteggiamento” viene formulata in sede di indagini preliminari, la relativa sentenza possa essere legittimamente pronunciata – diversamente da quanto ritiene la giurisprudenza della Cassazione – solo in presenza di almeno un minimo di atti di indagine *infra* nota 290). Si ricordi però altresì come, secondo il codice di procedura penale, «in ogni stato e grado del processo», in funzione di una maggiore garanzia dell’imputato, se nel momento in cui interviene una “causa estintiva del reato” già esistono agli atti elementi da cui «risulta evidente che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato», il giudice deve senz’altro “assolvere” nel merito (o, in sede di udienza preliminare, pronunciare una sentenza di “non luogo a procedere”) con la relativa formula, che “prevale” dunque su quella “processuale” di “non doversi procedere” *ex* art. 531 c.p.p.: art. 129 comma 2 c.p.p. Vedi anche *infra* nota 230.

<sup>228</sup> In questo senso vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 198 ss., e PAGLIARO, *Profili dommatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, *passim*.

<sup>229</sup> Art. 531 c.p.p., a tenore del quale – non a caso – si stabilisce conseguentemente che l’“estinzione del reato” deve essere dichiarata con una «*sentenza di non doversi procedere*», quindi con una sentenza “processuale” e non di “assoluzione”, non entrando “nel merito” dell’imputazione; sempre che, ovviamente, l’accertamento del fatto di reato non sia richiesto *dalla stessa “struttura”* della singola causa di estinzione del reato: si pensi, ad es., alla causa estintiva del reato prevista dall’art. 641 comma 2 c.p. con riferimento al delitto di insolvenza fraudolenta, costituita dall’«adempimento dell’obbligazione avvenuto prima della condanna». Ma anche in tal caso la sentenza sarà sempre di “non doversi procedere” per intervenuta “estinzione del reato” *ex* art. 531 c.p.p. Così come di “non doversi procedere” per “estinzione del reato” è la sentenza con cui il giudice, in seguito a giudizio, concede al minore (che sarebbe punibile) il perdono giudiziale «astendosi dal pronunciare condanna» (art. 169 comma 2 c.p.). Che la estinzione c.d. “del reato” incida *direttamente solo sull’“azione penale”*, nel senso che il “fatto” continua a produrre gli effetti “sostanziali” che discendono dalla sua – perdurante – “qualificazione normativa” come “reato”, trova una chiara – e definitiva – conferma normativa nella disciplina specificamente dettata anche, *inter alia*, dagli artt. 106 comma 2 («Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitudine o di professionalità nel reato, si tien conto *altresì delle condanne* per le quali è *intervenuta una causa di estinzione del reato* o della pena»), 182 («Salvo che la legge disponga altrimenti, l’*estinzione del reato* o della pena ha effetto *soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce*») e 198 c.p. («L’*estinzione del reato* o della pena *non importa l’estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato ...*»). Il che comporta, fra l’altro, che un “reato”, ancorché penal-

mente qualificato come “estinto”, continua comunque a rilevare come “elemento costitutivo” delle “fattispecie di responsabilità da reato” *diverse* da quella “punitiva”. Ciò si argomenta, fra l’altro, anche dall’art. 2947 comma 3 c.c., riferito all’azione civile di risarcimento del danno, a tenore del quale «In ogni caso, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga [di cinque anni, come regola generale: art. 2947 comma 1 c.c.], questa si applica *anche all’azione civile*»; previsione che non avrebbe senso se non dando per presupposto come il reato “prescritto” (e quindi “estinto”) mantenga la sua qualifica di “illecito penale” *anche* con riferimento alle “fattispecie di responsabilità civile da reato”, conformemente d’altronde a quanto stabilito in via generale dall’art. 198 c.p. (in particolare, laddove il termine di durata della “prescrizione penale” sia più lungo di quello della “prescrizione civile”. Si noti a sua volta come non sia irrilevante che, in sede di responsabilità civile da reato, la “prescrizione” sia riferita testualmente alla “azione civile” – e *non* al diritto soggettivo del risarcimento del danno –, così come, *con perfetto parallelismo*, alla luce di un’interpretazione sistematica dell’ordinamento penale, si deve ritenere che *anche* la “prescrizione penale” abbia ad oggetto – come abbiamo detto – la “azione penale”). E si vedano anche (a ulteriore conferma di quanto appena detto) gli odierni tentativi di superare la legge 9 gennaio 2019 n. 3, c.d. Bonafede, sulla prescrizione – in particolare, l’attuale art. 159 comma 2 c.p.: «Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecuzione della sentenza che definisce il giudizio o dell’irrevocabilità del decreto di condanna» – attraverso la previsione di “termini di fase” nel procedimento penale (con la chiara consapevolezza che l’una cosa produce effetti sull’altra, essendo i due fenomeni partecipi della *stessa “natura giuridica”* in quanto entrambi “funzionali” al rispetto del principio, oggi anche costituzionalmente sancito in modo esplicito, della «ragionevole durata» del processo: art. 111 comma 2 Cost.). La intervenuta recente introduzione dell’art. 344-*bis* c.p.p. (ad opera dell’art. 2 comma 2 lett. *a*) legge 27 settembre 2021 n. 134, anziché procedere ad una semplificazione e ad un coordinamento sistematico dell’intera disciplina della rilevanza giuridica del trascorrere del tempo in funzione della garanzia costituzionale della “ragionevole durata del processo” (art. 111 comma 2 Cost.), ha tutt’al contrario creato una notevole confusione concettuale, contrapponendo i “termini di fase” ai “termini di prescrizione” sulla base della errata qualificazione della prescrizione come istituto di “natura sostanziale” (quasi, come ancora qualcuno dice, che, con l’estinzione del reato, questo “scompaia” dal mondo dei fenomeni giuridici!) e dei termini di fase come istituti, viceversa, di “natura processuale”, termini il cui superamento determinerebbe la “preclusione” della “improcedibilità”, ignorando però in tal modo che entrambi i fenomeni sono solo aspetti diversi della stessa realtà normativa; creando così, sulla base di questa tranciante affermata “diversità di natura” tra prescrizione del reato e termini di fase (di cui una gran parte di responsabilità sta nella giurisprudenza della Corte costituzionale relativa al caso Taricco: Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24; Corte cost., sent. 10 aprile 2018, n. 115), gravi problemi di coordinamento, fra l’altro, in ordine alla conseguente inapplicabilità dell’istituto della “interruzione” della prescrizione ai termini di fase (mentre lo stesso art. 344-*bis* al comma 6 stabilisce che i termini di fase sono sospesi nei casi di “sospensione” della prescrizione previsti dall’art. 159 comma 1 c.p.). La realtà è che, per motivi ancora una volta di “equilibri politici”, non si è voluta realizzare la riforma più semplice e lineare: l’abrogazione *tout court* delle modifiche dell’attuale art. 159 c.p. apportate dalla legge 9 gennaio 2019 n. 3, c.d. Riforma Bonafede, e un ritorno alla disciplina precedente (o comunque ad altra rispondente alla stessa logica), magari allungando i termini di prescrizione, insieme, volendo, all’introduzione anche dei termini di fase ma co-

al giudice, e prima ancora al pubblico ministero, di “non procedere ulteriormente”, “bloccando” la prosecuzione, a seconda dei casi, del procedimento (art. 411 c.p.p.) o del processo (art. 129 comma 1 c.p.p.), impedendo quindi di entrare nel “merito” dell’imputazione (almeno come regola generale)<sup>230</sup>. In genere, si tratta di cause estintive della “punibilità”<sup>231</sup> che operano in funzione di “interessi generali” (e non in seguito ad un comportamento dell’imputato)<sup>232</sup>, come l’amnistia o la prescrizione, che, nella prospettiva del diritto inviolabile di difesa e quindi anche del diritto ad una piena affermazione dell’eventuale innocenza dell’imputato (costituzionalmente garantita, fino a prova contraria, sia dalla Costituzione che dai Trattati internazionali)<sup>233</sup>, possono conseguentemente anche essere “ri-

---

ordinandoli con la disciplina in tema di prescrizione. Ricordando poi altresì come, essendo il processo penale l’unico meccanismo per l’applicabilità di una pena criminale, una situazione di “improcedibilità” si traduca, necessariamente, anche in una causa di “non punibilità” dell’imputato (infra cap. II, 1).

<sup>230</sup> Si consideri infatti l’art. 129 comma 2 c.p.p., dove si stabilisce, come già abbiamo visto (retro nota 227), l’obbligo del giudice di pronunciare sentenza di “assoluzione” invece di quella di “non doversi procedere”, trattandosi di una formula “più vantaggiosa” per l’imputato, «quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato», ossia quando, *sia pure allo “stato degli atti”*, risulta la mancata integrazione di un fatto costitutivo di reato.

<sup>231</sup> Si ricordi come, nella dottrina italiana, le cause estintive del “reato” che intervengono *prima* di una sentenza definitiva di condanna vengono tradizionalmente *anche* definite, non a caso, *cause estintive della “punibilità in astratto”*, per distinguerle, in primo luogo, dalle cause estintive della “pena”, chiamate anche cause estintive della “punibilità in concreto” ossia della pena concretamente irrogata in sede di condanna. (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 764, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 770 ss.) In questa logica, molti Autori non tengono però conto, ai fini dell’individuazione della disciplina applicabile, anche dell’esistenza di cause estintive *del “reato”* che intervengono *dopo* una sentenza definitiva di condanna: si pensi, nell’ordinamento penale italiano, fra l’altro, all’amnistia c.d. “impropria” e all’utile decorso del tempo dopo la concessione della sospensione condizionale della pena. Vedi anche note 227 e 445.

<sup>232</sup> Per la rilevanza della condotta genericamente definibile come c.d. “antagonista” dell’indagato/imputato, da qualificare dommaticamente in quanto “*sanzione esecutiva*” come contenuto di un “*onere*”, condotta che funziona come *presupposto* per l’operatività di certe cause estintive del “reato” impedendo quindi definitivamente l’applicabilità di una “pena criminale”, vedi infra cap. V, 3 e 4.

<sup>233</sup> Oltre che dall’art. 27 comma 2 Cost., la “presunzione di innocenza” è statuita dai trattati internazionali in materia di diritti fondamentali ratificati dall’Italia: vedi gli artt. 6 comma 2 CEDU, 14 comma 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici e 48 Carta dei Diritti fondamentali UE.

nunciate” dall’interessato<sup>234</sup>.

Quanto all’istituto della “remissione della querela” (artt. 152-156 c.p.), si tratta di una “causa estintiva del reato” che opera anch’essa *prima* della condanna<sup>235</sup> – e quindi avente natura di causa di “improcedibilità soprav-

<sup>234</sup> Si vedano, rispettivamente, Corte costituzionale 14 luglio 1971, n. 175, con riferimento all’amnistia, e Corte costituzionale 31 maggio 1990, n. 275, con riferimento alla prescrizione. In particolare, la possibilità di “rinuncia alla prescrizione” è oggi esplicitamente ribadita anche dall’art. 157 comma 7 c.p. novellato («La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall’imputato»). Un *gravissimo problema “politico”* è attualmente rappresentato da un Parlamento – unico organo costituzionale democraticamente “legittimato” – che, nella sua funzione di “legislatore”, sempre più spesso finisce di fatto con lo scrivere le leggi “sotto dettatura” della Corte costituzionale, che addirittura a volte si spinge fino ad indicare al Parlamento un “termine perentorio” entro cui provvedere a disciplinare una certa materia secondo le indicazioni – che spesso sono veri e propri “binari” non travalicabili – della stessa Corte (così ad es. Corte cost., sent. 22 novembre 2019 n. 242). Il che, a ben vedere, rappresenta una vera e propria “eversione” dell’ordinamento costituzionale italiano da parte di quella stessa Corte costituzionale che viceversa dovrebbe costituire, nel nostro sistema, il vero e unico “garante” della Carta Fondamentale (funzione di “garanzia” che, secondo l’ordinamento costituzionale italiano, *non* spetta, contrariamente a quanto spesso si continua a ripetere, al Presidente della Repubblica; si ricordi, a questo proposito, la nota disputa tra Hans Kelsen e Carl Schmitt su quale organo dovesse considerarsi il “custode della Costituzione” in quanto “garante” degli equilibri costituzionali, se una Corte costituzionale formata da c.d. “saggi” ovvero il *Reichpräsident* ma solo laddove eletto direttamente dal popolo e quindi democraticamente legittimato: KELSEN, *Chi dev’essere il custode della Costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Repaci, Milano, 1981, pp. 229-291, e C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, *passim*, spec. cap. III.)

Un altro grave problema si pone oggi nel momento in cui, ritenendo – erroneamente a mio avviso – che la prescrizione, in quanto causa estintiva del “reato”, abbia natura propriamente e *direttamente* “sostanziale”, sono stati introdotti dei termini di “fase processuale” (retro nota 229) a pena – in caso di loro “inosservanza” – di “improcedibilità”; “*improcedibilità*” che, in quanto istituto sicuramente processuale, *non potrà, secondo i principi, essere “rinunciata”* (a meno di una espressa “deroga”).

<sup>235</sup> Almeno come regola generale, *salvo*, ovviamente, che l’ordinamento non provveda in modo diverso, come esplicitamente stabilito dall’art. 152 comma 3 c.p. («La remissione può intervenire solo prima della condanna, *salvi i casi per i quali la legge disponga altrimenti*»). Così, ad es., l’art. 563 c.p. – oggi abrogato – disponeva che, con riferimento ai delitti di adulterio e concubinato (delitti perseguibili a querela, anch’essi aboliti), anche la remissione della querela *dopo la condanna* (*scil.*: definitiva) estinguesse il reato; estinzione del reato che, oltretutto, *in deroga* a sua volta a quanto stabilito in via generale dall’art. 182 c.p., operava anche a favore dei concorrenti. Nel qual caso, com’è ovvio, detta causa estintiva incideva esclusivamente sulla pena *concretamente già applicata* (come avviene per tutte le cause estintive del reato che intervengono *dopo* la condanna: vedi retro nota 227); in particolare, come stabilito, almeno espressamente con riferimento ai concorrenti, facendone cessare l’esecuzione insieme a tutti gli effetti penali della condanna (abrogato art. 563 comma 3 c.p.: «L’estinzione del reato ha effetto anche riguardo al correo e alla concubina e ad ogni persona che sia concorsa nel reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli ef-

venuta” – *subordinata* tuttavia ad un *comportamento umano*, non però del soggetto indicato come reo o imputato, ma *della persona offesa* (meglio: *ipoteticamente offesa*)<sup>236</sup> dal reato (che manifesti, espressamente o tacitamente, la sua volontà di non persistere nella querela: art. 152 comma 1 c.p.)<sup>237</sup>, rispondendo quindi anch’essa ad un “interesse generale” (quello di lasciare al titolare dell’interesse che si assume leso la “disponibilità” del meccanismo coattivo-sanzionatorio penale)<sup>238</sup>. Il che spiega però come, correttamente, già il codice preveda, sempre in funzione di un pieno esercizio del diritto di difesa da parte del querelato (in quanto indicato come *ipotetico* autore del reato e quindi *normativamente* da considerare “presunto innocente”), la sua “accettazione” come “condizione di efficacia” della “remissione della querela” (art. 153 c.p.)<sup>239</sup>.

fetti penali»; formula quest’ultima – si noti – *identica* a quella utilizzata dall’art. 2 comma 2 c.p. a proposito della *abolitio criminis*, pur essendo l’“estinzione” del reato un fenomeno giuridico *radicalmente diverso* dalla sua “abolizione”, ossia dal venire meno della qualificazione di quel fatto come “illecito penale” (*contra* tuttavia MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 1006).

<sup>236</sup> Come infatti si può, propriamente, parlare di “reo” (o “colpevole”: retro note 66, 90 e 198) solo dopo un pieno accertamento dell’esistenza del reato imputatogli, altrettanto logicamente si dovrebbe, *in modo esattamente simmetrico*, parlare, tecnicamente e quindi correttamente, di “persona offesa dal reato” *solo dopo* una piena verifica processuale dell’esistenza dell’illecito penale. Il che non è adeguatamente evidenziato dalla dottrina.

<sup>237</sup> Art. 152 commi 1 e 2 c.p.: «1. Nei reati [prima: delitti] punibili a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato. 2. La remissione è processuale o extraprocessuale. La remissione extraprocessuale è espressa o tacita. Vi è remissione tacita, quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela». Dopo i primi due commi sono stati aggiunti all’art. 152 altri due commi dal d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia), che individuano, rispettivamente, due ulteriori casi considerati *iuris et de iure* di “remissione tacita” della querela e le situazioni di inapplicabilità della stessa disposizione.

<sup>238</sup> “Disponibilità” del meccanismo coattivo-sanzionatorio che, si ricordi, per KELSEN, *La dottrina pura*, cit., pp. 157-160 e ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 81 ss. e 174-175, trasforma l’“interesse protetto” in vero e proprio “diritto soggettivo” (vedi anche GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 20-21; MAZZONE, *Procedibilità a querela e struttura della fattispecie criminosa*, Milano, Giuffrè, 1987, *passim*). Trattandosi di un – almeno ipotetico – “diritto soggettivo”, la remissione della querela potrebbe allora essere tecnicamente accostata alla “rinuncia agli atti” nel processo civile, rinuncia che lo “estingue” (art. 306 c.p.c.), così come avviene col processo penale attraverso il meccanismo dell’“estinzione del reato” *ex* art. 152 comma 1 c.p. con la conseguente sentenza di “non doversi procedere”. Ciò ovviamente solo però ritenendo – a mio avviso correttamente – che la “querela” sia, propriamente, *atto di “promovimento” di una “azione penale privata”* (vedi *infra* nota 357).

<sup>239</sup> Sul significato della “rubrica” dell’art. 129 c.p.p. che usa il termine “cause di non punibilità” *anche* con riferimento alle *situazioni di “improcedibilità”*, originaria (quando «manca

(segue) 2 b) Ci sono però *anche* delle “cause estintive del reato” che, pur intervenendo “*prima*” della condanna definitiva, operando quindi a *prescindere dall'accertamento processuale definitivo dell'esistenza dell'illecito* oggetto dell'ipotesi accusatoria, sono tuttavia *condizionate* da un *comportamento dell'imputato (o addirittura dell'indagato) avente ad oggetto la “remissione in pristino”* (ossia la reintegrazione dello stato di cose precedente rispetto alla commissione del reato; reato però, ripetesi, solo formulato come *ipotesi* di indagine o accusatoria)<sup>240</sup>. Prendendo in considerazione l'ordinamento italiano, la prima di queste cause estintive del reato – e quindi della procedibilità – è costituita dall'*oblazione* in materia di contravvenzioni che, se rimessa alla *discrezionalità* del giudice (laddove si tratti di contravvenzione punita con la pena “alternativa” dell'arresto o dell'ammenda), è altresì *subordinata* ad un comportamento dell'imputato diretto all'«eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato» commesso (reato – si noti – ancora non giuridicamente accertato, ma *solo formulato come ipotesi di indagine o accusatoria*) (art. 162-*bis* comma 3 c.p.)<sup>241</sup>. Altra causa estintiva del reato anch'essa *subordinata* ad una condotta dell'imputato di riparazione del danno e di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato è prevista come *ipotesi generale* di estinzione della punibilità nell'ordinamento italiano all'art. 162-*ter* c.p. (esplicitamente rubricato «*Estinzione del reato per condotte riparatorie*»), anche se, attualmente, *limitata* ai soli reati procedibili a querela, oltretutto soltanto se soggetta a remissione)<sup>242</sup>. Un'altra causa di «*Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*» è poi specificamente prevista dall'art. 35 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace<sup>243</sup>.

---

una condizione di procedibilità») o sopravvenuta (se «il reato è estinto»), vedi *infra* cap. II, 1.

<sup>240</sup> Posto che, per queste declaratorie di “estinzione del reato”, non si richiede un accertamento dell'esistenza del reato nemmeno “allo stato degli atti”.

<sup>241</sup> Art. 162-*bis* comma 3 c.p.: «L'oblazione non è ammessa ... quando permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore».

<sup>242</sup> Art. 162-*ter* comma 1 c.p.: «Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accolta dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo».

<sup>243</sup> Art. 35 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274: «1. Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo,

A queste ipotesi in cui l'estinzione del reato opera in seguito alla condotta dell'indagato/imputato di remissione in pristino si debbono oggi poi infine aggiungere le ipotesi di “*sospensione del processo con messa alla prova*” dell'imputato (sia in sede di processo minorile che di processo ordinario: rispettivamente, art. 28 comma 2 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e art. 168-*bis* c.p.), destinate o alla “revoca” della sospensione, e quindi alla prosecuzione del procedimento penale sospeso (rispettivamente, art. 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, e art. 168-*quater* c.p.), o alla definitiva “estinzione del reato” (rispettivamente, art. 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, e art. 168-*ter* comma 2 c.p.)<sup>244</sup>, e quindi alla chiusura del processo, sempre sulla base

---

quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. 2. Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione. ... ».

<sup>244</sup> Di notevole rilevanza ai fini di una corretta sistemática delle fattispecie di responsabilità da reato è poi, in particolare, la disposizione dell'art. 168-*ter* comma 3 c.p., laddove, con riferimento all'estinzione del reato in seguito all'esito positivo della prova in caso di sospensione del procedimento (artt. 168-*bis* e 168-*ter* comma 2 c.p.), stabilisce che «L'estinzione del reato *non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge*» (*scil.*: per la commissione di quel “fatto”). Siccome ai sensi dell'art. 20 legge n. 689/1981 le sanzioni amministrative accessorie, laddove applicate dal giudice penale, lo sono «con sentenza di condanna» (in particolare, «nel caso previsto dall'articolo 24», ossia in caso di “connessione obiettiva con un reato” della violazione amministrativa: note 118 e 370), ciò significa che, nonostante l'estinzione del reato e la conseguente improcedibilità (penale), *il giudice deve comunque accertare l'esistenza del “fatto di reato”*, nel caso in cui da esso conseguono *anche* “sanzioni amministrative accessorie”. Si tratta, com'è evidente, di una disposizione importantissima ai fini della configurazione dei rapporti tra “illecito penale” e “illecito amministrativo” e le rispettive fattispecie di responsabilità: qui si tratta del caso in cui *uno stesso “fatto” integra sia un “tipo” di reato che di illecito amministrativo*. A tale conclusione si deve inevitabilmente pervenire in quanto la presenza di una “sanzione amministrativa”, sia pure accessoria, implica logicamente la qualificazione normativa del suo *presupposto* (quantomeno *anche*) come “illecito amministrativo”. Di più. Se anche è vero che gli artt. 1 ss. legge n. 689/1981 parlano, *genericamente*, di “sanzione amministrativa”, *senza distinguere* ai fini della qualificazione del fatto che ne costituisce il presupposto come “illecito amministrativo” (arg. anche *ex* art. 20 legge cit.) tra sanzioni “principali” e “accessorie” (*a differenza* di quanto accade con le “pene criminali” con riferimento al “reato”, identificato direttamente *solo* dalla pena “principale”: artt. 39 e 17 c.p.), da una lettura sistemática degli artt. 10 e 20 legge n. 689/1981 si deve però ritenere che, anche per quanto riguarda gli “illeciti amministrativi”, dal momento che l'art. 20 parla esplicitamente di “sanzioni amministrative accessorie”, si deve allora conseguentemente ritenere, sul piano sistemático, che la “sanzione amministrativa pecuniaria” di cui all'art. 10 legge cit. debba essere *propriamente qualificata* come “sanzione amministrativa principale”. *Rebus sic stantibus*, se allora l'art. 168-*ter* comma 3 c.p. stabilisce che l'estinzione del reato lascia comunque sussistere le sole san-

di una valutazione del comportamento tenuto nel corso della prova dall'imputato. Comportamento, in caso di imputato maggiorenne, che consiste, oltre che – per quanto qui specificamente ci interessa – nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e nel risarcimento del danno ove possibile, nell'adempimento degli obblighi stabiliti nel programma di affidamento al servizio sociale e nella prestazione di un lavoro di pubblica utilità (art. 168-*bis* commi 2 e 3 c.p.); ovviamente, anche in questo caso, *a prescindere* dall'accertamento dell'ipotesi accusatoria.

Importante, da un punto di vista sia dommatico che sistematico, è però sottolineare come, in tutte le ipotesi in cui la “estinzione del reato” risulta *subordinata* ad un comportamento del soggetto *indicato come reo* di riparazione del danno e/o di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose *del reato*, si debba ritenere che la “punibilità”, ossia *la astratta possibilità di applicazione della sanzione “punitiva” criminale, può essere “estinta” dalla volontaria esecuzione di una sanzione “esecutiva”, non importa se di natura “penale”* (come l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato), sia pure da considerare *come sanzione penale “informale”*<sup>245</sup>, o addirittura “civile” (come

---

zioni amministrative “accessorie” (ovviamente se previste dalla legge), si deve conseguentemente ritenere che la sanzione amministrativa pecuniaria, quale sanzione amministrativa “principale”, rimanga “assorbita”, o meglio *anch'essa “estinta”*, in seguito alla “estinzione del reato”; “causa estintiva”, questa, che dunque – in perfetto parallelismo con l'estinzione del reato – funzionerebbe dommaticamente *anche come “causa di estinzione dell'illecito amministrativo”*, accanto all'*unica* altra causa estintiva della sanzione amministrativa pecuniaria costituita dalla “prescrizione” (art. 28 legge n. 689/1981; non potendosi considerare il “pagamento in misura ridotta” di cui all'art. 16 legge cit., nonostante l'apparente identità di struttura con l'istituto previsto dall'art. 162 c.p. e l'uso del termine “oblazione” nel comma 3 dello stesso art. 16, una forma di “oblazione” in senso tecnico da qualificare dommaticamente come “causa estintiva” dell'illecito amministrativo, consistendo viceversa *solo in una “circostanza attenuante” del quantum di sanzione pecuniaria che sarebbe stata “proporzionata” al fatto commesso ex art. 11 legge cit. in considerazione della sua “gravità” e della “personalità”, oltre che delle “condizioni economiche”, del suo autore*). Estinzione dell'illecito amministrativo, a sua volta, di per sé non incompatibile con la contestuale applicazione delle – eventuali – sanzioni amministrative accessorie (ove previste per lo stesso fatto costitutivo anche di illecito penale), con perfetto parallelismo, sotto questo aspetto, rispetto all'estinzione del reato (successiva alla condanna e quindi all'accertamento del reato, come nel nostro caso) che non sempre, oltre la pena criminale principale, comporta l'estinzione anche delle pene accessorie (arg. *ex* art. 106 c.p.). In questo senso, si veda ad es. l'art. 73 comma 1 c.p.m.p., secondo cui, «Salvo che il decreto [oggi legge, eccetto per la grazia] disponga altrimenti, l'amnistia, l'indulto o la grazia non restituisce il grado perduto per effetto della condanna»; “degradazione” di cui all'art. 28 c.p.m.p. espressamente qualificata come “pena militare accessoria” (rubrica del Capo III, Titolo II, Libro I del codice penale militare di pace). Sul punto vedi *infra* note 538 e 676.

<sup>245</sup> Si veda retro cap. I, 7 e *infra* nota 893.

la riparazione del danno arrecato con la commissione – meglio: *con la ipotizzata commissione* – del reato), confermando così, anche da questa prospettiva, la “*preminenza logica*” della sanzione esecutiva su quella punitiva. Il che significa che, come linea – sia pure ancora solo “tendenziale” – di politica legislativa criminale, il sistema è attualmente orientato a rimettere alla volontà del – *potenziale* – destinatario della pena criminale addirittura la stessa possibilità di *scegliere ex post facto il “tipo” di risposta sanzionatoria*, se “punitiva” o “esecutiva”<sup>246</sup>.

In ultima analisi, quanto detto evidenzia altresì come, in tutti questi casi, siamo in presenza di un soggetto, semplicemente *indicato* come autore di un reato, che, *autoapplicandosi una “sanzione”*, sia pure di natura “esecutiva” (e quindi *non* incidente sulla sua libertà personale), dimostra di accettare, anche se *implicitamente* (meglio: *per fatti concludenti*), riconoscendola, la sua “responsabilità penale”; il che avviene in via di “eccezione” *a prescindere* dal suo pieno accertamento processuale «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.), come d'altronde oggi *espressamente consentito* da una lettura sistematica dell'art. 111 comma 5 Cost. alla luce della sua *ratio*<sup>247</sup>. Detto altrimenti, ciò significa dal punto di vista strettamente logico che, sia pure limitatamente a questi casi, è nella *piena “disponibilità”* del potenziale, nel senso di “ipotetico”, destinatario della pena criminale non solo l'applicabilità della pena stessa (e quindi la sua “punibilità”), ma *anche lo stesso – e pregiudiziale – accertamento della sua “responsabilità criminale-punitiva”* e quindi anche del suo indefettibile “presupposto” costituito dalla commissione di un “fatto di reato”<sup>248</sup>.

<sup>246</sup> Si veda più dettagliatamente infra cap. V, 4.

<sup>247</sup> Art. 111 comma 5 Cost.: «La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato ...».

<sup>248</sup> Lo stesso potrebbe avvenire nel processo civile per danni da reato attraverso l'istituto della confessione, in quanto prova legale (che permette di chiudere il processo con l'ammissione della sua responsabilità da parte del presunto danneggiante autore del fatto di reato: arg. ex art. 2730 c.c.). Onde la sostanziale assimilazione, anche sotto questo profilo, tra settori penale e civile dell'ordinamento nella prospettiva della responsabilità da reato. Quanto detto poi a proposito dell'*implicito riconoscimento della responsabilità penale* che sta dietro alla “disponibilità della pena” nei casi di “autoapplicazione” di una sanzione potrebbe giustificare allora anche l'istituto del c.d. “patteggiamento” sotto il profilo della sua “logica interna”; anche se ciò non ne escluderebbe comunque la incostituzionalità, posto che attraverso il patteggiamento si può applicare una “pena” che comunque incide sulla “libertà personale” – a differenza della sanzione “esecutiva” –, libertà personale che è comunque “fuori” dalla “disponibilità” anche del suo titolare (in quanto “inviolabile”, il che pone l'istituto del patteggiamento, per come generalmente inteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in contrasto con quanto stabilito dall'art. 13 comma 1 Cost.; in generale,

(segue) 2 c) Il procedimento o il processo penale, *validamente instaurato*, può chiudersi anzitutto con l'accertamento che l'ipotesi di indagine o accusatoria ha ad oggetto un "fatto non previsto dalla legge come reato"<sup>249</sup> (e quindi, rispettivamente, con un provvedimento di archiviazione o di assoluzione: artt. 411 e 530 comma 1 c.p.p.), con la conseguente "non punibilità" dell'indagato/imputato (la *prima – anche sul piano logico – "causa generale di non punibilità"*), non trattandosi di "materia penale" (almeno in senso stretto)<sup>250</sup>.

Sempre il processo penale può, ancora, concludersi con l'accertamento di un "fatto" *apparentemente conforme al "tipo di illecito"* descritto dal legislatore, *ma in concreto "non offensivo"* dell'interesse penalmente tutelato. In tal caso, l'"inesistenza" del "fatto di reato" comporta, data la sua "non punibilità", l'"impossibilità" di condannare il suo autore, con conseguente sua piena "assoluzione" perché «il fatto [scil.: oggetto dell'imputazione] non sussiste<sup>251</sup>» (o, già in sede

---

sui problemi di legittimità costituzionale del patteggiamento, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 10<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 485 ss.). Patteggiamento che, viceversa, sarebbe costituzionalmente legittimo sotto il profilo del mancato accertamento della commissione del fatto di reato (come si può oggi sistematicamente argomentare anche dalla presenza dell'art. 111 comma 5 Cost.).

Si noti tuttavia come, anche laddove si volesse vedere nella sentenza di patteggiamento un implicito riconoscimento processuale della responsabilità penale e quindi della commissione del fatto di reato da parte dell'indagato/imputato, ciò non rileverebbe però in alcun modo in sede extrapenale, in particolare con riferimento specifico alle altre fattispecie di responsabilità civile e amministrativa da reato. Stabilisce infatti l'attuale art. 445 comma 1-*bis* c.p.p. (come modificato dall'art. 25 comma 1 lett. b) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150) che «La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, anche quando è pronunciata dopo la chiusura del dibattimento, non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile. Se non sono applicate pene accessorie, non producono effetti le disposizioni di leggi diverse da quelle penali che equiparano la sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, alla sentenza di condanna. Salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata ad una pronuncia di condanna».

<sup>249</sup> Ciò a prescindere dalla circostanza che quel fatto sia o no costitutivo di un illecito *di diversa natura* (civile o amministrativo).

<sup>250</sup> Per un concetto lato di "materia penale", funzionale anzitutto all'applicazione delle relative "garanzie", vedi la giurisprudenza della Corte EDU retro capp. I, 6 e V, 2. Per la riconducibilità sotto un concetto di "sistema penale integrato" *anche* delle "misure di prevenzione" e dell'"illecito amministrativo" vedi infra cap. V, 8.

<sup>251</sup> Ritenendo viceversa che in caso di reato impossibile *ex* art. 49 comma 2 c.p. la formula assolutoria debba essere «il fatto non costituisce reato», è evidente allora che il termine "fatto" verrebbe inteso non come "fatto oggetto di imputazione" ma come "fatto corrispondente ad un tipo di reato", sia pure solo formalmente o, meglio, *apparentemente*. Ma, come già diceva NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, Priulla, 1947, p. 17 (sia pure riferendosi all'altra "formula piena" di assoluzione "per non aver commesso il

fatto”), «l'utilità sistematica e pratica di quella nozione [di fatto in senso stretto] pare a noi di scarso rilievo. Ai fini del processo penale, che è il momento giuridico in cui il diritto penale si attua, la nozione non serve. La distinzione tra la formula “per non aver commesso il fatto” e quella “perché il fatto non costituisce reato” *non ha riferimento al Tatbestand astratto, ma al fatto addebitato in concreto*». A questo proposito, occorre poi sempre ricordarsi come l'art. 417 c.p.p., individuando i requisiti formali della richiesta di rinvio a giudizio, ossia dell'accusa-imputazione, *implica già la qualificazione del fatto come reato*, dal momento che, nella lettera *b*), si dice che questa deve contenere «l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto ... , con l'indicazione dei relativi articoli di legge».

E nessun problema potrebbe poi venire dalla circostanza che la formula assolutoria “il fatto non sussiste” precluderebbe in questo caso anche la responsabilità civile o amministrativa per le restituzioni e/o il risarcimento del danno *ex art. 652 c.p.p.* Infatti, occorre sottolineare come, se il “fatto imputato” *ex art. 417 c.p.p.* implica *anche la sua qualificazione giuridica come reato* (meglio: un certo tipo di reato, e il giudice in sede di condanna comunque non decidesse di dare a quel fatto una qualificazione giuridica *diversa*, come altro “tipo” di reato *ex art. 521 comma 1 c.p.p.*), ne consegue che quella formula fa logicamente riferimento *non al “fatto” nella sua “realtà” storica, ma solo a quel fatto per come “penalmente rilevante”*. Per cui ad es. se si imputa un fatto di reato previsto dalla legge solo come fatto doloso e il dolo manca, l'assoluzione perché “il fatto non sussiste”, nel senso che quel fatto per come imputato anche nella sua qualifica normativa non sussiste, è evidente che ciò non preclude l'azione in sede civile per lo stesso fatto (materiale) ma ad es. realizzato con colpa. Se ciò è vero, posto che la “preclusione” dell'art. 652 c.p.p. fa riferimento solo al giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno “*da reato*” ai sensi dell'art. 185 c.p., non ci sarebbe allora alcun problema per l'uso della formula assolutoria “il fatto non sussiste” anche nel caso di reato “impossibile” *ex art. 49 comma 2 c.p.*, dal momento che qui *non* si avrebbe, per mancanza di “offesa”, appunto, un “reato” (onde non potrebbe farsi riferimento alla fattispecie di responsabilità civile di cui all'art. 185 c.p.). Se così viceversa non fosse e si ritenesse di dovere utilizzare la formula “il fatto non costituisce reato” (*scil.*: per mancanza in concreto di offesa; e il reato è, per definizione, un “fatto offensivo” di un certo interesse) ovvero anche quella “il fatto non è previsto dalla legge come reato”, la preclusione di cui all'art. 652 c.p.p. non potrebbe, ancora una volta, operare perché non ci sarebbe – per definizione – alcuna responsabilità civile *da reato*. Ma come si porrebbe allora il rapporto tra la formula assolutoria “il fatto non sussiste” (intendendo il fatto come quello “oggetto di imputazione” ai sensi dell'art. 417 c.p.p.) rispetto a quella “il fatto non è previsto dalla legge come reato”? Mi sembra allora che, sistematicamente, quest'ultima formula potrebbe essere usata solo quando il fatto, *pur sussistendo nella sua “realtà storica”, non possa essere qualificato come reato, non solo alla stregua della norma incriminatrice indicata nell'imputazione, ma alla stregua di qualunque norma incriminatrice esistente nell'ordinamento* (come si argomenta dall'art. 521 c.p.p., che consente al giudice di «dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enuncziata nell'imputazione»). Il che ovviamente non preclude allora l'azione in sede civile o amministrativa per risarcimento del danno o le restituzioni perché quel fatto, pur non essendo in alcun modo qualificabile come reato, potrebbe però essere altrimenti rilevante dal punto di vista giuridico come illecito civile o amministrativo. Alla fine dunque *non ci sarebbe alcuna preclusione ai sensi dell'art. 652 c.p.p.* in presenza di un “reato impossibile”, né utilizzando (come sembrerebbe fare la dottrina dominante) la formula “il fatto non costituisce reato” (ovvero anche “il fatto non è preveduto dalla legge come reato”), né utilizzando la formula “il fatto non sussiste” (“fatto” non solo per come si è presentato nella realtà storica, ma

di indagini preliminari, con l'*archiviazione* del procedimento per infondatezza della *notitia criminis*). Ciò può avvenire sia in caso di *assoluta carenza, in concreto, dell'interesse tutelato*, e quindi di "impossibilità" (logica) della sua offesa, sia in caso di *lesione in concreto dell'interesse tutelato, ma non tale da raggiungere quella "soglia di rilevanza"* (che, a ben vedere, costituisce una particolare "soglia di punibilità") ritenuta necessaria dal legislatore per l'integrazione del reato stesso e quindi per la sua punibilità (c.d. reato "impossibile": art. 49 comma 2 c.p., rispettivamente «per inesistenza dell'oggetto» e «per inidoneità dell'azione»)<sup>252</sup>. A questa seconda situazione sembrerebbero fare riferimento,

anche con riferimento alla sua "qualificazione giuridica" come un determinato "tipo di reato").

<sup>252</sup> Sul concetto di "reato impossibile" ai sensi dell'art. 49 comma 2 c.p., su cui si fonda normativamente la c.d. concezione "realistica" dell'illecito come "offesa" all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, dando al termine "evento" il significato di evento "giuridico" e non "naturalistico", si vedano GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 451 ss., NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1964, *passim* (retro nota 209). Anche se occorre ricordare come questi Autori riferiscano la «inesistenza dell'oggetto» all'oggetto "materiale" del reato e non, come viceversa ritengo corretto (retro nota 209), all'oggetto "giuridico", ossia all'interesse oggetto di tutela da parte della singola norma incriminatrice, e quindi la sua "inesistenza" come limite del solo "delitto tentato" (conformemente d'altronde, sotto questo profilo, all'opinione della dottrina ancora dominante sul significato del c.d. "reato impossibile" in entrambe le sue due varianti, inteso sempre solo come "limite del tentativo": ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 499 ss., MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 562-563). Un esempio di reato impossibile "per inesistenza dell'oggetto" potrebbe essere quello di Tizio che, con volontà omicida, spara contro il letto di Caio il quale, *per qualunque motivo*, non si trova lì. A questo proposito, occorre infatti sottolineare la differenza con la concezione dell'oggetto in senso materiale, per cui la dottrina dominante distingue tra *inesistenza assoluta* e mera *mancaza occasionale* (distinzione, nella tradizione italiana, risalente a CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*. I. Conato, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca, Giusti, 1870, §§ 81-85); alla soluzione opposta, nel senso dell'*irrelevanza di questa distinzione sul piano normativo* e quindi dell'inesistenza in ogni caso del tentativo, si dovrebbe viceversa sempre pervenire muovendo dall'idea che l'art. 49 comma 2 c.p. si riferisca all'"oggetto giuridico" (dovendosi altresì ricordare che la figura del reato impossibile si riferisce a *qualsunque "reato"*, e quindi *anche al delitto tentato!* Anche se nell'esempio fatto si potrebbe altresì dire che manca il requisito del "pericolo in concreto" di verificazione dell'evento – "naturalistico" – morte in entrambi i casi, ossia comunque la stessa "idoneità degli atti" in quanto requisito del tipo del tentativo da valutarsi "in concreto"). Un altro esempio potrebbe essere quello di Tizio che acquista un oggetto di grande valore ad un prezzo eccessivamente basso da una persona, magari anche vestita con abiti dimessi, che poi si dimostra essere comunque l'effettivo proprietario della cosa: in questo caso, nonostante Tizio sembrerebbe aver realizzato il reato di "Acquisto di cose di sospetta provenienza" (art. 712 c.p.), il reato non sussiste in quanto *non esiste in concreto l'interesse tutelato* dalla norma incriminatrice (rendendo pertanto assolutamente impossibile, già sul piano logico, la sua offesa). Nel senso che l'"oggetto" cui fa riferimento la formula dell'art. 49 comma 2 c.p. sia l'oggetto "giuridico" e non l'oggetto "materiale" VANNINI, *Reato impossibile*, in ID. *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milano,

almeno in via di prima approssimazione, anche quelle disposizioni legislative che stabiliscono la “non punibilità” per “irrelevanza” o “esiguità” del fatto e/o dell’offesa<sup>253</sup> (con riferimento alle quali si pone poi il delicato problema di un *coordinamento sistematico* con il c.d. reato “impossibile” – in particolare, «per inidoneità dell’azione» – ai fini dell’individuazione di un loro *autonomo* ambito applicativo). A ben vedere tuttavia, a differenza delle situazioni riconducibili sotto la figura del reato “impossibile” per “inesistenza dell’offesa” *sul piano normativo* (e quindi per la inesistenza di un “fatto” corrispondente ad un “tipo” di reato)<sup>254</sup>, in queste ultime ipotesi, in realtà, *il “reato” esiste*, solo che, essendo l’offesa di “minima entità”, l’ordinamento stabilisce allora senz’altro la “non punibilità” dell’autore di questo fatto di reato per la sua “minima gravità” in concreto<sup>255</sup>.

#### 11. Verificazione processuale dell’esistenza del fatto di reato: proscioglimento o condanna dell’imputato

L’*accertamento giudiziale della commissione di un “fatto di reato”* può a sua volta portare ad *esiti processuali diversi*, meglio: *opposti*, che si riflettono inevitabilmente anche nella sistematica delle “categorie” penalistiche c.d. “sostanziali”. A detto accertamento può infatti seguire non la condanna dell’imputato – con la conseguente fase della commisurazione della pena concretamente applicabile – *ma, al contrario, il suo “proscioglimento”*<sup>256</sup>.

Giuffrè, 1952, p. 191 ss.

<sup>253</sup> Si pensi ad es. alla situazione ipotizzata dall’art. 131-*bis* c.p. (anche dopo le modifiche apportate dall’art. 1 comma 1 lett. c) d. lgs. n. 150/2022), su cui infra cap. I, 13.

<sup>254</sup> Nel senso che un fatto solo apparentemente, dal punto di vista della realtà fenomenica (sia oggettiva che soggettiva), conforme ad un tipo di reato ma in concreto non offensivo non è *sul piano “normativo”* riconducibile a quel “tipo di reato” vedi retro nota 209.

<sup>255</sup> Vedi infra cap. I, 13. Ciò ovviamente a meno che non ci si voglia spingere, anche in questi casi, ad affermare che il reato “non esiste” *sul piano normativo*: infra nota 303 e testo.

<sup>256</sup> Nel caso di integrazione, accanto al “fatto di reato”, *anche degli altri elementi costitutivi della “fattispecie di punibilità”* – sia di quelli che debbono “esistere” (= elementi “positivi”), sia di quelli che debbono “mancare” (elementi “negativi”) (infra cap. IV, 1) – deve seguire la “condanna” dell’imputato in quanto ritenuto (processualmente) “colpevole” e quindi “*concretamente* punibile”; condanna cui, per la presenza di un soggetto “penalmente responsabile”, deve seguire a sua volta la fase della “commisurazione della pena in concreto”. Al “*proscioglimento*” dell’imputato, *nonostante l’accertamento dell’esistenza di un “fatto di reato”*, si deve viceversa pervenire laddove alla realizzazione del reato *non* si accompagni la integrazione della intera “fattispecie di punibilità”. In particolare, ciò avviene anzitutto quando l’imputato deve essere “*assolto*” nel “*merito*” dell’imputazione o per la “mancanza” della “con-

A parte l'ipotesi, da considerare eccezionale, come abbiamo visto<sup>257</sup>, di immediata e contestuale – rispetto all'accertamento del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato – dichiarazione di “estinzione del reato” per “*perdono giudiziale*” (nell'ordinamento italiano, del minore ultraquattordicenne riconosciuto autore di un fatto di reato e imputabile al momento della sua commissione, e quindi astrattamente responsabile e dunque punibile: art. 169 c.p.)<sup>258</sup>, al proscioglimento nonostante l'accertamento della

dizione oggettiva di punibilità”, eventualmente richiesta dalla norma incriminatrice (con la formula «perché il fatto non costituisce reato» ovvero «perché il reato è stato commesso da persona non punibile», appunto per la mancanza della condizione di punibilità; con la prima formula *anche* qualora si ritenga – diversamente dalla dottrina dominante – che la condizione di punibilità sia qualificabile dommaticamente come elemento “costitutivo” del reato, mentre alla seconda si potrebbe fare ricorso solo considerando la condizione di punibilità come elemento “estraneo” al fatto di reato (retro cap. I, 4 e infra cap. III, 2,4 lett. d) e note 623 e 624); ovvero per la mancata rappresentazione senza colpa, ossia per l'ignoranza inevitabile di violare la legge penale (con la formula «perché il reato è stato commesso da persona non punibile per ignoranza inevitabile della legge penale») o per la presenza di una causa di esclusione dell'imputabilità (con la formula «perché il reato è stato commesso da persona non imputabile»). *Formule queste tutte di “assoluzione”, nonostante l'integrazione di un “fatto di reato”.*

Contro il ricorso, in questi casi, alla formula assolutoria «se il reato è stato commesso da persona ... non punibile per un'altra ragione» – diversa dall'imputabilità – non potrebbe infine addursi la considerazione che la suddetta formula di assoluzione si riferisca esclusivamente ad una “causa di non punibilità” *comunque strettamente inerente alla “persona” dell'imputato* (e non al “fatto” da lui realizzato), allo stesso modo di quelle costitutive di situazioni di “non imputabilità” (considerate nell'art. 530 comma 1 c.p.p. immediatamente prima). Per cui, con riferimento agli elementi costitutivi della “fattispecie di punibilità” *diversi* dal “fatto di reato”, la formula assolutoria «se il reato è stato commesso da persona ... non punibile per un'altra ragione» sarebbe assolutamente incompatibile con la mancanza di una “condizione obiettiva di punibilità” e con l'“ignoranza inevitabile della legge penale”. A ben vedere però, in realtà, dal coordinamento e dalla conseguente interpretazione sistematica dei commi 1 e 3 dell'art. 530 c.p.p. si può chiaramente argomentare come la *limitazione* della “ragione” di non punibilità alla «causa *personale* di non punibilità» sia esplicitamente prevista *solo nell'ipotesi del comma 3*; con la logica conseguenza allora che la non punibilità «per un'altra ragione» di cui al comma 1 dell'art. 530 è una formula talmente ampia da potere ricomprendere *tutte quelle situazioni in cui, nonostante la commissione di un “reato”, il suo autore non sia punibile per qualsiasi ragione*, strettamente inerente alla persona o no.

Sulle categorie dommatiche delle “condizioni di non punibilità” (qualificabili anche come “condizioni di punibilità costruite negativamente”) e delle “condizioni di maggiore punibilità” vedi note 191 e 625.

<sup>257</sup> Retro cap. I, 9 n. 3.

<sup>258</sup> Situazione alla quale era strutturalmente avvicicabile, a mio parere, anche la “causa estintiva del reato” prevista dal primo “patteggiamento” di cui all'art. 77 legge n. 689/1981, su cui vedi TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, cit., pp. 283-315. Stabiliva infatti l'art. 77 comma 1 (abrogato insieme a tutta la Sezione II del Capo III della legge n. 689/1981) che, «Nel corso dell'istruzione e fino a quando non sono compiute per la prima volta le

commissione di un fatto di reato si perviene fra l'altro, in particolare, *in tutte le ipotesi di "non punibilità sopravvenuta"*, situazioni di "non punibilità" dalla natura giuridica e dalla conseguente collocazione sistematica incerta e assai controversa, ma dogmaticamente – a mio avviso – da qualificare anch'esse, ai fini della complessiva "disciplina" applicabile, come "*cause estintive del reato*"<sup>259</sup>.

formalità di apertura del dibattimento, il giudice, quando ritiene, in seguito all'esame degli atti e agli accertamenti eventualmente disposti, che sussistono elementi per applicare per il reato per cui procede la sanzione sostitutiva della libertà controllata o della pena pecuniaria, può disporre con sentenza, su richiesta dell'imputato e con il parere favorevole del pubblico ministero, l'applicazione della sanzione sostitutiva, con esclusione di ogni pena accessoria e misura di sicurezza, ad eccezione della confisca nei casi previsti dal secondo comma dell'articolo 240 del codice penale. In tal caso, con la stessa sentenza, dichiara estinto il reato per intervenuta applicazione della sanzione sostitutiva su richiesta dell'imputato».

<sup>259</sup> Finora, in questo lavoro, ho sostenuto la tesi, anche – e soprattutto – in funzione dell'individuazione della disciplina applicabile (unico vero problema di ordine pratico che dovrebbe metodologicamente orientare qualsiasi costruzione dogmatica e sistematica), che *tutte* le "cause di non punibilità sopravvenute" dovrebbero, in realtà, essere qualificate come "cause estintive del reato" (retro cap. I, 11).

Una difficoltà nei confronti di questa tesi *dal punto di vista normativo* (che è quanto mi interessa ai fini della qualificazione dogmatica di un certo fenomeno) potrebbe tuttavia essere individuata – almeno in via di prima approssimazione – proprio nell'art. 531 c.p.p. il quale stabilisce che, in presenza di una "causa estintiva del reato" – ovviamente "antecedente" rispetto alla condanna definitiva, facendosi riferimento al suo intervento nel corso del processo penale, o addirittura prima, nella fase strettamente procedimentale (nel qual caso il p.m., se c'è già stata iscrizione nel registro degli indagati, deve chiedere immediatamente al g.i.p. l'archiviazione: art. 411 comma 1 c.p.p.) –, il giudice deve pronunciare sentenza di "proscioglimento", più precisamente: di "*non doversi procedere*", ossia "processuale", senza dunque entrare nel "merito" dell'imputazione (ad eccezione di quanto disposto dall'art. 129 comma 2 c.p.p., esplicitamente richiamato nell'*incipit* dello stesso art. 531 c.p.p.).

Ora, se per l'operatività di queste situazioni di "non punibilità sopravvenuta", che si sostanziano per lo più in un "comportamento" del soggetto indagato/imputato, spesso "antagonista" rispetto alla previa commissione del "fatto di reato" (oggetto di "imputazione") – anche se esistono *altre* cause che determinano l'estinzione del reato le quali, pur consistendo in comportamenti del reo come l'"oblazione", non si risolvono in comportamenti "antagonistici" rispetto a quelli costitutivi di reato, rispondendo quindi ad altre *rationes* –, occorre il *previo accertamento della commissione del fatto di reato* (*altrimenti* non ci sarebbe la "non punibilità" per il fatto di reato già commesso, *ma, più radicalmente, a monte, "assoluzione"* per mancata integrazione del "fatto di reato": si pensi alla "ritrattazione" con riferimento al delitto di falsa testimonianza), entrandosi pertanto, *logicamente e quindi necessariamente*, "nel merito" dell'imputazione, sembrerebbe esserci – almeno a prima vista – una palese *contraddizione* con l'art. 531 c.p.p. che parla di sentenza meramente processuale di "non doversi procedere", appunto per intervenuta "estinzione del reato". A meno che non si debba ritenere che saremmo qui in presenza di una situazione *analoga* a quella prevista e disciplinata dall'art. 129 comma 2 c.p.p., che appunto "impedisce" il ricorso ad una sentenza di pro-

scioglimento a favore di una sentenza di assoluzione laddove, nel momento in cui intervenga una causa estintiva del reato, già «dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste, ecc.». Si tratterebbe però comunque di un'interpretazione non solo sforzata ma addirittura incongrua, dal momento che, nel nostro caso, l'accertamento operato dal giudice deve essere *opposto* rispetto a quello previsto dall'art. 129 comma 2 c.p.p., ossia che «il fatto *sussiste*».

Piuttosto, si potrebbe anche pensare che, laddove fosse necessario, come in questi casi di «non punibilità sopravvenuta», il *previo accertamento del reato*, la formula di proscioglimento dovrebbe essere, non quella di «non doversi procedere per intervenuta estinzione del reato», ma quella, senz'altro più favorevole, dell'«assoluzione» nel merito, con la formula, generalissima, secondo cui «il reato è stato commesso da persona ... *non punibile per un'altra ragione*». Altra «ragione», da indicare nel dispositivo, che ben potrebbe consistere nell'intervento di una condotta «successiva» al reato e «antagonista» rispetto a quella costitutiva del reato commesso.

La logica conclusione di questo ragionamento sarebbe allora escludere che queste ipotesi di «non punibilità sopravvenuta» che consistono in un comportamento «antagonista» dell'autore del fatto di reato – si pensi anche alla «desistenza volontaria» dall'azione nel delitto tentato – non potrebbero dommaticamente essere qualificate come «cause estintive del reato». Ma, se così fosse, quale sarebbe in queste ipotesi di «non punibilità sopravvenuta» la *disciplina* applicabile? Non mi sembra possa essere comunque quella delle cause estintive del reato, *sia pure in via «analogica»* (in particolare, in via di *analogia iuris*) trattandosi pur sempre di situazioni, realmente o ipoteticamente, «successive» alla commissione di un reato, posto che – a parte ogni considerazione sull'ammissibilità, in generale, di qualunque tipo di procedimento analogico in materia penale (*contra*, a mio parere correttamente, NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., pp. 130-131; per la posizione di Gallo vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 85 ss.) –, anche a ritenere possibile (in generale quantomeno) l'analogia *in bonam partem*, le «disposizioni» (quali enunciati linguistici normativi) che prevedono «cause estintive della punibilità» sarebbero comunque da considerare «eccezionali» ai sensi dell'art. 14 preleggi, e quindi, a mio avviso, non solo inapplicabili analogicamente, ma addirittura da interpretare «restrittivamente» (o, al massimo, secondo il loro stretto tenore letterale: TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., p. 19 ss.; vedi anche *infra* cap. I, 16).

A favore della «*natura giuridica*» delle cause sopravvenute di «non punibilità» come vere e proprie cause «estintive del reato», si consideri però come l'ordinamento italiano preveda *espressamente* – e quindi in maniera non superabile dall'interprete – come causa estintiva del reato il «perdono giudiziale» (art. 169 c.p.), che presuppone, per la sua operatività, il previo accertamento dell'esistenza del reato e la responsabilità del minore imputato. E lo stesso avveniva con l'art. 77 della legge n. 689 del 1981 (oggi abrogato) (vedi nota 258). Ma ci sono *anche* casi di cause di «non punibilità sopravvenuta» basate proprio su *condotte «antagoniste»* rispetto a quelle costitutive del reato ed *esplicitamente qualificate* come «cause estintive del reato». Si pensi ad es. all'adempimento tardivo dell'obbligazione nel caso di insolvenza fraudolenta (art. 641 comma 2 c.p.). Il che potrebbe *sistematicamente* indurre a ritenere che, *anche in tutti gli altri casi di condotte «antagoniste»* (si pensi alla ritrattazione rispetto al delitto di falsa testimonianza; o alla desistenza volontaria rispetto al tentativo incompiuto), le rispettive situazioni di non punibilità possano essere correttamente qualificate, sul piano dommatico, proprio come «cause estintive del reato». Il che consentirebbe, sul piano pratico, l'applicazione della relativa «disciplina».

Ciò sarebbe *interpretativamente possibile* anche perché, come sappiamo, limitandosi in questi

“Cause sopravvenute di non punibilità”, dommaticamente: “estintive del reato”, che consistono per lo più in *comportamenti* dell'imputato *successivi* e “antagonisti” rispetto a quelli costitutivi del reato stesso; “fatto di reato” il cui *previo accertamento* – come detto – costituisce però “presupposto” e quindi *condizione necessaria per l'operatività* di queste cause di non punibilità “sopravvenute” (*altrimenti non si potrebbe logicamente parlare di “non punibilità” per il fatto di reato già commesso, ma, più radicalmente, di “assoluzione” per mancata*

casi il legislatore a stabilire la “non punibilità” dell'autore del fatto di reato per la presenza di queste condotte *successive e antagoniste*, utilizza una *formula assolutamente generica* (in genere: “non è punibile”), che, di per sé, *nulla dice* intorno alla “natura giuridica” di *ciascuna situazione* indicata come di “non punibilità” e quindi alla relativa “disciplina” applicabile) (in generale, sulla genericità del lemma “cause di non punibilità”, si veda retro cap. I, 8).

Da queste considerazioni, occorre allora trarre l'ulteriore conclusione che la distinzione, all'interno delle formule di “proscioglimento”, tra quelle c.d. “nel rito” (“non doversi procedere”) e quelle c.d. “nel merito” (“assoluzione”), nel senso, più specificamente, che al “merito” dell’“imputazione” si possa pervenire *solo dopo* aver verificato che *non esistono ostacoli di ordine processuale* tali da imporre la immediata chiusura del procedimento (salvo “deroghe” espresse, che si risolvono comunque sempre “a favore” dell'imputato, come quella dell'art. 129 comma 2 c.p.p.: retro note 227 e 230), *non può più essere accolta almeno nella sua “assolutezza”*. Come abbiamo visto, infatti, la sentenza “processuale” di “non doversi procedere per intervenuta estinzione del reato” *non esclude*, in molte situazioni “sopravvenute” di “non punibilità”, dommaticamente, come detto, tutte qualificabili come “cause estintive del reato”, il *previo accertamento dell'esistenza del “reato”*, dovendosi conseguentemente entrare nel “merito” dell'imputazione. Per cui, se è vero che tutte le sentenze di “assoluzione” presuppongono la verifica del “merito” dell'imputazione, *non è vero il contrario*, ossia che tutte le sentenze di “proscioglimento” prescindano dal *previo accertamento dell'esistenza del reato*. Il che può forse anche spiegare la ragione per cui il legislatore del codice di procedura penale separi, all'interno della categoria delle sentenze di “non doversi procedere”, proprio quelle per “estinzione del reato”, considerandole “autonomamente” (arg. ex artt. 529 e 531 c.p.p.).

Un'ultima considerazione. Ritenendo che tutte le “cause di non punibilità sopravvenute” debbano essere normativamente qualificate come “cause estintive del reato”, ciò significa allora che, come regola, esse non si estendono agli eventuali concorrenti nel reato, come si ricava espressamente dall'art. 182 c.p. Si potrebbe allora porre un problema di coordinamento sistematico, dal momento che lo stesso comportamento “antagonista” di “eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” (espressione che qui utilizzo in senso lato e atecnico, come comprensiva anche delle sanzioni *esecutive civili* e amministrative: vedi tuttavia infra nota 907), qualora operasse come “circostanza attenuante” ex art. 62 n. 6 c.p., data la sua natura “oggettiva” – concernendo la “gravità” del reato –, si comunicherebbe ai concorrenti ex art. 118 c.p. (addirittura anche se ignorata: art. 59 comma 1 c.p.). Ma allora si creerebbe forse una inammissibile “disparità di trattamento” nel caso in cui la stessa condotta antagonista, sulla base di speciali disposizioni di legge, estinguesse addirittura il reato e quindi la punibilità? Probabilmente la risposta deve essere negativa, posto che le due situazioni – pur avendo a base lo stesso tipo di comportamento – non si equivalgono sul piano della loro rilevanza normativa, il che escluderebbe una violazione dell'art. 3 comma 1 Cost.: una cosa è infatti una semplice attenuazione della pena, altra cosa la assoluta non punibilità.

*sua integrazione*)<sup>260</sup>, dovendosi quindi *necessariamente* entrare “nel merito” dell’imputazione (si pensi alla “desistenza volontaria” rispetto al tentativo c.d. “incompiuto”, alla “ritrattazione” con riferimento al delitto di falsa testimonianza o allo scioglimento della banda armata rispetto alla sua costituzione o alla partecipazione alla stessa).

Che dommaticamente siamo qui in presenza di “cause estintive del reato” mi sembra poi trovare un’ulteriore conferma sistematica, sul piano strettamente *normativo*, anche nella circostanza che, a volte, è lo stesso legislatore a qualificare *espressamente* in questi termini le suddette situazioni: si pensi ad es. alla vicenda ipotizzata dall’art. 641 comma 2 c.p. che, con riferimento al delitto di insolvenza fraudolenta, stabilisce che «l’adempimento dell’obbligazione avvenuto prima della condanna», ossia in presenza di una condotta “antagonista” rispetto a quella costitutiva dell’illecito penale (che deve comunque essere previamente accertato), «estingue il reato»<sup>261</sup>.

<sup>260</sup> Si consideri, per tutti, l’esempio della “causa di non punibilità sopravvenuta” costituita dalla “ritrattazione”, che si sostanzia nel comportamento di chi, *dopo* aver commesso uno dei delitti contro l’amministrazione della giustizia specificamente indicati dall’art. 376 comma 1 c.p., «nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento». Così, in caso ad es. del delitto di falsa testimonianza su uno dei «fatti che costituiscono oggetto di prova» (art. 194 comma 1 c.p.p.) relativamente ai quali il testimone ha l’«obbligo ... di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte» (art. 198 comma 1 c.p.p.), solo se viceversa il soggetto chiamato a deporre come testimone «afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato», ossia *solo se ha già realizzato il “fatto di reato”* previsto dall’art. 372 c.p., può logicamente “ritrattare” la sua precedente dichiarazione mendace attraverso un comportamento “antagonista”; oltretutto, trattandosi di un *comportamento costitutivo di un “onere”* (non “obbligo”!) di “fare” (infra nota 881), da tenere non oltre il *termine perentorio* della “chiusura del dibattimento” «nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio» di testimone rendendo le dichiarazioni mendaci. “Causa di non punibilità”, *sopravvenuta* alla commissione dell’illecito, che *presuppone* dunque logicamente per la sua operatività il *previo accertamento del “fatto di reato”* costitutivo della falsa testimonianza. Previo accertamento, in mancanza del quale l’imputato del delitto di falsa testimonianza non va “prosciolto” per intervenuta “estinzione del reato”, ma, come detto, “assolto”.

<sup>261</sup> Come esempio di situazione “sopravvenuta” alla commissione di un reato costituita da una condotta “antagonista”, in cui lo stesso legislatore usa *contestualmente* nella stessa disposizione, sia pure in commi diversi, i termini di “non punibilità” e di “estinzione del reato”, evidenziando chiaramente come, *dal punto di vista normativo*, si tratta di termini che, in quella situazione, indicano la *stessa fenomenologia giuridica*, vedi l’art. 2 commi 1-*bis* e 5 legge 11 novembre 1983 n. 638/1983 (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 321-322). Piuttosto, interessante è osservare come, dopo che il comma 1-*bis* dispone che «Il datore di lavoro non è punibile se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione e dalla notifica dell’avvenuto accertamento della violazione», stabilendo il comma 5 (secondo cui «La regolarizzazione estingue il reato e le obbligazioni per san-

Un problema *dommatico* e conseguentemente *sistematico* di non secondaria rilevanza è poi se queste situazioni di “non punibilità sopravvenute”, da qualificare – come visto – come cause estintive del reato (sia pure dipendenti da un comportamento del soggetto “successivo” – e spesso “antagonista” – rispetto a quello costitutivo di reato), operino come “*elementi negativi*” in senso stretto della “*fattispecie di punibilità*”, nel senso che debbono “mancare” (= non si debbono verificare) perché venga integrata la fattispecie di responsabilità penale (e quindi per il sorgere della punibilità)<sup>262</sup>; ovvero si tratti di situazioni integrative di “*fattispecie autonome*” di “estinzione della punibilità” – che presuppongono tuttavia, come detto, la *verificazione processuale dell’esistenza di un “fatto costitutivo di reato”* (altrimenti mancherebbe, a monte, lo stesso fatto di reato *prima* della dichiarazione della sua “non punibilità”) – previste da “*norme autonome*” rispetto a quelle incriminatrici, appunto: “estintive del reato”, nel qual caso saremmo in presenza di situazioni rientranti sotto “*fattispecie di non punibilità*”, logicamente e normativamente *diverse* dalle “*fattispecie di punibilità*” e ad esse “*alternative*”, che, appunto, “estinguerebbero” l’effetto di “*punibilità*” già sorto<sup>263</sup>; cause estintive della punibilità, meglio,

---

zioni amministrative e per ogni altro onere accessorio o connessi con la denuncia e il versamento dei contributi stessi ...) che l’“estinzione” (per effetto della “regolarizzazione”) investe non solo il reato (e quindi la sua punibilità), ma *anche le sanzioni amministrative*, ciò significa che il medesimo fatto realizzato non è solo costitutivo di reato ma *anche di un illecito amministrativo*. Sul punto vedi retro nota 244. Nella direzione opposta – nel senso che l’estinzione del reato *non* estingue anche l’applicazione delle eventuali sanzioni amministrative (accessorie) – vedi ad es. l’art. 168-ter commi 2 e 3 c.p., secondo cui «... 2. L’esito positivo della prova [in caso di sospensione del procedimento con messa alla prova] estingue il reato per cui si procede. 3. L’estinzione del reato non pregiudica l’applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge». Sulle conseguenze giuridiche da trarre in caso di applicabilità “cumulativa” della pena criminale e di una sanzione punitiva amministrativa vedi infra note 839 e 847.

<sup>262</sup> Si consideri come, per coloro che vedono nella “punibilità” il “quarto elemento” del reato, le “cause sopravvenute di non punibilità” – cui dovrebbero accostarsi le “cause estintive del reato” – dovrebbero *logicamente* costituire, dommaticamente e sistematicamente, “elementi negativi”, o più propriamente: “elementi negativi-impeditivi”, non della “fattispecie di punibilità” ma direttamente senz’altro dello stesso “reato”. Anche se nessuno dei sostenitori della “quadripartizione” mi sembra che utilizzi, a questo proposito con specifico riferimento alle “cause sopravvenute di non punibilità”, la terminologia di “elementi negativi del reato” (concetto che, secondo i principali sostenitori della sistematica “quadripartita”, indicherebbe viceversa solo quei requisiti del “fatto di reato” che, in realtà, sono propriamente da qualificare come “elementi positivi a contenuto negativo”: così MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 241 e 406; vedi anche retro nota 11).

<sup>263</sup> Ragionando in questi termini, si tratterebbe comunque, dal punto di vista della loro “natura giuridica”, di vere e proprie “*norme penali*”, anche se operanti in *direzione opposta*

dommaticamente: “del reato”, la cui esistenza va dunque accertata, in sede processuale, *dopo l'accertamento dell'esistenza di un “fatto di reato”* (e della integrazione della corrispondente “fattispecie di punibilità”). E si ricordi altresì a questo proposito come la presenza nell'ordinamento giuridico, dal punto di vista della teoria generale del diritto, di regole di condotta, previste da norme “autonome”, che prevedono fatti cui è collegata, come conseguenza, non solo la “costituzione” o la “modificazione” *ma anche l’“estinzione”* del “dovere di applicare” una sanzione penale è riconosciuta da autorevole dottrina<sup>264</sup>. A ben vedere, mi sembra tuttavia che – come accade anche per le cause di giustificazione dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere, la cui sicura riconducibilità sotto *norme diverse* (e quindi “autonome”, oltretutto *extrapenali*) rispetto a quelle ricavabili dalla legge penale incriminatrice non esclude che, *sistematicamente*, nell'analisi della *struttura* del fatto di reato, esse assumano la posizione e la funzione di “elementi negativi”<sup>265</sup> – allo stesso modo, anche ammettendo che le “cause estintive del reato” ricadano sotto *norme penali “autonome”* ad “efficacia estintiva della punibilità”, nulla esclude che, *nell'analisi ricostruttiva della “struttura” della “fattispecie di punibilità”*, esse possano assumere la posizione di “*elementi negativi?*”; in particolare, di elementi negativi “in senso proprio”, ossia che “*si aggiungono*”, sia pure con valenza “negativa” (nel senso che debbono “mancare”), agli altri elementi costitutivi della fattispecie di punibilità<sup>266</sup>.

Ciò significa, per concludere e riassumendo, che le cause di “non punibilità sopravvenuta”, posto che il diritto positivo *non conosce* una categoria *normativamente rilevante* dello stesso nome trattandosi viceversa di un concetto

---

rispetto alle “norme penali incriminatrici”, posto che, pur avendo entrambe ad oggetto la “punibilità”, le norme incriminatrici avrebbero una “efficacia costitutiva” della punibilità mentre le “norme estintive” avrebbero, al contrario, una “efficacia estintiva” di una punibilità *già sorta* (così GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 3 e 309 ss.).

<sup>264</sup> Per tutti, si veda Gallo (retro nota 263).

<sup>265</sup> Nel senso che l'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere – o meglio: il “diritto” o il “dovere” il cui esercizio scrimina – sono situazioni riconducibili sotto “norme extrapenali autonome” vedi *infra* cap. II, 3. Per comprendere poi esattamente come operano queste due cause di giustificazione ai fini della ricostruzione del “fatto di reato” e quindi della norma incriminatrice, occorre fare riferimento al fenomeno del “rinvio tra norme”, ben conosciuto e analizzato specie dai cultori del diritto internazionale (*infra* nota 442).

<sup>266</sup> In particolare poi, come avviene per le cause di giustificazione, anche le “cause sopravvenute di non punibilità” costituiscono propriamente, dal punto di vista strutturale, con riferimento – come detto – non al “fatto di reato” ma alla più ampia “fattispecie di punibilità”, “*elementi negativi a contenuto positivo*”. Sulle categorie degli “elementi negativi” rispettivamente, dal punto di vista della loro struttura, a “contenuto positivo” e a “contenuto negativo” vedi *infra* cap. IV, 1, 2 e 3.

di mera creazione dottrinarina (in particolare, di origine tedesca), sul piano *dommatico*, anche – e direi soprattutto – ai fini dell’applicabilità della relativa “disciplina”, tali situazioni – come detto – devono essere propriamente qualificate come “*cause di estinzione del reato*” (sia pure dipendenti da un comportamento del soggetto “successivo” – e spesso “antagonista” – rispetto a quello costitutivo di reato previamente accertato); mentre, dal punto di vista *sistematico*, operano senz’altro come “*elementi negativi*” della “*fattispecie di punibilità*”, in quanto è la loro “presenza” che ne “esclude” l’integrazione e quindi la “responsabilità-punibilità” dell’autore del “fatto di reato”.

(segue) 3 a) In caso viceversa di *condanna* dell’imputato in conseguenza della verifica “positiva” – «al di là di ogni ragionevole dubbio» (come impone l’art. 533 comma 1 c.p.p.) – dell’“ipotesi accusatoria” e *in mancanza* di quelle altre situazioni la cui presenza esclude l’integrazione della “fattispecie di punibilità”, si apre la fase successiva della “*commisurazione della pena in concreto*” (art. 533 comma 1 c.p.p.: «... Con la sentenza [di condanna] il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza») – pena applicata al soggetto processualmente riconosciuto come “colpevole”, ossia autore del fatto di reato contestatogli<sup>267</sup>, e “responsabile” per la sua commissione –, fase nella quale il giudice della cognizione determina (una volta scelta la “specie” di pena laddove siano eventualmente previste a livello edittale “pene alternative”) anzitutto<sup>268</sup> la “*misura della pena ritenuta “meritata” dal reo in quanto “proporzionata”*”<sup>269</sup> rispetto alla “gravità del reato” commesso e

<sup>267</sup> Sul significato che assume il termine “colpevole” all’interno dei codici penali, sostanziale e processuale, e quindi *sul piano normativo*, vedi retro note 66, 90 e 198. Il termine “colpevole” è inteso come sinonimo di “reo” e quindi di “responsabile” (secondo la “fattispecie di punibilità”) anche dall’art. 27 comma 2 Cost. (retro nota 90).

<sup>268</sup> E comunque, come detto, immediatamente dopo la scelta discrezionale della stessa “specie” di pena concretamente applicabile, nei casi di reati edittalmente puniti con “pena alternativa”. Laddove poi la “quantità” della reclusione o dell’arresto concretamente irrogata non superi una certa durata, il giudice deve accertare se sussistano i presupposti stabiliti dai nuovi artt. 53, 58 e 59 legge n. 689/1981 per applicare una “pena sostitutiva” di una pena detentiva c.d. di “breve durata” (anteriormente, semidetenzione, libertà controllata, pena pecuniaria; oggi, semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva, lavoro di pubblica utilità sostitutivo, pena pecuniaria sostitutiva: nuovo art. 20-*bis* c.p.).

<sup>269</sup> Il requisito della “proporzione” come limite della stessa “legittimità” della pena irrogata in concreto è oggi *normativamente* stabilito a livello supralegislativo, sia pure “in negativo”, dall’art. 49 comma 3 Carta dei Diritti UE, a tenore del quale «Le pene inflitte *non devono essere sproporzionate* rispetto al reato»; nel senso, in particolare, che non è la “proporzione” a condizionare la “legittimità” della pena inflitta, ma la sua “sproporzione” a determinarne la “illegittimità”. Che la proporzione costituisca anche un limite “naturale”, in quanto logico, di qualunque sanzione “punitiva” si ricava poi anche dalla considerazione che detto requisito è *esplicitamente* richiesto per quella sanzione “originaria” (a mio avviso, “naturale”:

alla “capacità a delinquere” da lui manifestata con la commissione del reato quale espressione della sua “personalità criminale” (sulla base degli “indici” contenuti, rispettivamente, nei due commi di cui si compone l’art. 133 c.p.)<sup>270</sup>.

Nella fase di commisurazione della pena intesa però “*in senso lato*” vengono poi in considerazione – accanto ad altri possibili “benefici”, come la “non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale” (art. 175 c.p.) – anche ipotesi di “*sospensione dell’esecuzione della pena concretamente applicata*”, la cui concessione è “*condizionata*”, oltre ad una prognosi di “non recidività” (art. 164 comma 1 c.p.) e alla inesistenza di “limiti” di carattere “personale” discendenti dalla “posizione giuridica” in cui si trova il reo dal punto di vista penale (art. 164 comma 2), a seconda dei casi, a volte a discrezione del giudice a volte obbligatoriamente (art. 165 c.p.), anche a un – “positivo” (nel senso di una “attività” sul piano naturalistico) – *comportamento successivo* del (già accertato) autore del fatto di reato, comportamento che si sostanzia nel risarcimento del danno e/o nell’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art. 165 comma 1 c.p.)<sup>271</sup>. Sospen-

---

vedi TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., p. 799 e note 112 e 422) di “intero ordinamento” rappresentata dalla legittima difesa, ossia da ciò che la dottrina qualifica anche come sanzione della “impedibilità” (retro note 112 e 422); nel senso, in particolare, che la “difesa”, ossia la “sanzione”, deve essere proporzionata all’“offesa”: art. 52 comma 1 c.p. Sulla “proporzione” come requisito di “validità” della norma incriminatrice con riferimento alla pena criminale vedi infra cap. III, 2.4 lett. c.

<sup>270</sup> Applicando poi direttamente, qualora ne sussistano i presupposti, conformemente al nuovo art. 20-*bis* c.p. (retro nota 193), una delle “pene sostitutive” secondo quanto oggi stabilito dal novellato art. 53 legge n. 689/1981 (retro nota 193) e sulla base dei criteri oggi fissati dal riformulato art. 58 legge ult. cit. per l’esercizio del potere discrezionale di “sostituibilità” – nell’applicazione e nella scelta delle pene sostitutive – da parte del giudice della condanna.

<sup>271</sup> Comportamento di “fare”, integrativo di una forma di “*auto-applicazione*” di “*sanzione esecutiva*”, che costituisce, tecnicamente, contenuto di una situazione soggettiva passiva di “onere”. Sul punto vedi *amplius* infra cap. V, 3 e 4. Anche se nel testo dell’art. 165 c.p. si parla di «obbligo» (l’articolo è infatti rubricato «Obblighi del condannato»), occorre ricordare come il *contenuto* dell’“onere” si sostanzia in un “obbligo” – o meglio, per evitare confusioni concettuali, stipulativamente: un “*dovere*” (infra note 903 e 904) – di porre in essere un certo comportamento, che tuttavia il soggetto è “libero” di tenere se vuole pervenire a un risultato “favorevole” (e non: evitare un risultato “sfavorevole”, ossia l’applicazione di una “sanzione”, in caso di suo inadempimento, come nel caso dell’“obbligo” in senso proprio). Tant’è che si parla dell’“onere”, con un *apparente ossimoro*, come di un “*dovere libero*”, ossia di una situazione giuridico-soggettiva di “*dovere-libertà*” (GAVAZZI, *L’onere. Tra la libertà e l’obbligo*, Torino, Giappichelli, 1970, *passim*). E che, nel caso dell’art. 165 c.p., si sia tecnicamente in presenza proprio di un “onere” trova conferma nella formula legislativa utilizzata, secondo cui «La sospensione condizionale della pena può essere *subordinata al-*

sione dell'esecuzione della pena destinata o alla "revoca", e quindi all'esecuzione della pena già concretamente applicata (laddove, nei termini stabiliti dalla legge, il condannato beneficiato «commetta un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, per cui venga inflitta una pena detentiva, o non adempia agli obblighi impostigli»<sup>272</sup>: art. 168 c.p.), o alla definitiva "estinzione del reato" (art. 167 c.p.), estinzione che, in quanto *successiva alla condanna definitiva*, ha ad oggetto necessariamente la *pena concretamente già applicata* (estinzione che, nel nostro ordinamento, è attualmente *limitata* alle pene "principali" e a quelle "accessorie", senza incidere sugli altri "effetti penali" della condanna: artt. 166 comma 1 e 167 comma 2 c.p.)<sup>273</sup>.

"Estinzione del reato" che dunque, intervenendo in questo caso *dopo* una condanna definitiva, si risolve in una ulteriore "causa di non punibilità", sia pure *in concreto e parziale*<sup>274</sup>, e quindi in un "limite della norma" nella pro-

---

*l'adempimento dell'obbligo ecc.:* concetto di "subordinazione" che chiaramente presuppone logicamente la "libertà di scelta" del destinatario del c.d. "obbligo" di tenere il comportamento ivi indicato *se* vuole pervenire alla concessione del "beneficio" della sospensione condizionale; situazione dunque *incompatibile*, in quanto logicamente opposta, con quella di un "obbligo" la cui inosservanza determina una "sanzione", ossia una "conseguenza sfavorevole" (per la commissione di un "illecito").

<sup>272</sup> "Obblighi imposti" il cui "adempimento" costituisce tecnicamente, come detto, contenuto di una situazione soggettiva passiva di "onere". Sul corretto significato da attribuire all'espressione «obblighi impostigli» vedi retro nota 271.

<sup>273</sup> Si noti come l'art. 167 comma 2 c.p. stabilisca espressamente che «In tal caso [di estinzione del reato] non ha luogo la esecuzione *delle pene*», senza dunque fare alcun accenno come "oggetto" dell'estinzione anche agli altri "effetti penali" della condanna, *diversi* dalle pene accessorie (a differenza di quanto stabilito da altre disposizioni che prevedono cause estintive del reato che incidono *anche* sugli "effetti penali" della condanna: si veda ad es. l'art. 556 comma 3 c.p.). Che poi nell'ordinamento italiano esistano non solo "cause estintive *del reato*" *successive* alla "condanna" (definitiva), come appunto – fra quelle "generali" previste dal codice penale – l'utile decorso del tempo dopo la sospensione condizionale della pena e l'amnistia c.d. impropria (retro nota 227), ma che possano avere ad oggetto *anche* gli "effetti penali" della condanna stessa è normativamente confermato, con una disposizione di carattere generale, dall'art. 106 c.p., a tenore del quale «1. Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitualità o di professionalità del reato, si tien conto altresì delle condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione *del reato* o della pena. 2. *Tale disposizione non si applica quando la causa estingue anche gli effetti penali*». Una causa estintiva "del reato" che estingue anche gli effetti penali della condanna (oltre che estendersi agli eventuali concorrenti nel reato, in deroga all'art. 182 c.p.) è ad es., come accennato, quella prevista per il delitto di bigamia dall'art. 556 comma 3 c.p., a tenore del quale «Se il matrimonio, contratto precedentemente dal bigamo, è dichiarato nullo, ovvero è annullato il secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia, il reato è estinto, anche rispetto a coloro che sono concorsi nel reato, e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e *gli effetti penali*».

<sup>274</sup> "In concreto" perché ha ad oggetto la pena concretamente irrogata dal giudice di co-

spettiva però della “conseguenza sanzionatoria” della “pena criminale”. “Estinzione *della pena in concreto*”, poi, che si può verificare, determinando la “non punibilità” dell’autore del reato in tutti i casi in cui, *dopo la condanna* e la conseguente commisurazione della pena in concreto da parte del giudice, sia intervenuta o una “causa estintiva *del reato*”, come ad es. l’amnistia c.d. “impropria”, o una “causa di estinzione *della pena*”, il che può avvenire *anche in sede di esecuzione* (si pensi, ad es., all’esito positivo della prova nell’affidamento in prova al servizio sociale, che «estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale, ad eccezione delle pene accessorie perpetue»: art. 47 comma 12 ord. penit.; o all’“estinzione della pena” nei confronti del condannato ammesso al beneficio della liberazione condizionale: art. 177 comma 2 c.p.). Breve: *dopo* la condanna irrevocabile, *tutte* le “cause di estinzione” del reato o della pena si risolvono in “cause di non punibilità” aventi però ad oggetto, come è logico, non la pena comminata in astratto ma quella *concretamente applicata*<sup>275</sup>.

## 12. La “gravità del reato” come aspetto “autonomo” tra teoria del reato e teoria della pena

La teoria della “commisurazione della pena” *si incrocia, intersecandosi, anche senza coincidere*, con un capitolo della “teoria della pena” (meglio: della “sanzione criminale”) a cavallo con la stessa “teoria del reato”, che può conseguentemente dar luogo ad una *sub-teoria “autonoma”*: quella della “gravità del reato” (cui, a mio parere, si deve ricondurre, tra l’altro, lo studio, oltre che delle “circostanze del reato” e del “concorso di reati”<sup>276</sup>, anche dei casi di

---

gnizione in sede di condanna; “parziale” perché, come detto, incide solo sulle pene principali e sulle pene accessorie, ma *non* sugli altri “effetti penali” della condanna.

<sup>275</sup> Sull’operatività delle cause di estinzione del reato o della pena nella fase dell’esecuzione vedi *amplius* infra cap. I, 15. Fra le “cause estintive del reato” *successive alla condanna* occorre poi qui ricordare anche quelle che conseguono all’adozione dei due “riti premiali” dell’applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. “patteggiamento”) e del decreto penale di condanna, sussistendone i presupposti rispettivamente previsti dall’art. 445 comma 2 e dall’art. 460 comma 5 c.p.p. (casi di estinzione del reato che – proprio nella prospettiva della “premiabilità” per incentivare al massimo il ricorso a questi procedimenti “alternativi” – hanno ad oggetto *anche gli “effetti penali” della condanna*).

<sup>276</sup> Anche se la “gravità del reato” con riferimento alle “circostanze” potrebbe essere inoltre, più propriamente, studiata distinguendosi tra i *presupposti fattuali* che determinano l’aggravamento o l’attenuazione della gravità del reato, situazioni da ricondurre propriamente alla “teoria del reato”, e le *conseguenze sul piano sanzionatorio* che discendono dalla integrazione delle suddette fattispecie circostanziali, da ricondurre viceversa alla teoria della “commisurazione della pena”. *Mutatis mutandis*, lo stesso discorso può essere ripetuto per le

“non punibilità” del reato per irrilevanza *normativa* dell’offesa)<sup>277</sup>. Capitolo autonomo che assume un ruolo fondamentale nella costruzione di un “sistema penale” integrale e integrato, accanto a quello della “struttura” del “fatto di reato” (e della fattispecie di punibilità) e alla teoria della pena.

Si consideri infatti come nell’ordinamento penale italiano *il concetto di “gravità del reato”* – a differenza ad es. del concetto di “antigiuridicità”<sup>278</sup> – *non è un concetto di pura creazione dogmatico-dottrinale, ma un concetto squisitamente “normativo” alla stregua del diritto positivo vigente, quale si ricava, anzitutto ma non solo, dal codice penale*<sup>279</sup>. Di “gravità del reato” parla infatti in primo

ipotesi di “concorso di reati”, il cui studio, sul piano dei presupposti fattuali, dovrebbe essere ricondotto alla problematica della “unità o pluralità delle condotte” penalmente rilevanti *sul piano normativo* (anche nella prospettiva della distinzione tra “concorso apparente” e “concorso reale” di norme incriminatrici). In particolare, nel senso che la “fattispecie circostanziata di reato” costituisce una *fattispecie “autonoma”* di illecito penale (rispetto a quella c.d. “base”), anche se integrativa dello stesso “titolo di reato”, vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 28 ss. Su questi punti vedi anche retro note 182 e 183.

<sup>277</sup> Nel concetto di “gravità del reato” non può viceversa ricondursi il reato impossibile per inidoneità dell’azione, quando cioè la “non punibilità” discende dall’“irrilevanza” *sul piano normativo dell’offesa*, posto che in questo caso, per l’“impossibilità”, a monte, della stessa integrazione e quindi “esistenza” del reato (art. 49 comma 2 c.p.), non si può logicamente parlare di sua “gravità” (vedi *amplius* infra cap. I, 13). Con riferimento poi ai casi di “non punibilità” per “irrilevanza normativa” dell’offesa, ci si deve però porre il problema se la “minima gravità” del fatto con la conseguente sua irrilevanza tale da determinarne la “non punibilità” non debba addirittura spingere a dire che anche qui, mancando del tutto un’offesa rilevante sul piano normativo, non manchi addirittura la stessa possibilità di qualificare normativamente il fatto come “reato” (al pari di quanto accade col reato impossibile “per inidoneità dell’azione”). Su questo aspetto vedi infra cap. I, 13.

<sup>278</sup> Il concetto di “antigiuridicità”, *normativamente equivalente* a quello di “ingiustizia” che si incontra fra l’altro nella previsione di diritto positivo della “legittima difesa” (art. 52 c.p., laddove si parla di «pericolo attuale di un’*offesa ingiusta*»), da considerarsi “sanzione di intero ordinamento” (retro nota 112), *non fa infatti riferimento esclusivo alla “antigiuridicità penale”* ma ad un momento di antigiuridicità-ingiustizia *anche alla stregua degli altri rami dell’ordinamento*. Il che trova conferma nel concetto di “*danno ingiusto*” presente nell’art. 2043 c.c. (salvo poi vedere che significato assume in questa disposizione il concetto di “ingiustizia”, se corrispondente a *contra ius* o semplicemente a *sine iure*: infra nota 420).

<sup>279</sup> Oltre le disposizioni del codice penale che, come subito vedremo, parlano espressamente di “gravità del reato”, occorre fare riferimento anche al codice di procedura penale. In particolare, si considerino gli articoli 16 comma 1; 381 comma 4 (“gravità del fatto”); 697 comma 1-ter (“gravità del fatto”); 697 comma 2. Di una non meglio precisata “gravità del *titolo* di reato”, riferita evidentemente alla gravità, nel senso di “severità”, della pena editale, parla l’art. 274 lett. b e c; di “gravità delle imputazioni” gli artt. 309 comma 10, 310 comma 2, 544 comma 3.

Fondamentali per stabilire *sul piano “normativo”* la *maggiore o minore “gravità” dei reati e delle pene* (ad es., ai fini dell’art. 81 c.p., laddove si fa riferimento alla «pena che dovrebbe inflig-

luogo, come abbiamo visto, l'art. 133 comma 1 c.p., indicandolo come uno dei due "parametri" normativamente previsti (a loro volta da "desumere" da una serie di "indici fattuali", anch'essi normativamente stabiliti) per la "commisurazione" (= misura) della "pena" applicabile in concreto dal giudice (tra il "minimo" e il "massimo" edittale)<sup>280</sup> in caso di *condanna* dell'imputato (= commisurazione della pena "in senso stretto")<sup>281</sup>. "Gravità del

gersi per la violazione più grave ...») i criteri di diritto positivo contenuti nell'art. 16 comma 3 c.p.p.: «I delitti si considerano più gravi delle contravvenzioni. Fra delitti o fra contravvenzioni si considera più grave il reato per il quale è prevista la pena più elevata nel massimo ovvero, in caso di parità dei massimi, la pena più elevata nel minimo; se sono previste pene detentive e pene pecuniarie, di queste si tiene conto solo in caso di parità delle pene detentive». Per stabilire poi, in particolare, qual è la "pena più favorevole", con una disposizione che si riferisce specificamente al "conflitto pratico tra giudicati" (e quindi alla pena applicata "in concreto") ma con una portata a mio avviso generale (ad es., per individuare qual è la norma "più favorevole" in caso di successione di leggi penali ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p.), occorre fare riferimento all'art. 669 commi 3 e 4 c.p.p.: «... 3. Se si tratta di pena pecuniaria e pena detentiva, si esegue la pena pecuniaria. Se si tratta di pene detentive o pecuniarie di specie diverse, si esegue la pena di minore entità, se le pene sono di eguale entità, si esegue rispettivamente l'arresto o l'ammenda. Se si tratta di pena detentiva o pecuniaria e della sanzione sostitutiva della semidetenzione o della libertà controllata [riferimento oggi da intendere ad una "pena sostitutiva" ex art. 20-bis c.p. che incide sulla libertà personale], si esegue, in caso di pena detentiva, la sanzione sostitutiva e, in caso di pena pecuniaria, quest'ultima. 4. Quando le pene principali sono uguali, si tiene conto della eventuale applicazione di pene accessorie o di misure di sicurezza o degli altri effetti penali. Quando le condanne sono identiche, si esegue la sentenza divenuta irrevocabile per prima». Sul significato politico-criminale dell'art. 669 comma 2 c.p.p. vedi infra cap. V, 4.

<sup>280</sup> L'art. 133 c.p. indica i "criteri fattuali" utilizzabili dal giudice non solo in sede di commisurazione della pena tra il minimo e il massimo edittali, *ma anche in tutti i casi in cui il giudice deve esercitare la sua "discrezionalità"* sia pure sempre ai fini della determinazione della pena in concreto, come ad es, fra l'altro, ai sensi degli artt. 62-bis (attenuanti generiche), 69 (giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee) e 99 c.p. (recidiva). Ciò si argomenta sistematicamente dal fatto che *l'art. 133 è l'unica disposizione che fa espresso riferimento al "potere discrezionale" del giudice penale*. Quanto detto trova a volte esplicita conferma già a livello normativo nei casi in cui il legislatore rinvia, per l'esercizio del suo potere discrezionale, direttamente proprio all'art. 133 c.p. (o anche solo al suo secondo comma: ad es., artt. 103, 104 e 105 c.p.): si pensi in particolare alla individuazione delle ipotesi di "pericolosità sociale", semplice (art. 203 comma 2 c.p.) o "qualificata" (artt. 103-105 e 108 c.p.).

<sup>281</sup> Nell'ambito delle "pene" applicabili dal giudice in sede di condanna, accanto alle pene "principali" o alle eventuali "sanzioni sostitutive" – oggi, anche formalmente, qualificate come "pene sostitutive" ex art. 20-bis c.p. – (a volte, come nei reati di competenza del giudice di pace, le *uniche* già anche *edittalmente* previste come le specie sanzionatorie per certi tipi di reato: retro nota 144), ci sono anche le pene c.d. "accessorie" (che ex art. 20 c.p. «conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa»), spesso più "afflittive" delle stesse pene principali. Si ricordi che, in caso di accertata pericolosità sociale del reo, in particolare se "qualificata" (artt. 102-105 e 108 c.p.: abitudine e professionalità nel

reato” da intendere altresì *in senso ampio* in quanto, come si argomenta dalla rubrica dell’art. 133, comprenderebbe *anche* la “capacità a delinquere” del reo<sup>282</sup>.

reato; tendenza a delinquere), con la stessa sentenza di condanna il giudice può applicare *anche* le eventuali “misure di sicurezza” previste dalla legge (art. 533 comma 1 c.p.p.); così come, a sua volta, può concedere i c.d. “benefici di legge” (sospensione condizionale della pena e/o non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale: art. 533 comma 3 c.p.p.).

<sup>282</sup> Nonostante l’art. 133 c.p. sembrerebbe distinguere nettamente, nei due commi di cui si compone, tra gli indici normativi da cui desumere la “gravità del reato” e quelli da cui desumere la “capacità a delinquere del reo” – come sottolineato anche dall’uso della formula avversativa «altresì», che sembrerebbe essere logicamente indicativa di un *quid* normativamente diverso –, da una considerazione complessiva del sistema delineato dal codice penale si può viceversa concludere che *anche* gli indici dell’art. 133 comma 2 c.p., riferiti alla “capacità a delinquere”, contribuiscono ad identificare un concetto di “gravità del reato”, sia pure da intendere *in senso lato* (mentre l’art. 133 comma 1 c.p. fa riferimento ad un concetto di “gravità del reato” in senso stretto, che *non* tiene cioè conto della “personalità” del suo autore; nel senso che la “capacità a delinquere” debba essere intesa come sinonimo di “personalità del reo” vedi retro nota 202). Che la “capacità a delinquere del reo” costituisca *momento specifico* di determinazione della stessa “gravità del reato” (da intendere *in senso ampio*) lo si desume *sistematicamente* dal fatto che anche i criteri fattuali indicati dal legislatore nell’art. 133 comma 2 c.p. – elementi dell’art. 133, *tutti* indistintamente, non a caso indicati dalla dottrina anche come “circostanze innominate”, per distinguerle dalle circostanze in senso tecnico, ossia esplicitamente qualificate come tali dall’ordinamento – non sono niente altro che *elementi strutturalmente “generalì”* rispetto a quelli costitutivi delle “circostanze” in senso tecnico, strutturalmente *“specifici”* o *“speciali”* rispetto ai primi (si pensi ad es. alla riparazione del danno *post delictum* rispetto alla condotta susseguente al reato ovvero ai motivi di particolare valore morale e sociale rispetto ai generici motivi a delinquere), elementi circostanziali espressamente indicati dagli *incipit* degli stessi artt. 61 e 62 come requisiti che, appunto, “*aggravano*” o “*attenuano*” il reato («quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali»).

Conclusione questa, della riconducibilità sotto un concetto “ampio” di “gravità del reato” anche della “capacità a delinquere del colpevole”, che trova altresì conforto nella stessa *Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, cit., n. 160, p. 190, e nella *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli per l’approvazione del Testo definitivo del Codice penale*, cit., n. 70, p. 4471 (sul punto vedi PETROCELLI, *La funzione della pena*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1952, pp. 119-120) e nella stessa rubrica dell’art. 133, che parla solo di “Gravità del reato”, senza fare alcun riferimento *autonomo* alla “capacità a delinquere del reo” (così anche PETROCELLI, *op. ult. cit.*, p. 120); previsione distinta e autonoma che il legislatore avrebbe viceversa dovuto fare se la capacità a delinquere fosse effettivamente qualcosa di assolutamente (direi: ontologicamente) distinto dalla gravità del reato. Il che evidentemente non è, considerando che il “reato”, in quanto fatto “illecito”, è comunque *realizzato da un soggetto-persona fisica avente una sua “personalità”*, che non può quindi logicamente scomparire nella valutazione anche della stessa “gravità del reato” ai fini della commisurazione della pena concretamente applicabile (non è infatti la stessa cosa che, ad es., un omicidio sia commesso in seguito ad un improvviso *raptus* da un soggetto che non ha mai in precedenza mostrato indole violenta ovvero da un soggetto

Occorre poi considerare le *ipotesi di “graduazione” della pena*, nel senso del suo “aggravamento” o della sua “attenuazione” (con riferimento al *quantum* di pena considerata “adeguata” – nel senso di “proporzionata” – rispetto al fatto di reato-base) in conseguenza di una ritenuta *maggiore o minore “gravità”* del reato commesso; il che, nell’ordinamento italiano, avviene attraverso il meccanismo delle “*circostanze del reato*”<sup>283</sup>. Graduazione della

di carattere colterico e violento; si pensi, ancora, ai motivi altruistici o egoistici che possono spingere una persona a delinquere). Sulla rilevanza *all’interno* dello stesso “fatto di reato” *anche del “soggetto attivo”* sotto il profilo della sua “legittimazione” vedi *infra* cap. III, 2.4 lett. e.

<sup>283</sup> Di circostanze che «aggravano» o «attenuano» il «reato», ossia che incidono sulla “gravità del reato”, parlano gli artt. 61 e 62 c.p. a proposito delle circostanze aggravanti e attenuanti “comuni”, nel senso di circostanze *tendenzialmente applicabili a tutti i reati*, eccetto quelli con cui sono strutturalmente incompatibili (“aggravanti” e “attenuanti” che non sono altro, a loro volta, che *ipotesi “speciali”* delle “circostanze c.d. *innominate*”, o “generiche”, previste dall’art. 133 c.p., quali criteri per la commisurazione della pena concretamente applicabile all’interno dell’arco edittale: retro nota 282); con una formula tuttavia dalla quale si può agevolmente desumere che lo stesso discorso (con riferimento alla “gravità del reato”) vale *anche* per le “circostanze speciali” (aggravanti e attenuanti, riferibili solo a singoli reati o a limitate categorie di reati) e per gli “elementi costitutivi” di un titolo autonomo di reato, laddove svolgano la stessa funzione: «Aggravano il reato, *quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali*, le circostanze seguenti» e, simmetricamente, «Attenuano il reato, *quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali*, le circostanze seguenti»: così, rispettivamente, l’*incipit* degli artt. 61 e 62 c.p. Disposizioni importantissime, queste ultime, in quanto consentono di stabilire, senza ombra di dubbio, che, nel sistema penale italiano vigente, possono incidere sulla “gravità” del reato (meglio: di un determinato “fatto di reato”), oltre alle “circostanze” (in senso tecnico), “comuni” o “speciali” (queste ultime così denominate, come detto, perché riferibili solo a singoli tipi di reato o a ristrette categorie di reati), *anche “elementi costitutivi”*, ovviamente di un *diverso “titolo”* di reato. Col che si fa, evidentemente, riferimento – trattandosi di fattispecie di reato in rapporto di “specialità” – agli elementi c.d. “specializzanti” (o “differenziali”), rispettivamente, “qualificanti” o “degradanti” un diverso “titolo” di reato”. Da ciò consegue allora che anche detti elementi costitutivi essenziali “specializzanti” – *quando, ovviamente, abbiano sostanzialmente lo stesso “contenuto”, ossia siano riconducibili nel loro “significato normativo”, ad una delle “circostanze” nominate di cui agli artt. 61 e 62* – incidono sulla “gravità del reato” (= rispetto ad un *diverso* titolo di reato: si pensi ad es. allo «stato d’ira determinato dall’offesa recata all’onore suo o della famiglia», elemento costitutivo *specializzante* dell’“Omicidio e lesione personale a causa di onore” di cui all’originario – oggi sostituito – art. 578 c.p.). Il che significa che la “gravità del reato” può dipendere da “elementi” che possono avere la “natura giuridica” più diversa: da meri “indici fattuali” che servono al giudice per la “commisurazione” della pena tra il minimo e il massimo edittali (o per l’esercizio di qualunque potere discrezionale sempre finalizzato alla determinazione della pena in concreto, ad es. in sede di “bilanciamento” tra circostanze eterogenee: art. 69 c.p.), a “circostanze” in senso tecnico, a veri e propri “elementi costitutivi” di un altro titolo di reato. Anche se in quest’ultimo caso occorre ribadire (e sottolineare) come non si tratti solo di una diversa “graduazione” della “gravità” del fatto (illecito) all’“interno” dello stesso “titolo di reato”, ma addirittura

pena come conseguenza della “diversa gravità” del reato commesso che,

di elementi che comportano una *diversità dello stesso “titolo del reato”*; il che significa che – già da questa prospettiva – si può concludere come la (diversa) “gravità” del reato non abbia una rilevanza esclusivamente “quantitativa”, *potendo anche determinare una variazione “qualitativa” dell’illecito* (in particolare, da un “titolo” ad un altro di reato). In quest’ottica, si può *forse* allora sostenere che, quando i codici penale e di procedura parlano di «fatto diversamente considerato per il grado» (vedi art. 649 c.p.p.), il *concetto di “grado”* (dell’illecito) – riferito, secondo l’opinione dominante, ai rapporti tra delitto “consumato” e delitto “tentato” (= meglio: “tentativo di delitto”) – non sia altro che un’*ipotesi “speciale” di “variazione qualitativa” dell’illecito*, dipendente dalla sua diversa “gravità”; *pur dipendendo a sua volta (detta diversa gravità) da elementi, non “speciali” (nel senso di “specializzanti”), ma strutturalmente “incompatibili”* con quelli dell’altro titolo di reato (in particolare, rispetto a quelli del delitto consumato: requisito “negativo” del tentativo – costitutivo della “clausola di sussidiarietà espressa” contenuta nell’art. 56 comma 1 c.p. – è infatti la “mancata consumazione” del delitto che si voleva realizzare; allo stesso modo di quanto accade in quelle fattispecie di reato in cui dall’evento di “pericolo” si passa all’evento di “danno”; “analogia” che sembra trovare il suo fondamento nella circostanza che, come comunemente si afferma, il tentativo di delitto costituisce una “fattispecie di pericolo” – concreto – rispetto alla fattispecie del delitto che si voleva realizzare). Il che conferma, anche da questa prospettiva, che il “tipo” del “delitto tentato” *non* è una ipotesi “circostanziata attenuata” rispetto al delitto avuto di mira, *ma solo un delitto di “minore gravità” in considerazione del minore “grado” dell’“offesa”* (si vedano MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, 4<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 1961, pp. 440-441 e GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 41 ss.). Si ricordi però, a questo proposito, come l’impossibilità di qualificare il tentativo di delitto come un’ipotesi di circostanza attenuante rispetto al delitto consumato non possa discendere dalla considerazione che qui saremmo in presenza di elementi non “specializzanti” ma strutturalmente “incompatibili”: infatti, anche se *di regola* i rapporti tra “fattispecie semplice” e “fattispecie circostanziata” è di “genere a specie”, ciò *non rappresenta una costante*, potendo il legislatore prevedere, nell’esercizio della sua discrezionalità politica, anche *circostanze “sostitutive” di elementi “essenziali” del reato-base*. Si pensi, ad es., alle situazioni costitutive di lesioni “gravi” o “gravissime” di cui all’art. 583 c.p., senz’altro da *qualificare normativamente*, per tutti gli effetti giuridici che ne conseguono, quali “*circostanze aggravanti*” del delitto di “lesione personale” di cui all’art. 582 c.p., come si argomenta inequivocabilmente non solo dalla *rubrica* dello stesso art. 583 (intitolata “Circostanze aggravanti”; vincolante per l’interprete in quanto espressione “sintetica” di un certo tipo di disciplina: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 21 ss.) ma soprattutto dallo stesso *testo* dell’art. 582 comma 2 c.p. laddove, con riferimento alle ipotesi di cui all’art. 583, parla esplicitamente di «*circostanze aggravanti*», il che è sicuramente “vincolante” per l’interprete; conclusione alla quale si deve dunque necessariamente pervenire, sul piano normativo – l’unico che deve effettivamente interessare –, anche se queste “fattispecie circostanziate aggravate” non sono strutturalmente in relazione di “specialità” rispetto alla “fattispecie-base” del delitto di lesione personale, essendo viceversa caratterizzate da requisiti “*sostitutivi*” di un elemento essenziale del delitto-base (al posto del requisito di «una malattia nel corpo o nella mente», «un’incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni», «la perdita di un senso», «la perdita di un arto», ecc.) (vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 22 e TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 38; *contra* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 14<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2002, pp. 82-89).

*specie nella prospettiva dell'“attenuazione”* (ma non solo: si pensi ad es. alla circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 8 c.p.)<sup>284</sup>, si basa *anche* su *comportamenti del reo “successivi” al reato*<sup>285</sup>.

Tali “*attenuanti*”, costituite da una “condotta susseguente al reato”, possono poi essere sia di natura “sostanziale”, come quelle che danno luogo alle diverse ipotesi di condotte di *restitutio in integrum* (sanzioni “esecutive”, di diversa natura giuridica, *anche extrapenali*: come si evince chiaramente e in modo espresso, ad es., dall'art. 62 n. 6 c.p.)<sup>286</sup>, sia di natura “processuale”<sup>287</sup>, come le condotte di “impulso” o di “accettazione” dei c.d. *riti spe-*

<sup>284</sup> Vedi l'art. 61 n. 8 c.p.: «l'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso».

<sup>285</sup> Così l'art. 62 n. 6 c.p. Occorre a questo proposito evidenziare come la “*gravità del reato*” – e si tratta di un profilo relevantissimo ai fini di una corretta costruzione della stessa “teoria del reato” – non dipenda solo da fattori “preesistenti” o “concomitanti” rispetto alla commissione del fatto di reato, *ma anche da circostanze “successive” rispetto allo stesso reato*. Ed essendo poi a sua volta tali circostanze “nominate” – come ad es. quelle previste dagli artt. 61 n. 8 e 62 n. 6 c.p. – una *specificazione* della circostanza “innominata” rappresentata dalla “condotta susseguente al reato” (art. 133 comma 2 n. 3 c.p.: retro nota 282), ciò conferma, *sistematicamente, che anche la “capacità a delinquere” del reo incide sulla “gravità del reato”*, sia pure da intendere “in senso ampio”, come si ricava anche dalla stessa rubrica dell'art. 133 c.p. che parla di “gravità del reato” con riferimento *a tutti gli indici di commisurazione della pena di cui all'art. 133, primo e secondo comma* (retro nota 282). Che anche la “condotta susseguente al reato” debba essere valutata dal giudice per stabilire la “gravità del reato”, anche ai fini della eventuale estinzione della punibilità, è oggi espressamente previsto dalla nuova formulazione dell'art. 131-*bis* comma 1 c.p. (su cui vedi infra nota 307).

<sup>286</sup> Art. 62 n. 6 c.p.: «l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'art. 56 [c.d. “recesso attivo” nel delitto tentato] adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato; ...». Da questa disposizione si ricava che la “sanzione esecutiva”, alla cui presenza è subordinata l'integrazione di detta circostanza attenuante, può avere sia natura “civile” (risarcimento del danno e restituzioni) sia natura – sia pure *informalmente* (retro cap. I, 7 e nota 893) – “penale-criminale” (“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”).

<sup>287</sup> Normalmente si afferma che le “diminuenti” c.d. “processuali” di cui agli artt. 442 comma 2, 444 comma 1 e 459 comma 2 c.p.p. (su cui vedi subito dopo nel testo) *non* entrano a far parte della fase della “commisurazione della pena in concreto”, e dunque non avrebbero natura “sostanziale” (in particolare di “attenuanti” in senso tecnico), perché esse si applicano *dopo* che il giudice, nei “riti premiali”, ha determinato la pena tenendo conto *anche delle “circostanze”* in senso tecnico (artt. 442 comma 2 e 444 comma 1 c.p.p.) (oltre che, ovviamente, di quelle c.d. “innominate” previste dall'art. 133 c.p. per la determinazione della pena tra il minimo e il massimo), situazioni, queste costitutive delle circostanze in senso tecnico, che, *uniche* sul piano normativo – si ricordi: retro nota 283 –, *fanno riferimento proprio alla “gravità del reato”* (per cui, argomentando *a contrario*, si dovrebbe allora ritenere che le diminuenti processuali *non* si riferiscano alla gravità del reato). Si con-

*ciali “premiali”* (aventi come effetto una attenuazione della pena, anche se non qualificabili normativamente come “circostanze” almeno in senso tecnico, stipulativamente definibili viceversa – come subito vedremo – come mere “diminuenti”)<sup>288</sup>.

Tali condotte di rilevanza processuale comportano – ovviamente in presenza di tutte le altre “condizioni di ammissibilità” stabilite dalla legge per i diversi riti premiali – le “*diminuzioni di pena*” previste, da un lato, *per il c.d. “patteggiamento” e il decreto penale di condanna* (procedimenti semplificati che si concludono entrambi *sempre* con una pronuncia di “condanna”<sup>289</sup>, sia pure allo “stato degli atti”<sup>290</sup>, e quindi con la applicazione di una pena);

---

sideri però che queste c.d. “diminuenti” costituiscono pur sempre “condotte susseguenti al reato”, sia pure di natura “processuale”, per cui non si potrebbe escludere *tout court* la loro natura di “circostanze” (arg. *ex* art. 133 comma 2 n. 3 c.p. e artt. 61 n. 8 e 62 n. 6 c.p.), quantomeno in senso “atecnico” come circostanze c.d. “innominate”, e dunque di qualcosa che alla fine incide, come abbiamo visto (retro nota 285) sulla stessa “gravità del reato”. Quanto poi a ritenerle senz’altro di natura “processuale” perché sono previste dal codice di procedura penale (a parte l’inconsistenza del ragionamento – purtroppo frequente non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza – che fa discendere la natura giuridica di un istituto dalla sua collocazione “topografica” nell’ambito del codice sostanziale o di rito) ma, soprattutto, perché si applicano in conseguenza dell’accettazione dei “riti premiali” da parte dell’indiziato/imputato, esse non possono non avere comunque – se non solo, almeno *anche* – natura “sostanziale”, incidendo *a tutti gli effetti* sul *quantum* di pena *concretamente* applicata (da ultimo, sulla natura giuridica delle “diminuenti”, vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 13-15).

<sup>288</sup> Si rimanda alla fine di questo paragrafo; vedi anche retro nota 287.

<sup>289</sup> Il “decreto penale” è un vero e proprio provvedimento di “condanna”, pur essendo *eccezionalmente* adottato *inaudita altera parte* – onde la possibilità per il condannato di porlo nel nulla attraverso un atto di “opposizione” garantendo così il suo diritto di difesa –; anche la sentenza c.d. di “patteggiamento” – o, per meglio dire, di «applicazione della pena su richiesta delle parti» (come recita la rubrica del Titolo II, Libro VI, c.p.p.) – è, a sua volta, *normativamente equiparata*, per tutto quanto non espressamente disposto in modo diverso, ad una pronuncia di “condanna” (art. 445 comma 1-*bis* c.p.p.).

<sup>290</sup> Nonostante la giurisprudenza della Cassazione ammetta l’“applicazione della pena su richiesta delle parti” (il c.d. “patteggiamento”) anche subito dopo l’iscrizione nel registro degli indagati della persona indicata come possibile autore del reato e quindi a prescindere dall’espletamento anche di un solo atto d’indagine da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, credo si debba viceversa ritenere – se non si vuole dare un’interpretazione dell’istituto contraria alla Costituzione (così, correttamente, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 486 ss.) – che occorra comunque un minimo di attività di indagine per pervenire ad una valida sentenza di “patteggiamento”. Se così non fosse, infatti, non avrebbe – fra l’altro – senso *subordinare*, come regola generale, il provvedimento di patteggiamento alla mancata pronuncia di una sentenza di proscioglimento ai sensi dell’art. 129 c.p.p. (art. 444 comma 2 c.p.p.). Onde anche la sentenza di patteggiamento è, tecnicamente *ma anche normativamente*, una vera e propria pronuncia di “condanna”, sia pure *allo “stato degli atti”*;

dall'altro, *per il giudizio abbreviato* (procedimento che viceversa *può* concludersi – a meno che non si chiuda con una sentenza di “proscioglimento”, in particolare di “assoluzione” – con una sentenza di condanna dell'imputato, sia pure, ancora una volta, *allo “stato degli atti”*: art. 438 comma 1 c.p.p.; però con due rilevanti eccezioni: che non si tratti di giudizio abbreviato “condizionato” alla richiesta dell'imputato di una “integrazione probatoria”, ritenuta necessaria dal giudice ai fini della decisione: art. 438 comma 5 c.p.p.<sup>291</sup>; ovvero, pur trattandosi di giudizio abbreviato “incondizionato”, quando il giudice, ritenendo di non poter decidere allo stato degli atti, «assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione»: art. 441 comma 5 c.p.p.).

In esito a questi riti premiali, la diminuzione della pena, ritenuta congrua nel caso concreto, è, rispettivamente (e in aggiunta ad altri benefici), per il

---

come oggi d'altronde esplicitamente stabilito dall'art. 445 comma 1-*bis* c.p.p. (anche dopo la sua modifica da parte dell'art. 25 comma 1 lett. *b*) d. lgs. n. 150/2022: «... Salvo quanto previsto dal primo e dal secondo periodo [per cui oggi si esclude qualsiasi efficacia della sentenza di “patteggiamento” in tutti i giudizi extrapenal] o da diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata ad una pronuncia di condanna»; vedi anche retro nota 248). Decisione di “condanna” fondata su un “accertamento di responsabilità” allo “stato degli atti” (e dunque non contrastante con l'art. 27 comma 2 Cost.), a sua volta, comunque costituzionalmente legittima argomentando *a fortiori* dall'art. 111 comma 5 Cost.: se infatti tale disposizione, *in deroga* al principio stabilito dall'art. 111 comma 4 (secondo cui «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova»), stabilisce espressamente che «La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio *per consenso dell'imputato*», a maggior ragione ciò vale nel caso esista comunque già quel “principio di prova” (nel senso di una “prova incompleta”) che sta alla base di una decisione allo “stato degli atti” (principio di prova che può essere dato anche dal consenso dell'indagato al patteggiamento proposto dal pubblico ministero già in sede di indagini preliminari ai sensi dell'art. 447 comma 1 c.p.p., ammettendo così implicitamente l'utilizzabilità come prove degli atti di indagine stessi; atti, sia pure minimi, di indagine che ci debbono comunque essere come si desume anche dallo stesso art. 447 comma 1 quando afferma che «... Almeno tre giorni prima dell'udienza il fascicolo del pubblico ministero è depositato nella cancelleria del giudice»; fascicolo che deve contenere la «documentazione relativa alle indagini espletate», come stabilito – sia pure, quantomeno in via diretta, ai fini della richiesta di rinvio a giudizio – dall'art. 416 comma 2 c.p.p.).

<sup>291</sup> Art. 438 comma 5 c.p.p. (come modificato dall'art. 24 comma 1 lett. *a*) d. lgs. n. 150/2022): «L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1-*bis*, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili, l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e il giudizio abbreviato realizza comunque una economia processuale, in relazione ai prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423».

c.d. “patteggiamento” fino a un terzo (della specie e della misura di pena su cui è caduto l’accordo: art. 444 comma 1 c.p.p.); per il decreto penale di condanna fino alla metà rispetto al minimo edittale (della pena pecuniaria stabilita dalla legge: art. 459 comma 2 c.p.p.); per il giudizio abbreviato di un terzo secco (della pena determinata in sede di commisurazione: art. 442 comma 2 c.p.p.)<sup>292</sup>.

In particolare, proprio perché nella determinazione della pena-base su cui operare, in questi riti “premiali”, la “attenuazione” del trattamento sanzionatorio occorre tenere conto *anche delle “circostanze”* (in senso tecnico), tali situazioni di diminuzione della pena, essendo *normativamente “estranee” e “ulteriori”* rispetto alla categoria delle circostanze in senso tecnico (arg. ex artt. 442 comma 2 e 444 comma 1 c.p.p.), possono essere allora *stipulativamente* definite come mere “*diminuenti*”<sup>293</sup>.

### 13. La “non necessità” della pena per “minima gravità” del reato

Se dunque, *di regola*, una volta che un soggetto realizzi un fatto conforme ad un tipo di reato per come descritto dal legislatore, si deve ritenere questo fatto “punibile” (ossia – laddove siano presenti anche gli altri elementi previsti dalla fattispecie di punibilità, quali la conoscibilità del disvalore penale del fatto e l’imputabilità del suo autore – “*meritevole di pena*”, sempre però che esistano anche quegli altri requisiti che evidenzino la “necessità” di punizione nel caso concreto)<sup>294</sup>, le “condizioni” che determinano

<sup>292</sup> Secondo il comma 2-*bis* dell’art. 442 c.p.p. (introdotto dall’art. 24 comma 1 lett. *c*) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150), «Quando né l’imputato, né il suo difensore hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell’esecuzione».

<sup>293</sup> Retro nota 287.

<sup>294</sup> Sul concetto di “necessità di pena” vedi retro note 14, 151 e 153; requisito che si sostanzia, strutturalmente, nella *presenza* di eventuali “condizioni oggettive di punibilità” e nella *mananza* di situazioni che evidenzino la “inopportunità” della punizione nel caso concreto, come le “cause estintive del reato” cui sono riconducibili anche le c.d. cause sopravvenute di non punibilità (retro cap. I, 11). Quanto alle c.d. cause “personali” di esenzione da pena, almeno quelle *estranee* al fatto di reato come le immunità in senso stretto (infra cap. III, 2.5), esse non esprimono esigenze di “inopportunità” della pena (*contra* MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 493-494 e 499; anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 870), rispondendo a una *ratio* e a una collocazione dogmatica, e conseguentemente sistematica, diversa. Sul punto vedi infra cap. III, 2.3. Nel senso che, data la presenza dei *soli “elementi positivi”* della “fattispecie di punibilità” (comprensiva del “fatto di reato”), *in mananza* anche di un principio di prova di uno qualunque degli “ele-

la “gravità del reato” potranno *per lo più* incidere *solo sulla “quantità” del reato realizzato (quantitas delicti) e quindi solo sul concreto “trattamento sanzionatorio”* ossia sul *quantum* di pena<sup>295</sup> (a parte le ipotesi in cui ciò determini, addirittura, una modifica, “*qualitativa*”, dello stesso “titolo” del reato)<sup>296</sup>; il che si verifica sia *all’“interno”* della cornice edittale (ai sensi dell’art. 133 c.p.) sia *anche “all’esterno”* di essa, attraverso il meccanismo delle “circostanze in senso proprio” del reato<sup>297</sup>.

Ciò non esclude tuttavia che in alcune ipotesi, *sia pure da ritenere “eccezionali”* e dunque “estranee” all’*id quod plerumque accidit* (il che, considerando che le c.d. “massime di esperienza” stanno alla base delle presunzioni *iuris tantum*, non è a sua volta irrilevante ai fini della prova, o meglio: dell’onere della prova)<sup>298</sup>, la “*minima gravità*” in concreto del reato realizzato – per valutazioni, ancora una volta, esclusivamente di “opportunità politica” – possa comportare, addirittura, la “*non necessità*” della pena; “non necessità” determinata quindi da una “*variazione*” non meramente “quantitativa”, ma – di nuovo<sup>299</sup> – “*qualitativa*” della “*gravità del reato*”, in quanto avente come conseguenza non una mera “modificazione” del *quantum* di pena applicabile<sup>300</sup>,

---

menti negativi” (del fatto di reato o della fattispecie di punibilità), bene motiva il giudice per l’affermazione di responsabilità dell’imputato sulla base delle “massime di esperienza” che stanno dietro ogni accertamento processuale vedi *infra* cap. IV, 1.

<sup>295</sup> O – a monte – sulla stessa “procedibilità”, d’ufficio ovvero a querela della persona offesa: si pensi ad es. alla truffa, delitto in cui si passa dalla perseguibilità a querela della persona offesa alla perseguibilità d’ufficio laddove si verifichi una delle circostanze aggravanti previste dall’art. 640 comma 2 o dall’art. 61 comma 1 n. 7 c.p. (art. 640 comma 3 c.p.). Un caso inverso di reato perseguibile d’ufficio ma perseguibile a querela in presenza di una circostanza attenuante potrebbe essere individuato nella ipotesi di “Violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale” prevista dall’art. 615 commi 2 e 3 c.p. (ovviamente ritenendo, come credo corretto, la situazione meno grave di abuso ivi disciplinata una circostanza attenuante speciale e non una fattispecie autonoma di reato: in questo senso, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, 8ª ed., Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2022, p. 602).

<sup>296</sup> Vedi retro nota 283.

<sup>297</sup> “Circostanze in senso tecnico” che, si ricordi, prima ancora che sul *quantum* di pena applicabile, possono incidere, a monte, sulla *stessa “procedibilità”*, d’ufficio o a querela della persona offesa dal reato: retro nota 295.

<sup>298</sup> Sul significato e la portata dell’“onere della prova” nel diritto penale si veda *infra* note 751 e 802.

<sup>299</sup> Vedi nota 283.

<sup>300</sup> Non importa poi se l’incidenza delle “circostanze” sulla pena concretamente applicata sia, a sua volta, solo “quantitativa”, come nel caso delle circostanze *ad effetto comune o speciale*, o addirittura “qualitativa”, in caso di applicazione di una *pena di specie diversa* da quella ori-

ma, addirittura, senz'altro la sua “*non applicazione*”, ossia la “*non punibilità*” dell'autore di un fatto che, senza detta circostanza, sarebbe stato viceversa punibile. Il che può avvenire *anzitutto o per offesa di particolare tenuità, o per esiguità o irrilevanza* (art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) *o particolare tenuità* (art. 34 comma 1 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274) *del fatto*, o secondo altre formule che il legislatore può usare (creando, a sua volta, un delicato problema di *actio finium regundorum* tra tutte queste situazioni, eventualmente previste dal medesimo ordinamento giuridico nello stesso momento storico)<sup>301</sup>. Un'ipotesi “*estrema*” è poi rappresentata – come detto – dalla *totale “mancanza”, in concreto, dell’“offesa”* contenuto del reato (o perché manca in concreto l'interesse tutelato ovvero perché l'offesa realizzata è considerata normativamente irrilevante), rendendone di conseguenza “impossibile” la sua integrazione (art. 49 comma 2 c.p.: c.d. “reato impossibile”)<sup>302</sup>. Infatti, essendo il “reato”, per definizione, *sostanzialmente*, “offesa dell'interesse tutelato dalla norma”, se in concreto detta offesa *manca del tutto* o è considerata

---

ginariamente prevista per il reato-base, comportando comunque tutte le circostanze una “modifica” del concreto “trattamento sanzionatorio” per quel titolo di reato, nel senso di una sua maggiore o minore “severità”. Si ricordi anche come, mentre anteriormente alla riforma apportata dall'art. 5 legge 31 luglio 1984 n. 400, l'art. 63 comma 3 c.p. distingueva tra la “circostanza” per cui «la legge stabilisce una *pena di specie diversa* [scil.: rispetto a quella del c.d. reato-base], o *ne determina la misura in modo indipendente* dalla pena ordinaria del reato» (ossia in modo diverso dall'aumento o dalla diminuzione “fino a un terzo” rispetto alla pena-base) e, a sua volta, la dottrina riportava *entrambe* queste tipologie di circostanze sotto la categoria di quelle denominate “ad effetto speciale” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 6), l'attuale previsione dello stesso art. 63 comma 3 c.p., pur mantenendo la tipologia delle circostanze per cui è prevista una «pena di specie diversa da quella ordinaria del reato» (scil.: “base”), tuttavia da un lato *non parla più di circostanze “indipendenti”*, dall'altro definisce direttamente sul piano normativo, anche se in modo senz'altro “più retrittivo” rispetto a quanto in precedenza ritenuto dalla dottrina, la categoria delle “circostanze *ad effetto speciale*”, come «quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena *superiore ad un terzo*»; creando così fra l'altro una serie di problemi non solo a proposito della esatta qualificazione (e conseguente disciplina) delle circostanze per cui si prevede *tout court* una pena “secca” “di” un terzo, in più o in meno (ovvero “*fino a*”, ad es. “la metà”, come nell'art. 99 comma 2 c.p., essendo normativamente possibile che il giudice fissi l'aumento *al di sotto* del terzo), ma anche di coordinamento con l'art. 69 c.p. (dove viceversa si continua a fare riferimento alla categoria delle circostanze c.d. “indipendenti”, altrimenti scomparsa).

<sup>301</sup> Vedi retro cap. I, 10.

<sup>302</sup> Che il “reato impossibile”, appunto per la “impossibilità” di “qualificare” un certo fatto come “reato”, costituisca una ulteriore “causa di non punibilità” *espressamente e autonomamente* prevista lo si ricava testualmente dall'art. 49 comma 2 c.p., laddove statuisce che «*La punibilità è altresì esclusa* quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso».

*normativamente irrilevante, non è più problema che interessa la “gravità del reato”, posto che qui, per ipotesi e quindi per definizione, il reato non esiste, non essendosi realizzato nel suo contenuto offensivo neppure in minima parte. Breve: ogni considerazione in ordine alla “gravità del reato” presuppone, logicamente, che un reato sia venuto a giuridica esistenza, sia nel suo aspetto “formale” – come estrinseca (e dunque anche solo meramente “apparente”) conformità al “tipo” descrittivo – sia nel suo aspetto “sostanziale”, di “contenuto offensivo” dell’interesse tutelato<sup>303</sup>.*

A questa stessa logica della “minima gravità” in concreto del fatto di reato, tale da determinare la “non necessità” della pena, si debbono poi ricondurre anche quelle ipotesi di “non punibilità”, ancorate però – a differenza delle c.d. “cause di non punibilità sopravvenute”<sup>304</sup> – a presupposti soggettivi e oggettivi diversi da meri comportamenti dell’imputato successivi alla commissione del reato di cui si discute. Si pensi, nell’ordinamento italiano, alla causa – espressamente definita – di “esclusione della punibilità” introdotta con l’art. 131-bis c.p.<sup>305</sup> dove, accanto alla “particolare tenuità

<sup>303</sup> A meno che non si voglia ritenere che, anche in tutte le ipotesi in cui manca la punibilità per “minima gravità dell’offesa”, ancora una volta non ci sarebbe *normativamente* “reato”, allo stesso modo di quanto abbiamo visto per il caso di reato impossibile per “inidoneità dell’azione” ai sensi dell’art. 49 comma 2 c.p. Con la conseguenza, fra l’altro, che se anche in queste ipotesi non ci fosse *normativamente* reato, la “non punibilità” si estenderebbe logicamente, in modo diretto, anche ai concorrenti nella commissione di quel fatto.

<sup>304</sup> Retro cap. I, 11.

<sup>305</sup> Art. 131-bis c.p. (come modificato dall’art. 1 comma 1 lett. c) d. lgs. n. 150/2022): «ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO.

– 1. Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell’articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l’offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

– 2. L’offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l’autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all’età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

– 3. L’offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede: 1) per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive; 2) per i delitti previsti dagli articoli 336, 337 e 341-bis, quando il fatto è commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell’esercizio delle proprie funzioni, nonché per il delitto previsto dall’articolo 343; 3) per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 391-bis, 423, 423-bis, 558-bis, 582, nelle

dell'offesa" (si noti: formula considerata, dal punto di vista "normativo", esattamente *equivalente*, come si argomenta dalla rubrica dello stesso art. 131-*bis*, a quella della "particolare tenuità del fatto")<sup>306</sup>, si richiedono altri presupposti *contestuali*, ma anche *successivi*<sup>307</sup>, alla commissione del fatto di reato – reato la cui esistenza quindi deve essere stata, logicamente, *già accertata*<sup>308</sup> – (come, fra l'altro, l'essere l'autore del reato un soggetto che *non* si

ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, 583, secondo comma, 583-*bis*, 593-*ter*, 600-*bis*, 600-*ter*, primo comma, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*undecies*, 612-*bis*, 612-*ter*, 613-*bis*, 628, terzo comma, 629, 644, 648-*bis*, 648-*ter*, 4) per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 19, quinto comma, della legge 22 maggio 1978, n. 194, dall'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo, e dagli articoli 184 e 185 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

– 4. Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

– 5. Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

– 6. La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante».

<sup>306</sup> Da intendere dunque come "fatto offensivo" dell'interesse tutelato. Ma vedi quanto detto nella nota 303. Occorre poi anche sottolineare come l'art. 131-*bis* commi 2 e 3 c.p. preveda un "elemento negativo-impeditivo" di questa "causa di esclusione della punibilità".

<sup>307</sup> Il nuovo testo dell'art. 131-*bis* impone *espressamente* al giudice di tenere conto per la valutazione della "particolare tenuità" dell'offesa *anche della «condotta susseguente al reato»*. Inoltre non si può escludere, ad es., che *comportamenti "successivi"* alla commissione del reato per cui si procede possano essere rappresentati *anche* da comportamenti riconducibili sotto la tipologia di quelle «condotte plurime, abituali e reiterate» – costitutive *ex art.* art. 131-*bis* comma 4 di quel "comportamento abituale" rilevante ai fini della *mancata integrazione* di quella "causa di non punibilità" (applicabile solo se «l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale»: comma 1) – se si tratta di condotte realizzate non solo *prima*, ma *anche* – sia pure parzialmente – *dopo* la commissione del fatto di reato per cui si pone il problema dell'applicabilità di questa causa di "esclusione della punibilità".

<sup>308</sup> Come si argomenta altresì da una lettura sistematica dell'art. 651-*bis* c.p.p., a tenore del quale «La sentenza penale irrevocabile di *proscioglimento* pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha *efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso*, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale»; *analogamente* a quanto disposto – non a caso – per la "Efficacia della sentenza

trova in una condizione di “*pericolosità sociale qualificata*” non essendo stato dichiarato «delinquente abituale, professionale o per tendenza»: art. 131-*bis* comma 4)<sup>309</sup>.

penale *di condanna* nel giudizio civile o amministrativo di danno” dall’art. 651 c.p.p. Si noti poi come questa particolare causa di “esclusione della punibilità”, introdotta, come si ricava esplicitamente dalla *Relazione ministeriale di accompagnamento* al d. lgs. 16 marzo 2015 n. 28 (p. 6), al fine primario di favorire esigenze deflattive dei procedimenti penali, sia stata accompagnata, sul piano processuale, da una disciplina “derogatoria” rispetto ai principi generali del procedimento-processo penale. Così, non solo ne è stata prevista l’applicabilità addirittura già in sede di indagini preliminari attraverso un provvedimento di “archiviazione” (art. 411 commi 1 e 1-*bis* c.p.p.) (analogamente a quanto avviene per il procedimento davanti al giudice di pace: art. 34 comma 2 d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274; anche se mi sembra comunque opportuno sottolineare l’inidoneità della sede delle indagini preliminari per la chiusura del procedimento in tutte le situazioni di “non punibilità per tenuità del fatto” quando occorre un, sia pur sommario, accertamento di sussistenza del fatto di reato stesso), ma ne è stata esplicitamente prevista l’applicabilità anche con la “sentenza anticipata di proscioglimento” *ex* art. 469 comma 1-*bis* c.p.p., discostandosi da quella che doveva essere la *ratio* ispiratrice di quest’ultima disposizione di «limitare l’uso del proscioglimento anticipato alle ipotesi di mero rito [come si argomenta dal riferimento alla riserva dell’art. 129 comma 2 c.p.p.] che non richiedano l’accertamento di profili di merito» (TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 668-669). Con riferimento infine alla “sentenza dibattimentale” con cui si proscioglie l’imputato “per particolare tenuità del fatto” *ex* art. 131-*bis* c.p., sempre TONINI, *op. ult. cit.*, p. 764, afferma che «il giudice non irroga la sanzione penale e *assolve l’imputato “perché il fatto non è punibile”*». Mi sembra però che, contrariamente a quanto dice – correttamente – lo stesso Autore sulla “tassatività” delle formule di proscioglimento, *questa formula non esiste*, posto che l’art. 530 comma 1 c.p.p. parla solo di «*persona ... non punibile per un’altra ragione*». Onde nulla preclude la possibilità di qualificare detta “*sentenza di proscioglimento*” – come la definisce espressamente anche l’art. 651-*bis* c.p.p. a proposito della efficacia del giudicato – *non* come “assoluzione”, pur essendo qui necessario (*come per la condanna*, onde la – logicamente e sistematicamente coerente – *parificazione* della sentenza irrevocabile di proscioglimento *ex* art. 131-*bis* c.p. alla condanna quanto all’efficacia del giudicato nei giudizi civili e amministrativi di danno: arg. *ex* art. 651-*bis* c.p.p.) il *previo accertamento* della sussistenza del fatto di reato (e della conseguente responsabilità dell’imputato; il che mi sembra altresì pienamente coerente con l’iscrizione di detto provvedimento nel “casellario giudiziale”: vedi, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 862), ma, appunto, come “*non doversi procedere per estinzione del reato*” ai sensi dell’art. 531 c.p.p. Allo stesso modo, mi sembra, dell’estinzione del reato per “perdono giudiziale” (retro capp. I, 9 n. 3 e 11).

<sup>309</sup> «Il comportamento è abituale [e dunque l’autore del fatto *non può beneficiare* di questa causa di “esclusione della punibilità”: art. 131-*bis* comma 1 c.p.] nel caso in cui l’autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza»: art. 131-*bis* comma 4 (prima parte). A questo proposito, occorre a sua volta sottolineare come, trattandosi comunque di situazioni di “pericolosità sociale” (sia pure normativamente “qualificata”) e dovendo la pericolosità essere dichiarata, e quindi *esistere, al momento del “giudizio”*, nulla esclude che la dichiarazione dell’esistenza di queste situazioni di “pericolosità qualificata” possa tenere conto *anche di fattori successivi* rispetto alla commissione del fatto per cui si pone il problema dell’applicabilità della causa di “esclusione della punibilità” dell’art. 131-

Quanto poi alla sua *natura giuridica*, e quindi alla “*disciplina*” applicabile, tale causa di “non punibilità”, pur essendo espressamente definita dalla legge, e dunque sul piano “normativo”, di “esclusione della punibilità”, non può tuttavia essere ricondotta tra le “circostanze di esclusione della pena” di cui all’art. 59 c.p., in particolare qualificandola dommaticamente come “causa di giustificazione”, non essendo costituita – come abbiamo visto – da una situazione definibile, alla stregua di tutti i suoi requisiti, esclusivamente come “modalità della condotta”<sup>310</sup>. Piuttosto, si deve ritenere

---

*bis* c.p., posto che, ad es., l’ultima condanna necessaria per la dichiarazione di “abitualità” o di “professionalità” (o l’ultimo reato necessario per la integrazione dei rispettivi tipi *con un’unica condanna*: art. 107 c.p.) può infatti intervenire *anche dopo* la commissione del reato per cui si procede ai fini dell’esclusione della punibilità ai sensi dell’art. 131-*bis* c.p., anche se ovviamente *prima* della conclusione del relativo giudizio.

<sup>310</sup> Si deve ricordare infatti come le “cause di giustificazione”, in quanto elementi la cui presenza impedisce *ab origine* la integrazione del reato determinando la “liceità penale” del fatto realizzato (per l’affermazione che, nell’ordinamento italiano, esistono “cause di giustificazione” che non escludono la “antigiuridicità” del fatto alla stregua dell’intero ordinamento, vedi note 212 e 336 e *infra* cap. II, 3), possano essere correttamente qualificate sul piano dommatico come “modalità della condotta”: in questo senso, esattamente, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 310. Ciò significa allora che la causa di esclusione della punibilità prevista dall’art. 131-*bis* c.p. non può dommaticamente essere ricondotta nell’alveo delle “cause di giustificazione” e quindi sotto la disciplina dell’art. 59 c.p. (anche perché oggi si deve tenere conto, ai fini della valutazione della “particolare tenuità” dell’offesa, anche della “condotta susseguente al reato”: retro nota 307). Il che trova un’ulteriore conferma proprio *sul piano normativo* nell’art. 651-*bis* comma 1 c.p.p., laddove afferma che la sentenza di proscioglimento *ex* art. 131-*bis* c.p. ha efficacia di giudicato in sede extrapenale *anche* quanto alla “*illiceità penale*” del fatto commesso (vedi anche retro nota 308), fatto che dunque non può logicamente ritenersi sorretto da una causa di giustificazione. *A meno che si possa distinguere, nell’ambito della categoria delle “circostanze di esclusione della pena” di cui all’art. 59 c.p. tra quelle riconducibili sotto il comma 1, comprensibile allora anche, eventualmente, delle “cause personali di esenzione da pena”, e quelle riconducibili sotto il comma 4* (riferibile, anzitutto per considerazioni di ordine sistematico, alle cause di giustificazione oltre che agli “elementi specializzanti” quali “elementi negativi impliciti” della fattispecie “generale” di reato: note 11 e 337). Ma – e qui si pone la domanda fondamentale – sarebbe metodologicamente corretto distinguere tra il comma 1 e il comma 4 dello stesso articolo, quando è evidente che, con riferimento alle *stesse* situazioni di fatto, dal punto di vista dell’“imputazione soggettiva”, il comma 1 fa riferimento al caso di loro oggettiva esistenza in mancanza di rappresentazione e il comma 4 di loro oggettiva inesistenza in presenza però di una supposizione erronea della loro esistenza? E ancora, ammettendo questa possibilità, potrebbe allora la “natura giuridica” della causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p. essere quella delle “condizioni *personali* di non punibilità”? L’art. 411 comma 1 c.p.p. afferma esplicitamente, facendo riferimento al provvedimento di “archiviazione”, «che la *persona* sottoposta alle indagini non è punibile [ai sensi dell’articolo 131-*bis* del codice penale per particolare tenuità del fatto]»; l’art. 425 comma 1 c.p.p., a proposito della sentenza di “non luogo a procedere”, da ritenere applicabile anche nel caso dell’art. 131-*bis*, parla di «*persona* non punibile per qualsiasi causa»; l’art. 469 comma 1-*bis*, a proposito della “sentenza an-

tipicata di proscioglimento”, parla di “non doversi procedere” «anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* del codice penale», *distinguendo* però questa situazione da quella della dichiarazione di estinzione del reato (anche se, evidentemente, per non volersi il legislatore intromettere in discussioni dottrinarie sulla natura giuridica di questa causa di non punibilità ma anche per togliere ogni dubbio sulla sua applicabilità anche in quella fase del procedimento); l'art. 530 c.p.p., a proposito della sentenza di “assoluzione” (quindi nel “merito”), parla di “reato” commesso «da *persona* ... non punibile per un'altra ragione» (comma 1) (così, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 615, con specifico riferimento all'imputato da assolversi *ex art. 131-bis* c.p.) e di «causa *personale* di non punibilità» (comma 3); e dunque si potrebbe allora concludere che la non punibilità *ex art. 131-bis*, se qualificabile come “causa personale di non punibilità”, debba essere dichiarata, in sede di giudizio, con una sentenza di assoluzione. Anzitutto, contro questa conclusione non mi sembra possa obiettarsi che in altre disposizioni del codice di procedura penale si parla solo di “non doversi procedere”. Infatti, si consideri: 1) che l'art. 651-*bis* parla, genericamente, di “sentenza penale irrevocabile di *proscioglimento*”; 2) che l'art. 469 comma 1-*bis* c.p.p. parla sì di “sentenza di *non doversi procedere*”, ma solo perché in quella fase non è tecnicamente possibile una sentenza di “assoluzione”. Che poi nulla si dica nell'art. 129 c.p.p., ciò è spiegabile considerando che questa disposizione si riferisce solo ad alcune situazioni che si risolvono in “cause di non punibilità”, ma non a quelle, compendiate nelle formule “assolutorie” «se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione», che *presuppongono l'accertamento previo di un “fatto di reato”*; omissione, a sua volta, nell'art. 129 della situazione di non punibilità ipotizzata dall'art. 131-*bis* che sarebbe sistematicamente strana e incongrua – dato che addirittura essa opera già nella fase delle indagini preliminari (art. 411 comma 1 c.p.p.) – laddove si ritenesse (secondo la ipotesi qui formulata) di dover ricorrere, per questa causa di non punibilità, alla formula “assolutoria” «se il reato è stato commesso da persona non punibile per un'altra ragione». “*Dimenticanza*” in realtà inesistente se viceversa si riconducesse questa situazione – come credo corretto – tra le “cause estintive del reato”, sia pure di quelle che presuppongono l'accertamento del “reato”, e quindi alla formula di proscioglimento del “*non doversi procedere*”. E lo stesso va ripetuto per la sentenza di “non luogo a procedere” *ex art. 425* c.p.p. che *non menziona autonomamente* la speciale causa di non punibilità dell'art. 131-*bis* ma – oltre la formula se «si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa» (quindi anzitutto la mancanza di imputabilità: così TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 619; solo però se si tratta di non imputabile altresì non pericoloso, con conseguente inapplicabilità di misure di sicurezza: *ibidem*, nota 27; altrimenti occorre passare al dibattimento *ex art. 425* comma 4) – quella di “estinzione del reato”. E che il proscioglimento per “non luogo a procedere” possa interessare anche situazioni di “non punibilità” che però presuppongono l'accertamento del reato, sia pure “allo stato degli atti”, lo si ricava dal comma 4 a proposito dell'applicabilità della confisca (ovviamente solo per quella applicabile anche in mancanza di condanna; conclusione, quest'ultima, che si desume non dal comma 4 ma dalla possibilità di “non luogo a procedere per estinzione del reato”).

Se però si tratta di “causa estintiva del reato”, la formula è sì “di rito”: “non doversi procedere” *ex art. 531* c.p.p.; il che tuttavia non esclude, come nel caso che ci occupa, il *previo accertamento del reato*. Sistematicamente, ciò trova conferma nella causa estintiva del reato costituita dal “perdono giudiziale” che *presuppone l'accertamento della previa commissione del reato* e della responsabilità del minore. E anche qui, pur specificandosi che si tratta di “estinzione del reato”, c'è sempre e solo la formula di proscioglimento del “non doversi procedere”. Come succedeva anche con la causa estintiva del reato ipotizzata dall'art. 77 della legge n.

che si tratti propriamente, ancora una volta, di una *causa “estintiva del reato”* (con conseguente applicabilità della relativa “disciplina”)<sup>311</sup>, basata su una *valutazione ampiamente “discrezionale” del giudice ex post facto*<sup>312</sup>, “fatto di reato”

689 del 1981 (il primo esempio di “patteggiamento” nell’ordinamento italiano: retro nota 258). Inoltre mi sembra che sistematicamente, proprio come si argomenta dalla presenza dell’art. 531 e dal coordinamento tra i commi 1 e 3 dell’art. 530, la formula “assolutoria” «se il reato è stato commesso da *persona* ... non punibile per un’altra ragione» deve intendersi riferita solo alle cause “personali” di non punibilità; con esclusione quindi delle cause di non punibilità “sopravvenute”. Altrimenti tutto rientrerebbe in questa formula, anche le cause estintive del reato (almeno di quelle che presuppongono la commissione del reato). Ciò anche senza contare che, facendo riferimento la causa di non punibilità ipotizzata dall’art. 131-*bis* alla “particolate tenuità del fatto”, sia pure commesso da una persona che si trova in una particolare condizione “personale”, sia molto difficile qualificare questa causa di non punibilità fra quelle “personali” (ossia strettamente “oggettive”, e non “oggettive”). A ciò si aggiunga come, sebbene la formula “circostanze di esclusione della pena” non si riferisce solo alle cause di giustificazione, comunque la causa di non punibilità di cui all’art. 131-*bis non* può essere ricondotta sotto la categoria dommatica delle cause di giustificazione (come si argomenta dal fatto che, essendo “sopravvenuta”, l’art. 59 comma 4 c.p. risulta logicamente inapplicabile).

<sup>311</sup> A questo fine, si considerino anzitutto gli artt. 106, 170, 182, 183, 198 e 210 c.p., su cui vedi retro note 227 e 229.

<sup>312</sup> “Fatto di reato” che deve essere comunque *previamente accertato* rispetto alla declaratoria della sua “estinzione” (retro cap. I, 11). A questo proposito, un problema, anzitutto di ordine pratico, potrebbe porsi laddove la “non punibilità” *ex art. 131-bis* c.p. dovesse essere dichiarata *già in sede di “indagini preliminari” attraverso un provvedimento di “archiviazione”*, possibilità espressamente prevista dall’art. 411 commi 1 e 1-*bis* c.p.p. Anche in questo caso, sembrerebbe comunque necessario un previo accertamento della commissione del reato, sia pure *allo stato degli atti di indagine* (quindi come oggetto di una mera imputazione provvisoria); “indagini preliminari” che, perché si possa procedere all’archiviazione per quella causa specificamente e autonomamente prevista di “estinzione del reato” *ex art. 131-bis* c.p., debbono allora essere già state effettuate in ogni caso nel modo più completo possibile in quanto funzionali alle determinazione del pubblico ministero in ordine all’esercizio dell’azione penale (art. 326 c.p.p.), potendosi logicamente dichiarare la “non punibilità per particolare tenuità del fatto” solo laddove (prima dell’abrogazione dell’art. 125 norme att. c.p.p. ad opera dell’art. 98 comma 1 lett. *b*) d. lgs. n. 150/2022, non mancassero gli «elementi idonei a sostenere l’accusa in giudizio» sulla sussistenza dello stesso “fatto di reato”; oggi, ai sensi del nuovo art. 408 comma 1 c.p.p., gli elementi acquisiti consentono di «formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca», posto che, laddove viceversa dovessero mancare, l’archiviazione dovrebbe essere richiesta al g.i.p. per “infondatezza” della *notitia criminis*. Previo accertamento dell’esistenza del “fatto di reato” che analogamente, *mutatis mutandis*, sia pure sempre “allo stato degli atti” (di indagine), ritengo indispensabile anche per la sentenza di “patteggiamento” pronunciata nel corso delle indagini preliminari *ex art. 447* c.p.p. (retro nota 290). Ritornando alla “causa di non punibilità” dell’art. 131-*bis* c.p., si tratterebbe, dunque, *dal punto di vista strutturale*, di una causa “estintiva del reato” basata – come abbiamo visto – su una *valutazione discrezionale del giudice* su cui poggerebbe la immediata declaratoria di estinzione del reato e quindi della punibilità, *analogamente* a quanto avviene col “perdono

la cui sussistenza deve essere stata comunque previamente accertata, tenendo conto, in particolare, della “esiguità” dell’offesa concretamente realizzata e di caratteristiche soggettive di “non pericolosità” (qualificata) del suo autore, oltre che della c.d. “non abitualità” della condotta costitutiva dell’illecito: art. 131-*bis* commi 1 e 4<sup>313</sup>.

#### 14. *La rinuncia alla pena totale o parziale*

Muovendo dalla prospettiva della “minore gravità del reato” e della conseguente, a seconda dei casi, “graduazione” della pena “verso il basso” (nel senso della sua “attenuazione” in sede di commisurazione in concreto ovvero senz’altro della “estinzione” di una punibilità già sorta<sup>314</sup>), ciò può essere genericamente “descritto” – ma non: “spiegato”! – anche come “*rinuncia alla pena*” da parte dell’ordinamento giuridico (nello specifico senso di “*rinuncia dello Stato*” alla sua “*pretesa punitiva*”), rinuncia che può essere “*parziale*” o addirittura “*totale*”; potendosi *identificare* la “rinuncia parziale” con tutte le ipotesi di “attenuazione” della pena (che sarebbe) “meritata” (come avviene con le “circostanze attenuanti” in senso tecnico e le c.d. “diminuenti processuali” per l’accettazione da parte dell’indagato/imputato di “riti speciali premiali”), e la “rinuncia totale” con le ipotesi di “estinzione del reato” (di cui presuppongono logicamente l’accertamento), e quindi di “improcedibilità sopravvenuta”, dipendenti – per lo più, ma non necessariamente – da un comportamento dell’indagato o dell’imputato successivo alla commissione

---

giudiziale” (e a quanto avveniva con la causa di estinzione del reato originariamente prevista dall’art. 77 legge n. 689 del 1981, oggi abrogato, istituto che ha rappresentato l’embrione del c.d. “patteggiamento” prima della sua stabile introduzione nell’attuale codice di procedura penale: TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, cit., pp. 349 ss. e 430-431; retro, nota 258). Così come causa di estinzione del reato basata su una valutazione ampiamente discrezionale del giudice era anche quella prevista dall’abrogato art. 599 comma 1 c.p., avente ad oggetto la c.d. “ritorsione” con riferimento all’abolito delitto di ingiuria («Nei casi preveduti dall’articolo 594, se le offese sono reciproche, il giudice può dichiarare non punibili uno o entrambi gli offensori»).

<sup>313</sup> Causa estintiva del reato che dipende da un “atto valutativo discrezionale” del giudice, analogamente a quanto avviene col perdono giudiziale, e che rappresenta un “elemento negativo” della “fattispecie di punibilità”.

<sup>314</sup> Anche se, laddove si tratti di “estinzione” della punibilità (come nel caso dell’art. 131-*bis* c.p.), questa viene ovviamente dichiarata (come abbiamo visto retro note 308 e 310) con una sentenza di “proscioglimento” – più specificamente: di “non doversi procedere” per intervenuta “estinzione del reato” – ai sensi dell’art. 531 c.p.p. (e non con una sentenza di “condanna”, come nel caso di semplice “attenuazione” della pena).

del reato (per come descritto nell'addebito provvisorio ai fini delle indagini o nell'imputazione). In ogni caso di rinuncia totale alla (applicabilità della) pena o di sua mera attenuazione, ciò incide comunque anche sulla “*concreta punibilità*” del singolo soggetto per il “fatto di reato” commesso.

### 15. *La fase dell'esecuzione della pena*

Con riferimento infine all'“esecuzione della pena” concretamente applicata – e sottolineando anzitutto come la pena «restrittiva della libertà personale» sia eseguibile solo se *non* «sopravviene al condannato un'infermità psichica» (art. 148 comma 1 c.p.)<sup>315</sup> –, ci sono sia situazioni che deter-

<sup>315</sup> Si noti come, con specifico riferimento all'applicabilità ed eseguibilità della “pena criminale”, dato il suo contenuto “afflittivo” che deve essere “sentito” come tale dal suo destinatario, l'*infermità psichica* rilevi anzitutto ai sensi degli artt. 88 e 95 c.p. come “*causa di esclusione dell'imputabilità*”, e quindi di “non punibilità”, del reo (quando ne ha *totalmente escluso* la capacità di intendere e di volere al momento di commissione della condotta costitutiva del reato); poi, come “*causa di sospensione*” del *procedimento penale*, quando, in seguito a perizia, «per infermità mentale *sopravvenuta* al fatto» (art. 70 comma 1 c.p.p.) «lo stato mentale dell'imputato [o dell'indagato: art. 70 comma 3 c.p.p.] è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento» (art. 71 c.p.p.; partecipazione cosciente al procedimento penale che costituisce presupposto indispensabile perché l'indagato/imputato possa esercitare pienamente il suo *personale* “diritto di difesa” allo scopo di evitare una possibile condanna alla pena criminale, come si argomenta dall'art. 70 comma 1 c.p.p. a tenore del quale la perizia può essere disposta dal giudice solo «quando non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere»).

Infine, come detto, laddove l'infermità psichica “*sopravvenga*” al condannato «prima dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale o durante l'esecuzione», qualora il giudice «ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena» (art. 148 comma 1 c.p.), questa non può più essere eseguita. Prima della definitiva (e troppo sbrigativa) abolizione degli O.P.G. (già manicomi giudiziari), la disciplina codicistica era chiara e lineare, in quanto il giudice, in presenza della situazione sopra ipotizzata, doveva ordinare che l'esecuzione della pena fosse, a seconda dei casi, “differita” o “sospesa”, disponendo il ricovero del condannato «in un ospedale psichiatrico giudiziario, ovvero in una casa di cura e di custodia». Il giudice poteva però anche disporre in alternativa che il condannato, invece che in un ospedale psichiatrico giudiziario, fosse ricoverato in un ospedale psichiatrico comune se la pena inflitta era inferiore a tre anni di reclusione o di arresto e non si trattasse di delinquente o contravventore abituale o professionale o di delinquente per tendenza (art. 148 comma 1 c.p., ultima parte). Il provvedimento di ricovero era poi revocato, e il condannato era sottoposto all'esecuzione della pena, *quando fossero venute meno le ragioni che avevano determinato il provvedimento di ricovero* (art. 148 comma 3 c.p.). Già la Corte costituzionale aveva però dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 148 c.p. nella parte in cui prevedeva che il giudice, nel disporre il ricovero nel “manicomio giudiziario” o in una casa di cura e di custodia ovvero in un “manicomio comune” del condannato caduto in stato di infermità psichica *durante l'esecuzione* della pena restrittiva della libertà personale, potesse ordinare la “sospensione” della pena stessa (Corte cost., sent. 19 giugno 1975 n.

minano una “*attenuazione*” del rigore del *concreto* “trattamento sanzionatorio” applicato in sede di condanna (come la concessione di “misure alternative alla detenzione”<sup>316</sup> e di “misure premiali” *stricto sensu*<sup>317</sup>), sia situazioni *tout*

146); stabilendo così che il periodo trascorso nell’istituto di ricovero dovesse considerarsi come pena scontata. Il problema si pone oggi dopo la definitiva chiusura degli O.P.G. (a decorrere dal 31 marzo 2015) e la loro sostituzione con le Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (R.E.M.S.), e prima ancora, nel 1996, con l’abolizione anche degli ospedali psichiatrici comuni. Infatti, le R.E.M.S. hanno come *unicì destinatari* i malati psichiatrici ritenuti non imputabili o semi-imputabili già in sede di giudizio penale (art. 3-ter comma 2 legge n. 9/2012) *con esclusione dunque proprio dei condannati a pena detentiva con infermità psichica “sopravvenuta”* che vengono oggi mantenuti nelle carceri, sia pure in apposite sezioni (c.d. “articolazioni per la salute mentale”); il che determina una evidente violazione non solo dell’art. 148 c.p., ma anche del principio costituzionale, ribadito dai trattati in materia di diritti fondamentali, che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 27 comma 3 Cost.), posto che in questo caso viene in particolare coinvolto il diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.). Nel tentativo di superare questa situazione e sul presupposto – troppo affrettatamente affermato in un *obiter dictum* – della “tacita” abrogazione dell’art. 148 c.p., la Corte costituzionale, con la sentenza 20 febbraio 2019 n. 99, ha cercato, sia pure indirettamente e in modo parziale, di colmare la lacuna dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 47-ter comma 1-ter legge n. 354/1975 «nella parte in cui non prevede che, nell’ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l’applicazione al condannato della detenzione domiciliare *anche in deroga ai limiti* di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter»; quindi anche quando la pena o il residuo di pena da espiare sia superiore a quattro anni. Si consideri poi anche che l’art. 1 comma 16 lett. d) legge n. 103 del 2017 prevede espressamente la destinazione alle R.E.M.S. altresì dei «soggetti per i quali l’infermità di mente sia sopravvenuta durante l’esecuzione della pena»; disposizione cui però non è stata data finora attuazione.

<sup>316</sup> Le “misure alternative alla detenzione” sono – possibili – “modalità di esecuzione” delle pene carcerarie (pene carcerarie in cui si sostanziano, in via diretta o indiretta, le pene criminali principali di cui all’art. 17 c.p.; misure alternative che valgono quindi come pena espiata) e quindi “modi” di restrizione della libertà personale (di cui parla l’art. 13 comma 2 Cost.) come *possibile contenuto* della pena detentiva che, in quanto tali, per essere costituzionalmente legittimi debbono essere anch’essi *tassativamente* indicati dalla legge nei loro presupposti applicativi, durata e contenuto (infra cap. III, 2.4 lett. c) e nota 325). Le misure alternative alla detenzione non costituiscono dunque situazioni di “attenuazione” della pena e non vanno confuse con le “pene sostitutive” (già “sanzioni sostitutive” secondo l’abrogato art. 53 legge n. 689/1981) delle pene detentive “brevi” (nuovi art. 20-bis c.p. e artt. 53 ss. legge n. 689/1981, in cui si definiscono “brevi” – *sic!* – le pene detentive fino a quattro anni in concreto!), anche in quei casi in cui le nuove “pene sostitutive” sembrano richiamare il nome e sostanzialmente, anche se in modo parzialmente diverso, lo stesso contenuto delle misure alternative (si pensi alla “semilibertà sostitutiva” e alla “detenzione domiciliare sostitutiva”: artt. 55 e 56 legge n. 689/1981, come modificati dal d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150). Nell’ambito delle misure alternative alla detenzione, l’unica originariamente prevista dallo stesso codice penale (anche se normativamente qualificata come “causa di estinzione della pena”) è la liberazione condizionale (artt. 176-177 c.p.). Il Capo VI della legge 26 luglio 1975 n. 354 (e successive modificazioni), rubricato “Misure alter-

*court* di “*estinzione della pena irrogata*”, che però – oltre alla diversa ampiezza dell’oggetto dell’estinzione (pena principale, pene accessorie, altri effetti penali della condanna) – possono avere diversa “natura giuridica”, essendo, a seconda dei casi, alcune qualificabili – anche ai fini della diversa “disciplina” applicabile<sup>318</sup> – come “*cause estintive del reato*” successive alla condanna definitiva (e quindi al definitivo “superamento” della “presunzione di innocenza”)<sup>319</sup>, quali l’estinzione del reato in seguito all’utile decorso del

---

native alla detenzione”, prevede come alternative al carcere l’affidamento in prova al servizio sociale (art. 47; comprensivo dell’affidamento in prova c.d. “allargato”: comma 3-*bis*), la detenzione domiciliare (art. 47-*ter*; comprensiva della ipotesi speciale in caso di rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena detentiva: comma 1-*ter*), le misure alternative alla detenzione dell’affidamento in prova e della detenzione domiciliare nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater*), la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinqüies*), la semilibertà (artt. 50 e 51) e la liberazione anticipata (art. 54). Il d.P.R. 9 ottobre 1990 (c.d. Testo unico in materia di stupefacenti) prevede a sua volta, accanto alla misura della sospensione dell’esecuzione della pena detentiva (art. 90), la misura alternativa dell’affidamento in prova in casi particolari (art. 94).

<sup>317</sup> Sono da considerare normativamente “misure premiali” i “permessi premio”, previsti e disciplinati dagli artt. 30-*ter* e 30-*quater* ord. penit., e la “licenza al condannato ammesso al regime di semilibertà”, prevista dall’art. 52 ord. penit. La possibilità di concessione di “licenze” è oggi anche prevista dal nuovo art. 69 legge n. 689/1981 (introdotto dall’art. 71 comma 1 lett. *s*) d.lgs. n. 150/2022) per i condannati alla semilibertà sostitutiva e alla detenzione domiciliare sostitutiva. Anche se non direttamente incidente sull’esecuzione della pena detentiva (come le misure alternative alla detenzione o i permessi premio), è comunque da ritenere una misura premiale anche la “remissione del debito”, di cui all’art. 6 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

<sup>318</sup> Si pensi ad es. alla diversa “efficacia” dell’estinzione del reato o della pena sull’applicazione e l’esecuzione delle misure di sicurezza (diverse dalla confisca: art. 236 comma 2 c.p.) ai sensi dell’art. 210 c.p. Su questo aspetto, si veda anche retro nota 227.

<sup>319</sup> Cause estintive “del reato” che, *almeno tendenzialmente* (così GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 195 ss., MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., pp. 1003-1005), dovrebbero avere una “efficacia estintiva” superiore a quella delle cause estintive “della pena” (come si dovrebbe argomentare sistematicamente anche dall’art. 183 comma 2 c.p., secondo cui, «Nel concorso di una causa che estingue il reato con una causa che estingue la pena, *prevale la causa che estingue il reato*, anche se è intervenuta successivamente»). “Mera tendenza”, in quanto tale, che non trova spesso corrispondenza alla stregua di quanto discende dalla concreta disciplina di diritto positivo. Si pensi ad es. alla causa estintiva “della pena” rappresentata dall’utile esperimento dell’affidamento in prova al servizio sociale, che ha ad oggetto *anche tutti gli effetti penali della condanna* («ad eccezione delle pene accessorie perpetue»: art. 47 comma 12 ord. penit.), a differenza di altre cause estintive “del reato” (successive alla condanna, come ad es. l’amnistia c.d. “impropria”, che *limita* viceversa la portata dell’estinzione solo alle pene principali ed accessorie: art. 151 comma 1 c.p., su cui infra nel testo). D’altronde, lo stesso art. 183 c.p. nei commi 3 e 4 stabilisce il principio generale che, in ogni caso di “concorso” tra *più* cause estintive del reato e/o della pena, indipen-

tempo dopo la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena (art. 167 c.p.) e l'amnistia c.d. "impropria" (art. 151 comma 1 c.p.)<sup>320</sup> (almeno come cause "generali" di estinzione del "reato", e non "speciali" o previste da leggi speciali)<sup>321</sup>, e – logicamente – *tutte le "cause estintive della pena"* concretamente applicata (fra cui, in particolare, l'utile esperimento dell'affidamento in prova, che addirittura ha un'efficacia estintiva *superiore* a quella di alcune cause estintive *del reato* successive alla condanna, come ad es. l'amnistia c.d. "impropria", estinguendo *anche* tutti gli altri "effetti penali" della condanna diversi dalle pene accessorie<sup>322</sup>: art. 47 comma 12 ord. penit.; "effetti penali" della condanna estinti – insieme alle pene accessorie – «salvo che la legge disponga altrimenti» anche come conseguenza della "riabilitazione" ai sensi dell'art. 178 c.p.

Con riferimento poi in particolare alle "misure alternative alla detenzione" carceraria, occorre in primo luogo rilevare come il loro ambito applicativo si sovrapponga in maniera caotica, a causa della sequenza alluvionale delle leggi che, nel corso degli anni, ne hanno modificato la "disciplina" e ampliato a dismisura la stessa "tipologia" introducendone con-

---

dentemente da quale sia la causa estintiva che intervenga per prima o, se intervenute contemporaneamente, sia la più favorevole, gli effetti sanzionatori non ancora estinti dall'applicazione della prima causa estintiva vengono estinti dalle altre cause estintive applicabili (ovviamente tenendo conto della portata dell'efficacia estintiva stabilita dalla legge per ciascuna di esse). In particolare poi già lo stesso *incipit* del comma 4 dell'art. 183, disponendo che, «Se più cause intervengono contemporaneamente, la *causa più favorevole* opera l'estinzione del reato *o della pena*», indica univocamente che *la causa estintiva "più favorevole" può essere anche la "causa estintiva della pena"*.

<sup>320</sup> Entrambe disposizioni aventi ad "oggetto" della vicenda estintiva le pene principali – cui vanno normativamente equiparate (prima le sanzioni sostitutive, oggi) le pene sostitutive delle pene detentive brevi (arg. *ex* art. 57 comma 2 legge n. 689/1981, nella nuova formulazione introdotta dall'art. 71 comma 1 lett. e) d. lgs. n. 150/2022) – e le pene accessorie, ma *non gli altri effetti penali della condanna* (diversi dalle pene accessorie): artt. 167 comma 2 e 151 comma 1 c.p. Si ricordino poi anche le cause di estinzione del reato intervenute *dopo* la sentenza di "patteggiamento" (equiparata ad una sentenza di condanna *ex* art. 445 comma 1-bis c.p.p., causa estintiva prevista dal comma 2 dello stesso articolo) e il decreto penale di condanna (art. 460 comma 5 c.p.p.); cause estintive del reato che hanno ad oggetto dell'estinzione *anche* gli "effetti penali": retro nota 275.

<sup>321</sup> Come ad es. la causa estintiva speciale del delitto di bigamia prevista dall'art. 556 comma 3 c.p. Si tratta di una causa estintiva del reato che *eccezionalmente* si estende *anche ai concorrenti*, in deroga all'art. 182 c.p., e che può intervenire *anche dopo la condanna irrevocabile*, nel qual caso comporta l'estinzione anche degli effetti penali. Nello stesso modo operava anche la causa speciale di estinzione del reato costituita dal c.d. "matrimonio riparatore", prevista dall'abrogato art. 544 c.p.

<sup>322</sup> Ad eccezione delle pene accessorie perpetue.

tinuamente di nuove, senza però che i vari interventi legislativi fossero espressione di una chiara linea di politica criminale essendo viceversa dettati esclusivamente in funzione dell'unica esigenza di ordine pratico effettivamente sentita (specie da certe correnti ideologiche) dello "sfoltimento" della popolazione carceraria; esigenza, seppure determinata nel corso degli anni da fattori contingenti, vista sempre come una "perenne emergenza", ma al di fuori di qualunque disegno organico di riforma strutturale dell'intero sistema penitenziario e, anzitutto, sanzionatorio<sup>323</sup>. Dall'altro lato, con-

<sup>323</sup> Se infatti il ricorso al diritto penale-criminale deve costituire per il legislatore, secondo precisi obblighi (*rectius*: "oneri") costituzionali (arg. *ex* art. 13 comma 2 Cost.), l'*ultima ratio* di tutela dell'ordinamento giuridico, ne consegue logicamente che: 1) il diritto penale-criminale può *legittimamente* intervenire solo per la tutela delle "condizioni minime" di esistenza di una società organizzata a Stato e quindi, in particolare, solo per la tutela, in via diretta o indiretta, dei "diritti fondamentali" dell'uomo (meglio definibili come "diritti naturali"), quale "momento di chiusura" dell'intero ordinamento giuridico (sul punto, più ampiamente, si rimanda a TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., pp. 792-793; e nota 113); 2) se il diritto penale-criminale costituisce l'*ultima ratio* di tutela dell'ordinamento, ne consegue logicamente che la "pena criminale", quale sanzione "principale" del sistema penale in quanto consente la individuazione di ciò che il legislatore qualifica come "reato", deve essere altresì, contenutisticamente, *la più afflittiva* tra le "sanzioni" oggi legittimamente ipotizzabili alla luce della Costituzione e dei Trattati internazionali; e tale sanzione "punitiva" non può allora che incidere sul "bene massimo" dell'uomo oggi legittimamente "aggredibile" dallo Stato: quello della "libertà personale" (TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1703; vedi anche retro nota 113); 3) se la libertà personale è espressamente qualificata dall'art. 13 Cost come "inviolabile", ciò significa che ogni sua restrizione o comunque limitazione rappresenta una "eccezione" alla regola; per cui *tutto il diritto penale-criminale costituisce un "diritto di eccezione"*, confermando così la sua natura di *ultima ratio* di tutela (come si argomenta altresì dall'art. 14 preleggi che, non a caso, accosta nel divieto di analogia e, a mio avviso, anche di interpretazione estensiva (infra nota 549) le «leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi»; 4) se allora il diritto penale-criminale rappresenta l'*ultima ratio* di tutela, ciò significa che *anche la pena criminale principale* deve costituire l'*ultima ratio*, nel senso che ad essa si può legittimamente ricorrere solo quando altri tipi di sanzioni di diversa natura giuridica (in particolare, amministrative e civili) non risultino "adeguati" allo "scopo di tutela" (principio di c.d. "sussidiarietà"); con la logica conseguenza allora che *l'unica "pena criminale principale" oggi legittimamente ipotizzabile*, in quanto conforme alla natura e alla funzione del diritto penale-criminale come *ultima ratio*, è – come detto – la pena che incide sul bene massimo della persona (oggi legittimamente aggredibile) costituito dalla libertà personale, *in primis* quindi la "pena detentiva carceraria" (sul punto vedi, più ampiamente TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1693 ss., e anche retro nota 113). Ciò significa, in particolare, che, diversamente da quanto ritiene parte della dottrina, alla luce di una lettura sistematica del testo costituzionale, *non potrebbero essere oggi legittimamente utilizzate, come pene criminali principali, le attuali pene "accessorie" e, soprattutto, le pene "pecuniarie"* (almeno come pene principali "esclusive", posto che se il legislatore ritenesse "adeguata" al disvalore di un certo fatto una pena pecuniaria, ben potrebbe utilmente ricorrere ad una sanzione amministrativa pecuniaria e, oggi, anche ad una sanzione civile pecuniaria (su cui vedi infra cap. V, 2); con pieno rispetto quindi, ancora una volta, di quel *principio di "sussidiarietà"* del

siderando come le misure alternative alla detenzione carceraria siano propriamente semplici *modalità esecutive* “alternative” della pena detentiva e che la loro “concessione” e concreta esecuzione è di fatto rimessa, più che alla discrezionalità, all'*assoluto arbitrio* della magistratura di sorveglianza<sup>324</sup>, non si può non rimarcare (ancora una volta) la profonda “*discrasia*” esistente, nella concreta dinamica del diritto, tra la *pena minacciata astrattamente* dal legislatore, la *pena concretamente applicata* dal giudice della condanna (vista l’am-

---

diritto penale-criminale che costituisce – insieme al principio di “frammentarietà” – una delle declinazioni “specifiche” del principio del diritto penale-criminale come *ultima ratio* di tutela dell’intero ordinamento (retro nota 113 e infra cap. V, 6).

Anche poi ritenendo che la “pena detentiva” sia, costituzionalmente, l’unica pena criminale legittimamente ipotizzabile, ciò non dovrebbe tuttavia portare inevitabilmente al fenomeno del c.d. “sovrappollamento carcerario”, posto che a questo problema (che negli ultimi anni ha ripetutamente portato l’Italia ad essere condannata dalla Corte EDU) – in una prospettiva politico-criminale coerente e soprattutto “razionale” – si potrebbe (meglio: dovrebbe) ovviare muovendosi secondo due direttrici, entrambe congruenti col modello di “sistema penale” delineato dalla Costituzione in quanto “funzionali” ad una prospettiva di “diritto penale minimo” e conseguentemente di *minimo ricorso alla pena carceraria*: da un lato, una decisa e radicale politica di “depenalizzazione” di comportamenti che attualmente non sono sentiti dall’attuale coscienza sociale come lesivi delle condizioni minime di convivenza e quindi dei diritti fondamentali delle persone (*in primis*, la sicurezza: TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1703 ss.); dall’altro, intervenendo drasticamente sull’attuale sistema delle “misure cautelari processuali”, riservando la custodia cautelare in carcere – la c.d. “carcerazione preventiva” di cui all’art. 13 comma 5 Cost. –, che già alla stregua dell’art. 275 comma 3 c.p.p. (cui vanno aggiunti gli ulteriori limiti previsti dal comma 2-bis) dovrebbe comunque già costituire l’*ultima ratio* fra le misure cautelari teoricamente applicabili (prescrizione tuttavia ampiamente disattesa nella prassi giudiziale), *solo in casi assolutamente eccezionali* costituiti da soggetti indiziati o imputati di reati gravissimi tassativamente individuati dal legislatore (come ad es. l’associazione mafiosa, quella finalizzata al traffico internazionale di armi o di stupefacenti e i delitti di terrorismo) e, a tutto concedere, rendendo ancora più celeri – con brevi termini di fase – quei processi in cui è massima l’“evidenza della prova” (come in caso di flagranza di reato), limitando quindi fortemente la attuale discrezionalità del giudice. Soluzione questa non solo “utile” in quanto favorirebbe enormemente il “decongestionamento” delle carceri, essendo i detenuti in attesa di giudizio statisticamente in modo stabile più di un terzo dell’intera popolazione carceraria; ma anche costituzionalmente coerente, tenendo soprattutto presente che i soggetti sottoposti a misure cautelari in carcere, quindi prima della condanna definitiva che ne abbia ritualmente accertato la responsabilità, sono “presunti innocenti” ai sensi dell’art. 27 comma 2 Cost. e dei trattati internazionali ratificati dall’Italia: vedi gli artt. 6 comma 2 CEDU, 14 comma 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici e 48 Carta dei Diritti fondamentali UE.

<sup>324</sup> Sulla assoluta incompatibilità, sul piano logico prima ancora che normativo, tra il concetto di “legalità” (della pena), da intendere come *predeterminazione* di qualcosa che “deve essere”, e il concetto di “arbitrarietà” (nella concreta individualizzazione della stessa pena nei confronti del singolo detenuto) da parte di chi dovrebbe viceversa applicare la norma (generale e astratta), vedi la nota seguente.

plissima “discrezionalità” di cui gode, specie con riferimento al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee) e infine la *pena effettivamente eseguita* e quindi *scontata* (dato il disuguale – e alla fine discriminatorio – ricorso al meccanismo delle misure alternative, oggi totalmente disancorate da quei presupposti di “generalità” e “astrattezza” – e quindi previamente identificabili con chiarezza – che dovrebbero viceversa contraddistinguere, onde garantire il principio costituzionale di “uguaglianza”, qualsiasi intervento normativo alla base dell’attività giurisdizionale o amministrativa<sup>325</sup>); con

<sup>325</sup> Più in particolare, che – alla luce della disciplina legislativa attualmente vigente in materia di ordinamento penitenziario – la “concessione” delle “misure alternative” alla detenzione carceraria sia *totalmente rimessa all’assoluto “arbitrio” della Magistratura di sorveglianza*, trova un sicuro riscontro nella circostanza che i “presupposti” per l’applicazione di dette misure, non essendo costituiti da “fatti”, ma consistendo in “valutazioni sulla personalità” dei condannati e in “giudizi prognostici” – per loro natura intrinsecamente “vaghi” – sulla idoneità e sufficienza delle misure alternative ad assicurare il reinserimento sociale dei beneficiari, e quindi sul loro “futuro comportamento” di “osservanza” della legge, sono *empiricamente “non verificabili”* (così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 407; che arriva a dire, a mio parere correttamente, che qui non siamo in presenza di attività “giurisdizionale”, *ma propriamente “amministrativa”*); risolvendosi quindi in qualcosa di assolutamente evanescente, logicamente “non predeterminabile” neppure in termini generici dal legislatore. Così come “*indeterminato*” è lo stesso “contenuto” delle misure alternative (= le “prescrizioni” in cui si concreta) dal punto di vista legislativo, a volte in tutto (affidamento in prova) altre volte in parte (semi-libertà); e altrettanto si può dire della loro “durata”, e quindi, alla fine, della “quantità” della pena effettivamente da scontare dal singolo condannato, data, ancora una volta, l’indeterminatezza dei presupposti per la concessione, ad es., della liberazione anticipata oppure per la determinazione del *quantum* di pena residua da scontare in carcere, una volta intervenuta la “revoca” di una di dette misure (con riferimento alla revoca della liberazione condizionale, Corte cost., sent. 25 maggio 1989 n. 282; per la revoca dell’affidamento in prova, Corte cost., sent. 15 ottobre 1987 n. 343). Misure alternative che hanno, di fatto, determinato la *definitiva scomparsa della forma “classica” della pena detentiva uguale per tutti*.

Per cui oggi si può ben dire che la “pena detentiva” si è trasformata in una sanzione *non legalmente predeterminata, atipica e incerta*; indeterminatezza, sia pure solo “verso il basso” rispetto alla pena inflitta in sede di condanna, con conseguente perdita di “credibilità” dell’intero sistema penale e degli effetti di “prevenzione generale” della pena. Onde – come detto – *qui non siamo, tecnicamente, neppure in presenza di “discrezionalità”, ma di vero e proprio “arbitrio giudiziale”*, non avendo il legislatore dettato “criteri” chiari, precisi e, soprattutto, predeterminati per l’esercizio di questo “potere”; il che rende la “motivazione” del provvedimento giurisdizionale una *pseudo-motivazione* in quanto logicamente “non controllabile”. Arbitrio giudiziale che, per sua essenza, è *logicamente incompatibile con il “principio di legalità”* (in qualunque delle sue declinazioni).

*Rebus sic stantibus*, palese appare allora l’*assoluto contrasto del sistema delle “misure alternative” al carcere nel loro complesso*, per come disciplinato *attualmente* in via legislativa, *rispetto al fondamentale principio* – che, si ricordi, costituisce *anche oggetto di un vero e proprio “diritto umano fondamentale”* di ciascun cittadino – di “*stretta legalità*” (si vedano le sentenze della Corte EDU cit. in nota 596), che, nella materia penale, come oggi è unanimemente riconosciuto, attiene non solo alla individuazione dei “presupposti” della punibilità, in particolare dei “fatti di reato”, ma anche – se non soprattutto – della “pena”. Detto principio concerne,

com'è risaputo, sia le "fonti di produzione" di norme penali, prevedendosi una "riserva assoluta di legge statale", sia – riferito specificamente alle sanzioni criminali – la "predeterminazione" della pena (rispetto alla commissione del fatto di reato) non solo nel "tipo" ma anche, e soprattutto, nella sua "durata" (= "misura") e nel suo concreto "contenuto" (sulla natura "assoluta" della riserva di legge con riferimento alle pene criminali si vedano Corte cost., sent. 12 marzo 1962 n. 15; Corte cost., sent. 23 marzo 1966 n. 26; Corte cost., sent. 5 aprile 1971 n. 69; Corte cost., sent. 14 giugno 1990 n. 282).

Non basta infatti, ai fini del rispetto della Costituzione, che il legislatore, come avviene ad es. con l'art. 23 c.p., ci dica che «la pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno», se poi non ci dice, altrettanto chiaramente e *in modo assolutamente (pre-)determinato*, quale potrà essere, *in concreto*, il suo effettivo "contenuto", oltre la sua effettiva "durata". Anche il principio di "tassatività" con riferimento a questi aspetti della pena si ricava, oltre che da una corretta interpretazione teleologica dell'art. 25 comma 2 Cost. condotta alla stregua del principio di "garanzia" del cittadino («Nessuno può essere punito ...»), anzitutto, questa volta esplicitamente, dall'art. 13 comma 2 Cost., secondo cui non è ammessa forma alcuna di restrizione o di limitazione della libertà personale «se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». "Modi" che vanno intesi, non solo come termine corrispondente alle "modalità procedurali" di applicazione ed esecuzione della pena, ma anzitutto proprio con riferimento alle concrete "modalità di esecuzione" della pena. "Modalità" in cui si deve "concretare" il "contenuto" della pena effettivamente da scontare nel singolo caso. Breve: spetta al legislatore "predeterminare", rispetto alla commissione del singolo fatto di reato (*salvo* l'intervento successivo di una legge "più favorevole"), in modo "chiaro e preciso" (= tassativo) quale sarà il "tipo", il concreto "contenuto" e la effettiva "durata" della pena che l'autore del singolo fatto illecito dovrà effettivamente scontare.

In genere, detta palese violazione del principio di "stretta legalità" (= tassatività) della pena viene però *giustificata* – oltre dal fatto che l'applicazione di misure alternative va comunque "a vantaggio" del reo – sulla base della considerazione che *accanto al principio di legalità vi è, sempre costituzionalmente previsto, proprio il principio di "rieducazione" del condannato*; per cui, pur trattandosi di principi di per sé senz'altro incompatibili (almeno per come viene oggi normalmente intesa la portata del principio di rieducazione, ossia come *trattamento individualizzato progressivo* tendente a portare il reo gradualmente, o fin dall'inizio dell'esecuzione, "fuori" dal carcere), il legislatore, in quanto unico detentore del potere politico, deve trovare un *giusto "equilibrio"* e quindi un "*contemperamento*" tra essi. Il che renderebbe allora senz'altro costituzionalmente legittima la previsione di una amplissima "discrezionalità" del giudice, non solo nella determinazione del "tipo" e della "misura" della pena nella fase commisurativa (con conseguente legittimità, riconosciuta dalla Corte costituzionale, della previsione di un "arco edittale" di pena per ciascun reato, finalizzata alla sua "individualizzazione" in concreto anzitutto in sede di applicazione: Corte cost., sent. 12 marzo 1962 n. 15; Corte cost., sent. 14 aprile 1980 n. 50; Corte cost., 13 maggio 1991 n. 203; Corte cost., sent. 18 giugno 1991 n. 285; Corte cost., sent. 24 giugno 1992 n. 299), ma anche nella individuazione del concreto "contenuto" (e persino "durata") della pena detentiva che ciascun condannato, nella sua "individualità", deve effettivamente "scontare". Infatti, la "finalità rieducativa" della pena, avendo come naturale destinatario ciascun autore di un singolo fatto di reato, presupporrebbe una "individualizzazione" della pena concretamente da applicare ed eseguire (il che sembrerebbe attuare anche il principio di "personalità" della responsabilità penale, anch'esso costituzionalizzato dall'art. 27 comma

1 Cost.); *“individualizzazione della pena”* che logicamente non potrebbe che essere rimessa alla *“discrezionalità”* del giudice. Da ciò, quasi ne fosse un inevitabile corollario, si afferma allora non solo la piena legittimità, ma addirittura si auspica un sempre maggior ricorso – in sede di esecuzione – alle *“misure alternative”* alla detenzione carceraria.

A parte che detta affermazione, a ben vedere, si risolve in una *petizione di principio*, dando per dimostrato proprio ciò che occorre dimostrare, ossia che la finalità rieducativa del condannato può avvenire solo, o forse meglio: in modo senz'altro da privilegiare, attraverso il ricorso alle *“misure alternative”* alla detenzione, il problema comunque si sposta, trattandosi di verificare se questa disciplina accolta dall'ordinamento penitenziario di un sempre maggior ricorso alle misure alternative sia, *per come è stata positivamente attuata, l'unica teoricamente possibile (e compatibile con la Costituzione)*. Detto altrimenti, anche ammessa alla luce della finalità rieducativa della pena e della connessa necessità della sua *“individualizzazione”* l'esistenza di un *“dovere normativo”* imposto al legislatore dall'art. 27 comma 3 Cost. di ricorrere al meccanismo delle *“misure alternative”* al carcere, occorre ancora domandarsi se la disciplina normativa *attualmente vigente*, per come è stata positivamente stabilita dal legislatore, sia legittima dal punto di vista costituzionale.

A questo proposito, è lecito avanzare più di un dubbio.

Se infatti si tratta, come detto, di *“bilanciare”* due principi costituzionali, anche ammettendo che entrambi costituiscano il contenuto di due diritti fondamentali della persona, e anche ammesso ulteriormente che non si possa stabilire tra essi una gerarchia, *è comunque il “meccanismo” normativamente previsto dalla legislazione vigente per la concessione delle “misure alternative” alle detenzione, e in genere di tutti i c.d. benefici penitenziari, a risultare assolutamente “incompatibile” col principio di “stretta legalità” della pena*. Ora, presupponendo logicamente l'idea di un *“bilanciamento”* tra interessi, sia pure apparentemente contrapposti, la possibilità di un loro *“contemperamento”*, ne discende che *parlare di “incompatibilità” significa prendere atto che un principio prevale incondizionatamente sull'altro*. E ciò, ripeto, anche ammesso – e non concesso – che il principio di legalità, comportando la *“certezza”*, e quindi la *“garanzia”*, dei rapporti giuridici in via generale e astratta, nel nostro caso addirittura penali, non debba essere ritenuto quello che deve comunque prevalere. *Paradossalmente* è invece il principio di *“rieducazione”* della pena, specie in fase esecutiva, a porre nel nulla qualunque tipo di esigenza connessa alla legalità (stretta) della reazione punitiva, *facendo pendere la “bilancia” esclusivamente a favore del reo condannato*.

Come però ripeto anche dalla stessa Corte costituzionale, c'è nella nostra Costituzione vigente un *“nucleo” di principi-base assolutamente inderogabili* (i famosi *“controlimiti”* indicati nella sentenza sul caso Taricco; principi che dunque non sarebbero nemmeno derogabili attraverso lo stesso procedimento ordinario di revisione costituzionale: Corte cost., sent. 31 maggio 2018 n. 115); e il principio di *“stretta legalità dei reati e delle pene”* è sicuramente tra questi, posto che alla base di tutto il *“sistema di garanzie”* individuali delineato dal Costituente deve logicamente esservi *anzitutto proprio la “garanzia” della “libertà personale”* (dal momento che l'esercizio di qualunque altro diritto fondamentale o di libertà o anche diritto soggettivo *“comune”* presuppone necessariamente la sua affermazione; o comunque dovendosi riconoscere che, senza di esso, l'esercizio di altri diritti fondamentali risulta logicamente quantomeno *“compresso”*).

Onde, a mio avviso, una *sicura “preminenza” di detto principio* – che, si ricordi, proprio per la sua assoluta importanza, *“centrale”* nel sistema costituzionale, può essere legittimamente attuato solo attraverso la *“legge formale dello Stato”* (artt. 13 comma 2, 25 comma 2 e 117 comma 2 lett. 1 Cost.) –, *preminenza che impone allora di leggere il principio “rieducativo” in modo “non incompatibile” con quello di “stretta legalità” delle “pene”*. Il che potrebbe avvenire –

se *non* vi fossero altri principi di rango, direttamente o indirettamente, costituzionale, come subito vedremo – stabilendosi da parte del legislatore, *una volta per tutte e in via, oltre che “generale”, “astratta” e “predeterminata”,* almeno per reati non gravissimi e per soggetti non “pericolosi”, che *una parte* della pena detentiva debba essere scontata in ambiente non carcerario, attraverso una “esecuzione progressiva”, fondata anzitutto sul ricorso a “misure alternative” alla detenzione, che rimetta “gradualmente” il condannato in ambiente libero (ad es., potendosi prevedere che metà della pena detentiva concretamente applicata debba necessariamente essere scontata in carcere, un altro quarto in regime di semilibertà e l’ultimo quarto in un regime di libertà controllata).

Ciò però, ripetesi, *secondo una disciplina che dovrebbe valere per tutti i condannati e per tutti i tipi di reato* (almeno, come detto, per quelli *non gravissimi* – da escludere dunque in via “eccezionale” – e laddove si tratti di soggetti comunque *non pericolosi*), togliendo quindi ogni “discrezionalità” – oggi, ripetesi, in realtà “arbitrio” – all’autorità giudiziaria. Solo questa soluzione, e sempre a volere ammettere anche le “misure alternative” come “modalità concrete di esecuzione” della pena detentiva, garantirebbe la “legalità della pena”, non solo sotto il profilo delle “fonti”, ma anche e soprattutto sotto i profili di “garanzia”, connessi alla dimensione “generale” della “tassatività” del sistema penale nel suo complesso, della *certezza dei reati, certezza dei processi, certezza della pena.*

A parte dunque il sicuro contrasto col principio di stretta legalità delle pene di tutte le forme di “discrezionalità” (*rectius*: “arbitrio”) attribuite oggi dalla legge sull’ordinamento penitenziario alla magistratura di sorveglianza in sede di esecuzione della pena detentiva, in particolare con riferimento alla “gestione” concreta delle “misure alternative”, occorre tuttavia evidenziare come sia comprensibile che tale arbitrarietà giudiziale non venga in genere adeguatamente sottolineata, non solo perché – diciamo senza remore e infingimenti – espressione di una precisa “ideologia penale” di matrice politica c.d. “progressista” (tendenzialmente “indulgenzialista” e “perdonista”, almeno verso certe categorie di delinquenti, magari appartenenti alla c.d. “microcriminalità”, composta da soggetti socialmente sfavoriti), ma anche perché va comunque sempre “a vantaggio” del reo (migliorandone, per definizione, la posizione penitenziaria).

Dimenticandosi così però che il diritto penale, come “uso formalizzato della forza” rimesso “monopolisticamente” nelle mani dello Stato per la “difesa della società” nei confronti di offese giudicate intollerabili in una certa collettività in un dato momento storico, e di cui il legislatore si fa politicamente interprete, in quanto realizzate nei confronti delle “condizioni minime” di convivenza sociale (retro note 133 e 323), deve tutelare non solo l’autore del reato, *ma anche la “persona offesa”.* E proprio a questo obiettivo, *politico prima che giuridico,* di primaria importanza per l’esistenza stessa (e il mantenimento delle condizioni di esistenza) di una collettività organizzata a Stato, è finalizzato il principio di “stretta legalità” non solo dei reati, *ma anche delle pene:* spetta infatti al legislatore penale, *e solo a lui,* in quanto unica espressione politica democraticamente legittimata, *stabilire il “punto di equilibrio” tra le due opposte esigenze di tutela di chi “delinque” e di chi è “offeso” dal delitto.* In particolare, nella prospettiva legislativa astratta, stabilendo se e fino a che punto certi “beni” siano “meritevoli” di tutela penale, e quindi da che momento la loro lesione costituisce un’offesa intollerabile da punire; e poi, una volta verificatasi la lesione di detto bene e quindi la commissione dell’illecito, tutelandosi non solo il “reo”, ossia l’autore del fatto di reato, da ingerenze arbitrarie da parte dei pubblici poteri, *ma anche la “persona offesa” nel suo diritto di “soddisfazione” per la lesione del suo interesse,* che non può essere dimenticata.

Dunque, si tratta alla fine *sempre di un problema di “prevenzione”:* di prevenzione di “offese di beni” di cui sono titolari certi soggetti; di prevenzione di “eccessi”, e quindi di offese in-

giustificate, nei confronti di chi dette persone ha offeso ledendo i loro interessi tutelati dall'ordinamento penale (del "diritto penale" come meccanismo di "minimizzazione delle violenze" parla esplicitamente, e giustamente, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 325-332).

Esigenza di "*difesa della persona offesa*", dunque, *anche in sede di applicazione e di esecuzione della pena*, una volta che la sua minaccia non ha sortito effetto, evidenziata non solo dalla logica della "certezza" del diritto e quindi della semplice esigenza di "reintegrazione dell'ordine giuridico violato", il che sarebbe di per sé già sufficiente dal punto di vista di un sentimento sociale di "giustizia" (oltre che di logica *giuridica*: la pena come "negazione" della "negazione" del diritto costituita dal delitto); ma oggi addirittura *anche normativamente imposta – direttamente dai Trattati internazionali* (art. 5 comma 1 CEDU; art. 9 comma 1 Patto internazionale sui Diritti civili e politici; art. 6 Carta dei Diritti fondamentali dell'UE) e dunque in via "indiretta" dalla stessa Costituzione per il rinvio operato dall'art. 117 comma 1 Cost. – dalla *espresa previsione della "sicurezza" come "contenuto" di un "diritto "fondamentale" di ogni persona* (accanto, non a caso, al "diritto alla libertà"), che spetta alla "forza coercitiva" di ciascun ordinamento giuridico statale, di cui il diritto penale rappresenta il "momento di chiusura" che ne garantisce l'"effettività", inderogabilmente tutelare. "*Diritto alla sicurezza*" con riferimento a tutti gli aspetti della "vita di relazione", che costituisce il *primo dei diritti fondamentali dell'uomo* (di cui si deve pertanto riconoscere anche la sua rilevanza "diretta" nella Costituzione alla stregua dell'art. 2 Cost.); primo, *in quanto "presupposto logico" di tutti gli altri diritti soggettivi*, posto che, senza di esso, tutti i diritti, anche se fondamentali, si ridurrebbero a vuote affermazioni di principio mancando della garanzia della effettività (se questa non viene assicurata dallo Stato attraverso il contributo di tutti i suoi organi). E di "sicurezza", accanto all' "ordine pubblico", parla *direttamente* anche la Costituzione all'art. 117 comma 2 lett. *h* quale oggetto di "riserva di legge statale" (come per la materia penale).

"Sicurezza" che deve essere, conseguentemente, *garantita* non solo nella fase della "comminatoria astratta" della pena (come minaccia), *ma anche successivamente*, in tutti i momenti in cui si articola l'istituto della sanzione penale, e quindi *anche in sede di "applicazione" e, soprattutto, di "esecuzione" della pena stessa*.

In tal modo, il diritto penale appare finalizzato, come detto, alla "minimizzazione della violenza" e alla "tutela del più debole" (FERRAJOLI, *loc. ult. cit.*): occorre dunque guardare, necessariamente, sia al lato della tutela dell'"autore" del fatto di reato, sia al lato della tutela della "persona offesa". Ciò sempre, in qualunque momento di regolamentazione giuridica della pena: comminatoria editale, applicazione in concreto, esecuzione. Quindi *la pena minacciata va sempre applicata ed eseguita* (a meno che non si entri in una ipotesi, che deve essere comunque sempre prevista astrattamente dal legislatore, in cui l'applicazione e/o l'esecuzione concreta della pena non risulti più necessaria o opportuna, ritenendosi eccezionalmente "prevalente" la tutela del reo in quanto la soddisfazione della società deve ritenersi già avvenuta *altrunde*); altrimenti, senza la effettiva tutela della persona offesa, lo Stato non garantirebbe il *ne cives ad arma ruant* e quindi la "pace sociale" (sua ragione, politica prima che giuridica, di giustificazione e legittimazione; finalità "ultima", e quindi "indiretta", di tutte le altre finalità della pena e in genere di tutte le sanzioni giuridiche).

Dunque, la pena minacciata va applicata ed eseguita non solo per garantire la "serietà" dell'ordinamento, oltre la sua efficacia generalpreventiva, *ma per la "tutela" effettiva della "persona offesa" e quindi, in ultima analisi, per garantire la "sicurezza" della collettività* (= funzione di "difesa sociale"). Breve: la pena detentiva minacciata non può non essere applicata e/o eseguita in concreto sempre come pena "carceraria" a causa di una – ritenuta esclusiva –

conseguente, inevitabile, “incertezza” di ciò che, in concreto, costituisce *contenuto* della sanzione ancora *nominalmente* indicata come “pena *detentiva*”, con palese violazione del principio costituzionale – che costituisce altresì contenuto di un “diritto fondamentale” dell’uomo<sup>326</sup> – di “stretta legalità-tassatività” della pena criminale, principio sorretto, ancor prima che dalla “garanzia di giurisdizione” (art. 13 comma 2 Cost.), da quello della “riserva assoluta di legge statale” e di “irretroattività” (artt. 13 comma 2 e 25 comma 2 Cost.). Nel senso, in particolare, che *anche il “contenuto”* in cui si sostanzia

“finalità” di “rieducazione” del reo come “unico” scopo costituzionalmente previsto della pena criminale.

In quest’ottica dunque l’applicazione ma, soprattutto, la esecuzione della pena detentiva in concreto debbono essere viste *come un “bene”*, non solo in una prospettiva “morale”, ma *in una logica “utilitaristica” per la “sicurezza” della società*. *Sicurezza* dunque da intendere *anche come “difesa dell’ordine giuridico” attraverso la sua “reintegrazione”*.

Il che, mi sembra, imponga allora di *riedere integralmente l’intero sistema dell’ordinamento penitenziario*, individuando quei *meccanismi di “trattamento”* che, tenendo conto anche delle esigenze di “sicurezza-difesa” della persona offesa dal reato, possano, *in un vero giudizio di “bilanciamento”* dei contrapposti interessi, *garantire adeguatamente le esigenze di rieducazione del condannato in funzione di un suo effettivo recupero sociale* e quindi, in ultima analisi, del soddisfacimento delle istanze di “prevenzione speciale”; *ma senza dimenticare anche quelle di “prevenzione generale”*, *garantite* non da un – inammissibile in quanto costituzionalmente illegittimo *ex art. 27 comma 1 Cost.* – aggravamento delle condizioni penitenziarie del reo come “monito” per gli altri consociati, ma solo, e semplicemente, *già da quella forma di “stabilizzazione” e quindi di “fiducia” dei consociati nell’ordinamento costituita dalla “certezza” della pena anche nei momenti della sua concreta applicazione ed esecuzione* (eventualmente, predeterminandosi, *ma per tutti, in via generale e astratta*, solo una quota di pena tendenzialmente da scontare fuori dall’ambiente carcerario, per “riavvicinare” il reo a una condizione di piena libertà, attraverso il ricorso ad un sistema di misure alternative semplificato e “razionalizzato” secondo un disegno logico di “progressione afflittiva”; quota che comunque deve *garantire che la maggior parte della pena detentiva da eseguire verrà effettivamente scontata in carcere*, assolutamente *illegittima*, per la ragioni sopra esposte, essendo viceversa la previsione di qualunque meccanismo di misura alternativa che, come avviene a diritto attualmente vigente, consenta di scontare tutta o quasi la pena “detentiva” fuori dell’ambiente carcerario, come l’affidamento in prova e la detenzione domiciliare, almeno in certe loro tipologie, oltretutto sulla base, come visto, di giudizi empiricamente non verificabili).

In questa prospettiva dunque il legislatore ordinario ha – per usare una terminologia precisa – *politicamente l’“obbligo” e normativamente l’“onere”* di provvedere ad individuare un sistema penitenziario, e prima ancora commisurativo della pena, “adeguato” a soddisfare, contemperandole, le due esigenze, logicamente contrapposte, di “recupero sociale del condannato” attraverso un’opera – *eventuale*, in quanto solo se da lui accettata o richiesta – di rieducazione e, contestualmente, di “tutela della persona offesa”, in modo da garantire la “certezza” del diritto e della pena e quindi l’*“uguaglianza di tutela” di tutti gli interessi contrapposti*; tutti, si sottolinea, costituzionalmente meritevoli di protezione. “*Sicurezza giuridica*” che dunque, concretandosi nella “certezza della pena”, si rivela *intimamente collegata, a sua volta, con lo stesso principio di “stretta legalità”*.

<sup>326</sup> Note 325 e 596.

la pena criminale da eseguire in concreto *deve* essere rigorosamente “*predeterminato*” in modo chiaro e “*tassativo*”, secondo una valutazione di opportunità politica spettante, nel nostro ordinamento costituzionale, esclusivamente al legislatore, come espressamente disposto sempre dall’art. 13 comma 2 Cost. laddove afferma che ogni «restrizione» della libertà personale deve avvenire «*nei soli casi e modi previsti dalla legge*»<sup>327</sup>. Il che però non avviene.

Questa palese violazione del principio di stretta legalità con riferimento, in particolare, sia alla preventiva individuazione delle effettive “modalità esecutive” in cui si sostanzia la pena criminale (concretamente da eseguire), sia con riferimento alla sua effettiva durata, viene da sempre “giustificata” (se non addirittura ignorata) sulla base dell’esistenza di un altro principio costituzionale, quello della “rieducazione del condannato” (art. 27 comma 3 Cost.), anch’esso considerato espressione di un “diritto fondamentale” della persona (fra l’altro, a sua volta, strettamente collegato all’ulteriore principio della “umanizzazione della pena” dallo stesso art. 27 comma 3 Cost, quando afferma anzitutto che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»)<sup>328</sup>, dal quale viene tratta come logico corollario l’idea della necessaria “individualizzazione” del “trattamento sanzionatorio penale-penitenziario” sulla base di una «osservazione scientifica della personalità» del reo detenuto (art. 13 comma 2 ord. penit.); trattamento che deve essere a sua volta “progressivo” in vista della liberazione del condannato (rieducato) e di cui le “misure alternative” alla detenzione carceraria costituiscono il momento centrale di attuazione (potendo addirittura impedire lo stesso ingresso in carcere di un soggetto condannato a pena detentiva, pena detentiva a sua volta non direttamente sostituita dal giudice di cognizione: si pensi ad es. all’affidamento in prova al servizio sociale e a certe tipologie di detenzione domiciliare). Con l’ulteriore inevitabile conseguenza, allora, che detta “individualizzazione della pena” da eseguire in concreto non può allora che essere logicamente rimessa, come detto, alla “discrezionalità” di un magistrato (discrezionalità che in realtà, per l’assoluta mancanza di criteri vincolanti predeterminati per l’esercizio di detto potere, si risolve di fatto *sostanzialmente* in assoluto arbitrio)<sup>329</sup>. Questa linea

<sup>327</sup> Termine “modi” da intendere sia come “modalità procedurali” per l’applicazione e l’esecuzione della pena, sia come concrete “modalità di esecuzione” della pena detentiva: vedi anche retro nota 325 e infra cap. II, 1.

<sup>328</sup> Principi di rieducazione-risocializzazione del condannato e di divieto di pene “inumane e degradanti” ribaditi anche da trattati internazionali ratificati dall’Italia: vedi retro nota 117 e infra cap. III, 2.4 lett. c.

<sup>329</sup> Per la distinzione tra “discrezionalità” e “arbitrio”, e per la “pseudo-motivazione” che

di politica criminale penitenziaria, perseguita ininterrottamente a livello di diritto positivo dal 1975 (specie attraverso un continuo e sempre più massiccio ricorso alle misure alternative alla detenzione, sia ampliandone i presupposti applicativi, sia creandone sempre nuove tipologie, con conseguenti problemi anche di loro sovrapposizione) non tiene conto anzitutto del fatto che, anche ammesso che i due principi costituzionali di “stretta legalità” della previsione della pena e di “rieducazione del condannato” debbano ritenersi fra loro equiordinati e quindi normativamente equivalenti, è allora comunque necessario un loro reciproco coordinamento e temperamento. Il che imporrebbe allora di leggere il principio della rieducazione del condannato in modo *non incompatibile* con quello di stretta legalità-tassatività della pena criminale (anche con riferimento alle modalità della sua esecuzione); in particolare, volendosi mantenere il sistema delle misure alternative alla detenzione, stabilendo *in via generale e astratta* e in funzione del trattamento progressivo l’applicabilità, *per tutti indistintamente i condannati a pena carceraria* (quantomeno per quelli non pericolosi) e – almeno tendenzialmente – *per tutti i tipi di reato*, dopo un congruo periodo di detenzione (che potrebbe in ipotesi essere corrispondente alla metà della pena inflitta) il passaggio dapprima ad una misura semidetentiva per poi passare, nell’ultima fase di esecuzione della pena, ad una misura di libertà controllata-vigilata (secondo tuttavia una “proporzione” predeterminata *uguale* per tutti i delinquenti e per tutti i reati). E senza dimenticare poi, sempre in funzione del raggiungimento dell’obiettivo finale della rieducazione-risocializzazione del reo, l’obbligo per lo Stato di “offrire” a tutti condannati detenuti la possibilità di utilizzare il tempo trascorso in carcere per studiare o imparare un mestiere.

Anche così ragionando, non ci si può tuttavia dimenticare, come viceversa avviene normalmente, che gli stessi trattati internazionali prevedono un altro “diritto fondamentale” della persona, quello alla sua “sicurezza” (non a caso affiancato a quello della libertà personale su cui incide la pena carceraria)<sup>330</sup>; per cui la circostanza che la pena “deve tendere alla rieduca-

---

in realtà accompagnerebbe il provvedimento di concessione della misura alternativa, vedi retro nota 325 e infra nota 914.

<sup>330</sup> Affiancano al diritto fondamentale individuale della “libertà” quello, altrettanto fondamentale, alla “sicurezza”, posto che senza sicurezza individuale e collettiva non si può parlare di “tutela” degli altri diritti soggettivi (dalla vita, all’incolumità individuale, al patrimonio), l’art. 5 comma 1 CEDU: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. ...»; l’art. 9 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici: «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona. ...»; l’art. 6 Carta dei diritti fondamentali UE: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza». Su come questo “diritto

zione del condannato” non può comunque prescindere dal considerare come la certezza e la tassatività nell’esecuzione della stessa pena deve *contestualmente* garantire adeguatamente *anche la effettiva tutela della “persona offesa”* il cui diritto fondamentale alla “sicurezza” è stato appunto leso dalla commissione del reato. Non mi sembra infatti neppure un caso che i suddetti trattati internazionali affianchino il diritto fondamentale alla “libertà” (il cui “recupero”, fra l’altro, interessa al detenuto) al diritto fondamentale alla “sicurezza”; sicurezza dei singoli senza la quale non possono essere adeguatamente garantite proprio quelle “condizioni minime” per l’esistenza di qualunque società e per il mantenimento della “pace sociale” che costituisce il fine stesso di giustificazione dell’esistenza di qualunque società giuridicamente organizzata a Stato, ordinamento “originario” di cui il diritto penale e il suo strumento di attuazione rappresentato dalla pena criminale costituiscono il “momento di chiusura”<sup>331</sup>. “Sicurezza”, che a sua volta è anche sinonimo di “certezza” nei rapporti giuridici, che deve essere, conseguentemente, “garantita” dallo Stato non solo nella fase della “comminatoria astratta” della pena (come minaccia), *ma anche successivamente*, in tutti i momenti in cui si articola l’istituto della sanzione penale e quindi anche in sede di “applicazione” e, soprattutto, di “esecuzione” della pena criminale stessa in funzione della effettiva tutela della persona offesa dal reato.

#### 16. *Giustificazione costituzionale delle ipotesi di “non punibilità”*

Un ulteriore problema estremamente delicato che investe tutte le ipotesi di “esclusione della pena”, ossia di “non punibilità”, è il seguente: come si può spiegare – o meglio: razionalmente *giustificare*, anzitutto dal punto di vista della *legittimità costituzionale*, la circostanza – che, nonostante la realizzazione di un “fatto di reato” commesso “colpevolmente” (e in presenza degli ulteriori requisiti richiesti per l’integrazione della “fattispecie di punibilità”), *può non seguire in concreto l’applicazione (e la conseguente esecuzione) della pena*, pur personalmente “meritata” dal suo autore?

Seguendo infatti l’idea della dottrina dominante, data la commissione di un fatto costitutivo di reato e in presenza degli ulteriori requisiti richiesti dalla fattispecie di “punibilità”, l’autore di detto fatto di reato “*deve essere*”

---

fondamentale” incida sulla stessa esecuzione della pena in funzione della effettiva tutela della “persona offesa” dal reato vedi *amplius* retro nota 325.

<sup>331</sup> Retro note 113 e 323.

punito. Dunque, *nullum crimen sine poena*<sup>332</sup>.

Se tale affermazione fosse esatta (nel senso della *necessaria, sia pure dal punto di vista della "causalità normativa"*), applicazione prima ed esecuzione dopo della pena prevista dalla legge *in ogni caso* di commissione di un certo fatto di reato), sarebbe allora senz'altro corretta *anche* la conclusione che, in tutti i casi di "non punibilità", occorrerebbe trovare una corrisponente "giustificazione razionale" in grado di garantire la "parità" di trattamento tra tutti gli autori dello stesso fatto di reato. Breve: si tratterebbe di trovare, di volta in volta, una *ratio* in grado di evidenziare la "*ragionevolezza*" di ciascuna situazione prevista da una causa di "non punibilità" tale da garantire il rispetto del principio costituzionale di "uguaglianza"; nel senso che, se a fronte di situazioni che presentano requisiti fondamentali comuni va applicata la stessa disciplina, di fronte a situazioni diverse vanno applicati trattamenti diversi.

Sicché ben potrebbe – anzi: dovrebbe – l'ordinamento penale, di fronte agli autori dello *stesso* fatto di reato, ma commesso in contesti situazionali *diversi*, pervenire a trattamenti diversi; fino ad arrivare ai due estremi della "punibilità" (piena) e della "non punibilità", passando per la "diversa punibilità" a seconda della "diversa gravità" del reato (= maggiore o minore "gravità" del fatto di reato, come evidenziato nel nostro sistema – oltre che dai criteri di commisurazione della pena in concreto tra il minimo e il massimo – anche dal meccanismo delle circostanze "aggravanti" e "attenuanti").

Con riferimento, in particolare, alla categoria delle "cause di non punibilità"<sup>333</sup>, posto però che essa, come sappiamo, non ha carattere "unitario",

<sup>332</sup> Mi sembra che, al fondo di questa idea tuttora largamente diffusa in dottrina ma soprattutto nella prassi giudiziaria, stia l'idea della "retribuzione", in particolare più che nella versione kantiana in quella hegeliana della "retribuzione giuridica", e quindi di "giustizia", secondo cui la "pena", in quanto "negazione della negazione" del diritto, ossia del "delitto", è logicamente necessaria per ristabilire l'ordine giuridico violato. Ovviamente, parlando qui di *nullum crimen sine poena* si fa riferimento al caso in cui si sia *concretamente* realizzato un fatto *corrispondente* ad una ipotesi tipica di reato; la formula mantiene viceversa tutta la sua validità laddove sia intesa nella sua dimensione esclusivamente "astratta", nel senso che nessun fatto può essere qualificato come "reato" se la norma incriminatrice non ricollega ad esso, astrattamente, una sanzione qualificabile come "pena criminale", ossia *non ci può essere astrattamente previsione di un "reato senza pena"*. In questo senso vedi infatti PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., pp. 669-672. Vedi anche retro cap. I, 1. Ciò in quanto un "fatto" – meglio: un "atto" – è normativamente qualificabile come "illecito" solo se ad esso l'ordinamento ricollega come conseguenza un *quid* previamente qualificabile come "sanzione"; per cui non ci può essere "reato" se *astrattamente* non è prevista una "pena criminale": retro cap. I, 2 e 5.

<sup>333</sup> A ben vedere, un discorso analogo andrebbe fatto anche per le "circostanze del reato",

ma ha solo un valore “descrittivo” della “conseguenza” di “non punibilità” in presenza di certe situazioni, ma non “esplicativo” del “perché” di detta non punibilità, lasciando quindi senza risposta la domanda più importante, ossia la individuazione della “natura giuridica” di *ciascuna* causa di non punibilità (risposta da cui dipende altresì l’individuazione della “disciplina” di volta in volta applicabile), muovendo dal principio del *nullum crimen sine poena* sarebbe allora logicamente necessario – come detto – individuare la “ragionevolezza” della previsione normativa di ogni ipotesi che, nell’ordinamento penale italiano, comporta la “non punibilità” dell’autore di un fatto che, *in sua “mancanza”*, sarebbe viceversa punibile.

A parte quelle situazioni di fatto costitutive di “cause di non punibilità” la cui “presenza” determina, a monte, la stessa “*non integrazione*” del “fatto tipico” di reato per “mancanza” di uno o più dei suoi elementi “essenziali-costitutivi positivi” (ad es., l’intervento tra la condotta e l’evento di fattori eccezionali sopravvenuti, che esclude un nesso di imputazione oggettiva del fatto; o l’errore sul fatto materiale, che esclude il dolo; o il caso fortuito che esclude qualunque criterio soggettivo di imputazione<sup>334</sup>: siamo qui in presenza, strutturalmente, di elementi “negativi-impeditivi” o senz’altro di elementi “negativi in senso proprio” del “fatto” di reato), ovvero i casi in cui la non punibilità discende – oltre l’ipotesi, più “radicale”, della “non previsione” del fatto come reato ad opera della “legge” – dalla “non validità” della “legge” (meglio: “norma incriminatrice”) che prevede quel fatto, o per sua intervenuta abrogazione o per sua inapplicabilità “spaziale”<sup>335</sup>; il

---

per ciascuna delle quali si dovrebbe individuare la “ragionevolezza” (nel senso della “ragione giustificativa”) di un “aggravamento” o di una “attenuazione” del trattamento sanzionatorio previsto per il reato c.d. “base”. Anche se – a parte le ipotesi in cui ciò si risolve in un inequivoco contrasto con una regola di rango superiore alla legge – mi sembra evidente che una valutazione “normativa” di maggiore o minore “gravità” di un certo reato, ricadendo nella sfera esclusiva della “opportunità politica” del legislatore, non potrebbe di per sé, in quanto tale, essere oggetto di alcun sindacato di costituzionalità: in questo senso, vedi, in modo chiaro e definitivo, l’art. 28 legge 11 marzo 1953 n. 87. Sul ricorso, viceversa, della Corte costituzionale proprio al criterio della “ragionevolezza” – basato su un’interpretazione dell’art. 3 Cost. a mio avviso abnorme alla luce delle attribuzioni di quest’organo – per entrare nel “merito” delle “scelte politiche” del Parlamento (che le sarebbe viceversa inibito), vedi retro nota 87.

<sup>334</sup> Sull’esatta portata dell’art. 45 c.p. (secondo cui «Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore»), come “disposizione di chiusura” dell’intero sistema della “imputazione soggettiva” del reato, si rimanda a TRAPANI, *La divergenza tra il “voluta” e il “realizzato”*, cit., p. 61 ss.

<sup>335</sup> Vedi infra cap. III, 2.2. Si ricordi come l’*abolitio criminis* debba valere anche per i fatti commessi *prima* dell’abrogazione della norma incriminatrice per garantire quella *esigenza di “giustizia”* che sta dietro il principio costituzionale di uguaglianza (retro nota 87); quanto

problema della legittimità costituzionale della “non punibilità” si pone evidentemente, in particolare, solo per le “cause di giustificazione”, le “cause personali di esenzione da pena” e per tutte le situazioni di “non punibilità sopravvenuta” (*scil.*: alla commissione del reato).

Quanto alle “cause di giustificazione”, è oggi pacificamente accolta in dottrina l’affermazione secondo cui si tratterebbe di situazioni la cui presenza rende *ab origine* “lecito” (meglio: *penalmente* lecito)<sup>336</sup> un fatto che, altrimenti (= *senza di esse*), *sarebbe*, di per sé considerato, costitutivo di reato. A parte che, se in concreto, *in presenza* di una di quelle situazioni, il fatto *non* è comunque costitutivo di reato, occorre allora guardare a quella che “è” la situazione normativa *globalmente considerata*, e non a quella che “sarebbe” in mancanza di detti elementi<sup>337</sup>, qui la “non punibilità” discende pacifica-

---

poi alla efficacia retroattiva della declaratoria di illegittimità costituzionale di qualsiasi norma e quindi anche di quella penale incriminatrice, è la stessa Costituzione a stabilirla all’art. 136 comma 1 Cost. (vedi anche l’art. 30 comma 4 legge 11 marzo 1953 n. 87: «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»). Nel senso che anche la norma “abrogata” perde la sua “validità” e quindi “applicabilità” vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 86 ss. In particolare, per la distinzione tra “invalidità originaria” (incostituzionalità) e “invalidità sopravvenuta” (abrogazione) si veda ID., *op. ult. cit.*, pp. 87-88 e nota 35.

<sup>336</sup> A differenza di quanto ritiene la dottrina “tripartita”, che riconduce le cause di giustificazione a “norme di liceità” dell’intero ordinamento (retro note 27 e 212), essendo viceversa il concetto di “causa di giustificazione” una *categoria meramente formale* (indicativa di situazioni che costituiscono *mere* “modalità della condotta” integrativa del fatto di reato, la cui presenza determina la “non punibilità” in conseguenza della *liceità ab origine* del fatto realizzato), si deve sottolineare come, accanto a cause di giustificazione valide per l’intero ordinamento, esistano *anche cause di giustificazione che determinano la liceità del fatto solo dal punto di vista penale* (si pensi ad es. alla “causa di non punibilità” prevista dall’art. 384 comma 1 c.p.; nel senso che si tratti di una “causa di giustificazione” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 361 e MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità*, cit., *passim*). Sul punto vedi *ampius* infra cap. II, 3.

<sup>337</sup> È lo stesso errore dommatico che la dottrina (non solo penalistica) normalmente fa analizzando i rapporti tra “norma generale” e “norma speciale”, laddove ritiene che la norma generale ricomprenderebbe *anche* tutti i casi riconducibili sotto l’ambito applicativo della norma speciale (graficamente: A+B; A+B+C). Nel senso viceversa che, nella relazione di specialità, le due norme sono tra loro in un rapporto strutturale di “incompatibilità”, dal momento che l’“elemento specializzante” costituisce “elemento negativo implicito” della fattispecie “generale” (ad es., posta la fattispecie X i cui elementi costitutivi sono A+B+C, se C è elemento specializzante rispetto alla fattispecie generale Y, quest’ultima deve rappresentarsi come costituita dai requisiti A+B–C) si veda TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 224 ss. e anche retro nota 11 e infra cap. IV, 2 lett. a. Sostanzialmente nello stesso senso FERRAJOLI, *Principia iuris. 1. Teoria del diritto*, cit., p. 72 nota 17.

mente, ancora una volta, dalla “*mancata integrazione*” del “reato”; e ciò a prescindere dalla collocazione “sistematica” da assegnare alle cause di giustificazione, secondo che si accolga dommaticamente la concezione “tripartita” o “bipartita” del reato, ossia se elementi la cui presenza esclude la “antigiuridicità” (oggettiva) del fatto<sup>338</sup> o se, senz’altro, si tratta di “elementi negativi” dello stesso fatto (come dovrebbe essere nel sistema italiano data la presenza dell’art. 59 ultimo comma c.p.). Senza contare a sua volta come tutto ciò che, dal punto di vista della normativa applicabile, contribuisce alla (esatta) individuazione di un “tipo” di illecito e quindi alla “dimensione normativa” di un certo fenomeno come “reato”, comprensiva quindi *anche dei suoi “limiti”*, costituisce oggetto di una valutazione di mera *opportunità politica* del legislatore, come tale insindacabile anche dalla stessa Corte costituzionale (arg. *ex art.* 28 legge 11 marzo 1953, n. 87; a meno, ovviamente, che non si ponga in contrasto diretto con una disposizione di rango costituzionale o, comunque, supralegislativa)<sup>339</sup>.

E ovvio allora che il problema della legittimità costituzionale della “non punibilità” ruota anzitutto intorno alle fattispecie delle *cause “sopravvenute” di non punibilità*.

A questo proposito occorre in primo luogo *distinguere* tra le ipotesi nelle quali l’accertamento della esistenza del fatto di reato costituisce *presupposto* per l’operatività della causa di non punibilità sopravvenuta (come ad es. la ritrattazione nella falsa testimonianza o la desistenza volontaria nel tenta-

<sup>338</sup> Occorre tuttavia ricordare come, per coloro che muovono dalla concezione “tripartita” degli elementi del reato, essendo le “cause di giustificazione” (la cui presenza esclude il requisito della “antigiuridicità oggettiva” del “fatto tipico” di reato) previste da *norme “autonome” di liceità* valevoli per l’intero ordinamento giuridico (infra cap. II, 3 e note 27, 212 e 415), appare allora necessario individuare anche la *ratio*, e quindi la “ragionevolezza”, della loro “prevalenza” rispetto alle norme penali incriminatrici. Ora, mentre per i tripartiti/quadrupartiti la loro “prevalenza” si fonda sulla considerazione, logicamente preliminare, che si tratterebbe di *norme strutturalmente “speciali”* rispetto a quelle penali-incriminatrici (così nella dottrina italiana, sulla scia dell’insegnamento di Beling, per tutti FIAN-DACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 162 ss.; anche MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 316-317; ancora più chiaramente C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Milano, Utet-Wolters Kluwer, 2020, p. 332), si deve viceversa a sua volta ricordare come, per parte autorevole della dottrina “bipartita” (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 102, 283, 300 e 310; GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 376), le “disposizioni” che prevedono “cause di giustificazione” – almeno quelle contenute nella “parte generale” del codice penale – prevarrebbero in quanto espressione di “*principi generali*” dell’ordinamento (*vim vi repellere licet, necessitas non habet legem, qui iure suo utitur neminem laedit*, ecc.).

<sup>339</sup> Si pensi, per tutti, ai c.d. “reati di opinione”, sicuramente incostituzionali alla stregua dell’art. 21 Cost.

tivo) da quelle nelle quali *si prescinde* da un previo accertamento dell'esistenza del reato, limitandosi la causa di non punibilità sopravvenuta a costituire in capo all'organo giudicante solo il dovere di "non procedere" ulteriormente, evidenziandone la natura squisitamente "processuale" (come avviene ad es. con le c.d. cause "estintive del reato" che intervengono *prima* della condanna definitiva, quali ad es. l'amnistia c.d. "propria" e la prescrizione; anche se occorre sempre ricordare come, non esistendo la possibilità di "punire", ossia di applicare una pena criminale, "fuori" del processo *penale*, l'impossibilità di procedere determini, come conseguenza inevitabilmente connessa, anche la *definitiva* "non punibilità" del *presunto* o forse meglio: dell'*ipotetico* – arg. *ex art. 27 comma 2 Cost.* – autore del fatto di reato<sup>340</sup>).

Fermo allora che – come sappiamo – tutte, indistintamente, le ipotesi di "non punibilità sopravvenuta" vanno dommaticamente qualificate, nell'ordinamento italiano, come "cause estintive del reato" posto che se ne deve comunque applicare la relativa "disciplina" (in quanto unica *compiutamente* prevista per le ipotesi sopravvenute di non punibilità a livello codicistico)<sup>341</sup>, il problema diventa allora – a prescindere dalla loro diversa *ratio* – quello di individuare la legittimità costituzionale o meno della loro previsione come categoria generale e, in particolare, di ciascuna di esse.

Una tale domanda, a ben vedere, ha però una seria ragione di porsi solo muovendo dal presupposto che non vi può essere reato senza pena (*nullum crimen sine poena*). Se infatti, data l'esistenza di un fatto di reato (e degli altri presupposti costitutivi della fattispecie di punibilità che individuano la "meritevolezza" della sanzione), la "regola" è che debba conseguirne la relativa "pena", il problema diventa allora "giustificare" la "razionalità" (da intendere come "ragionevolezza") delle scelte legislative di "non punibilità" costitutive di "eccezione" a detta regola, in modo da garantire la "parità di trattamento" tra cittadini; nel senso che la "diseguaglianza" risulti, appunto, "ragionevole" in considerazione della "diversità" dei rispettivi presupposti. "Eccezionalità" della "non punibilità" che, con riferimento, in particolare, alle "cause estintive del reato", ha conseguentemente da sempre indotto la maggioranza della dottrina – non a caso, e sia pure con diverse argomen-

<sup>340</sup> Di "estinzione" dell'"ipotesi di reato", e conseguentemente del "dovere di punire", in particolare a proposito dell'amnistia propria, parla F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 665 ss. *passim*, spec. p. 670 ss.

<sup>341</sup> Vedi retro cap. I, 11. Distinguendo viceversa le "cause sopravvenute di non punibilità" dalle "cause estintive del reato" non ne applica, conseguentemente, la relativa "disciplina", G. ZICCONI, *Le cause «sopravvenute» di non punibilità*, Milano, Giuffrè, 1975, *passim*.

tazioni – ad escludere la possibilità di estendere *analogicamente* le norme che le prevedono, nonostante si tratti indiscutibilmente, data la loro efficacia estintiva della punibilità, di norme “di favore”<sup>342</sup>.

Secondo questa impostazione, che muove come visto da una relazione “regola” (= punibilità) – “eccezione” (= non punibilità), si tratterebbe allora di vedere, in primo luogo, se *ciascuna* ipotesi di “non punibilità” (in particolare, per quanto ora qui ci interessa, “sopravvenuta”) risponda ad una *ratio* di “ragionevolezza”, in grado di “giustificarla” (e quindi “legittimarla”) dal punto di vista costituzionale della parità di trattamento.

Ferma la sicura “ragionevolezza” della *ratio* di “non punibilità” che sta dietro anzitutto a istituti come quelli (ma non solo) dell’amnistia e della prescrizione<sup>343</sup>, altrettanto “ragionevoli” sono poi tutte le ipotesi di “non

<sup>342</sup> Vedi in particolare GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 88-90 e VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 141 ss. Come stabilisce infatti l’art. 14 preleggi, «Le leggi ... che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

<sup>343</sup> Venendo, in particolare, ad una analisi di queste due situazioni di “non punibilità”, in primo luogo l’istituto dell’“amnistia”, quale causa estintiva del reato, è da ritenere di per sé “ragionevole” in quanto rispondente ad una *ratio* di “clemenza sovrana”, dettata quindi da *esigenze politiche di “ragioni di Stato”* per loro natura logicamente “eccezionali”. Semmai alcuni dubbi potrebbero porsi per quelle amnistie non dettate da esigenze, ad es., di “pacificazione nazionale” (magari dopo una guerra civile o altro grave conflitto armato interno; per la distinzione, importantissima sul piano del diritto internazionale penale, tra amnistie finalizzate alla “pacificazione nazionale” e le c.d. “auto amnistie” v. TRAPANI, *Derecho penal y postconflicto. Pocas palabras, pero claras, en materia del recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia*, in *Cuadernos de Derecho penal, Derecho penal y Paz*, n. 18, 2017, p. 142 ss.), ma solo da esigenze, pratiche e meramente contingenti, di sfoltimento delle carceri (per superare un grave stato di “sovrappollamento” carcerario) ovvero di “alleggerimento” del carico giudiziario in presenza di un numero abnorme di procedimenti penali pendenti. Trattandosi di puro e semplice “perdono”, “dimenticandosi” il reato commesso (o anche solo *ipoteticamente* commesso nel caso dell’amnistia c.d. “propria”), e quindi di un mero atto di “clemenza”, la ragionevolezza della non punibilità viene ulteriormente supportata dalla previsione, a livello costituzionale, di una procedura di adozione della legge di amnistia “più severa”, in quanto “rafforzata” dall’esigenza di una particolare maggioranza (due terzi dei membri delle Camere), rispetto a quella richiesta per le leggi “ordinarie” (art. 79 Cost.). In ogni caso, poi, la “ragionevolezza” e quindi la legittimità costituzionale dell’amnistia come causa estintiva della punibilità riposa proprio nella sua espressa e specifica previsione da parte della stessa Carta costituzionale all’art. 79.

Quanto alla “prescrizione” quale causa estintiva del reato, se il principio e dunque la regola generale fosse che ad ogni delitto *deve* necessariamente, e quindi inevitabilmente, seguire come sua conseguenza l’applicazione della pena (minacciata), non v’è dubbio anzitutto che il presupposto logicamente più coerente con tale affermazione del *nullum crimen sine poena* dovrebbe allora essere una concezione del “fine” della pena come “retribuzione” in una prospettiva “assoluta” di “giustizia” (anche sul piano “etico”). Se dunque la pena cri-

minale costituisca un fine “in sé” (come affermato dalle teorie “assolute” della pena), è chiaro che la prescrizione dei reati, comportando l’impunità del reo, sarebbe allora logicamente la sua “negazione” e dunque la sua “legittimità” sarebbe da escludere in quanto “irragionevole” rispetto a detto fine. E non è un caso che, sia pure muovendo da diverse prospettive filosofiche e ideologiche, alla conclusione della “imprescrittibilità” dei delitti – almeno di quelli più gravi ovvero se commessi da soggetti pericolosi irrecuperabili –, in quanto “conforme a giustizia” o alla “colpevolezza” come fondamento della pena, siano pervenuti non solo filosofi come Kant e Hegel, fautori delle teorie “assolute” della pena come “retribuzione” (rispettivamente, “etica” o “giuridica”) in funzione di una “giustizia” logicamente anch’essa “assoluta”, ma anche i rappresentanti della Scuola Positiva, fino ad arrivare agli esponenti del nazionalsocialismo. Così come, sempre non a caso, nel c.d. “diritto internazionale penale”, uno dei cui scopi fondamentali – insieme a quello di garantire «la pace, la sicurezza e il benessere del mondo» (*sic!*) (così, alquanto pomposamente, il terzo “considerato” del Preambolo allo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale) – è quello, anch’esso esplicitamente previsto nel Preambolo dello Statuto di Roma (quinto “considerato”), di «porre termine all’impunità degli autori» dei crimini internazionali, sia prevista la “imprescrittibilità” di detti crimini, non solo per la loro intrinseca “gravità”; evidenziandosi in tal modo come quello previsto dallo Statuto di Roma sia un diritto penale “eticamente orientato” in funzione del perseguimento di una “giustizia assoluta” e quindi sostanzialmente “retributiva” (vedi anche retro nota 184). Tutto ciò senza contare altresì – sempre muovendo dall’idea della pena come “retribuzione” – come la prescrizione (meglio: l’*aspettativa* della prescrizione) possa incidere anche sull’effetto “intimidatorio” della “minaccia” della pena astrattamente comminata.

Ovvio viceversa che, una volta respinte le teorie “assolute” della pena (meglio: della “retribuzione” come “fine” esclusivo della pena), anche la “giustificazione” in termini di “ragionevolezza” dell’istituto della prescrizione debba porsi in termini diversi. Anzi, si potrebbe forse dire che la previsione, in un certo ordinamento positivo, dell’istituto della prescrizione dei reati (come è da sempre avvenuto nella tradizione italiana, compreso nel codice Rocco; anche se una radicale rottura col passato è oggi avvenuta con la legge 9 gennaio 2019 n. 3, c.d. Bonafede – su cui vedi retro nota 229 –, di cui però, non a caso, Parlamento e Governo sono attualmente impegnati nel tentativo di un suo “superamento”) sia un chiaro *indice normativo* del fatto che, in quel sistema, non sia *positivamente* accolto il principio della “retribuzione” come “fine assoluto” ed esclusivo della pena. Ciò significa allora che, alla stregua dell’ordinamento penale italiano vigente, debba considerarsi sempre “ragionevole”, se non addirittura *di obbligatoria previsione*, la prescrizione come causa estintiva del reato, imposta oggi – a mio parere –, oltre che dalla fondamentale esigenza “politica” – prima ancora che giuridica – di “certezza” e quindi di “sicurezza” nei rapporti giuridici, tra i quali non si possono logicamente escludere quelli penali (onde anche la sua fondamentale *natura giuridica* di “sanzione” per l’*inefficienza degli organi giudiziari*, inefficienza plasticamente evidenziata dall’abnorme lunghezza dei procedimenti penali in Italia, il che deve andare ovviamente a carico dello Stato e della sua “pretesa punitiva”), anche dalla previsione costituzionale (e quindi di diritto positivo “supralegislativo”) della “ragionevole durata” dei processi (art. 111 comma 2 Cost.; onde oggi l’assoluta irragionevolezza e quindi incostituzionalità della citata “legge Bonafede”). Quando però i procedimenti penali costituiscono un numero abnorme, la prescrizione finisce comunque inevitabilmente per funzionare come una sorta di “amnistia mascherata” (in funzione, ancora una volta, di “alleggerimento” del carico giudiziario, con le conseguenze che allora ne discendono sul piano della sua “ragionevolezza”; onde, anche da questo punto di vista, l’urgenza di provvedere ef-

punibilità sopravvenuta” consistenti in un *comportamento* dello stesso autore del reato *strutturalmente “contrario”* (nel senso di “*antitetico*”)<sup>344</sup> rispetto a quello costitutivo dell’illecito, in grado di “reintegrare” la situazione precedente alla commissione del reato stesso (attraverso cioè l’applicazione di una sanzione “esecutiva”). Qui la “ragionevolezza” della non punibilità sta nella circostanza che, *sia pure in ritardo*, l’ordinamento raggiunge lo *stesso risultato* pratico e quindi *politico* cui il legislatore voleva pervenire attraverso la minaccia dell’applicazione (ed esecuzione) della pena in caso di mancata ottemperanza volontaria all’obbligo giuridico imposto, ossia attraverso l’imposizione di un obbligo la cui violazione è costitutiva dell’illecito penale; “reintegrando” quindi, oltretutto “*in forma specifica*”, l’ordinamento giuridico “violato”. In questi casi, è evidente come la “*non necessità*” *in concreto* della pena minacciata – in un’ottica non “etica” di “giustizia retributiva”, ma meramente “utilitaristica”, e quindi “laica”, di “prevenzione”, generale e spe-

fettivamente alla costruzione di un diritto penale “minimo” quale *extrema ratio* di tutela). Altre cause estintive del reato (= della punibilità) sono poi *normativamente* “giustificate” in quanto rispondono ad una *ratio* di “prevenzione speciale positiva” in funzione di “risocializzazione”, e quindi *costituzionalmente legittime* alla stregua del principio costituzionale della “rieducazione” del condannato come fine della pena normativamente previsto dall’art. 27 comma 3 Cost., quali l’“*utile decoro del tempo dopo la sospensione condizionale*” dell’esecuzione della pena (art. 167 c.p.) o il “*perdono giudiziale*” (art. 169 c.p.). Alla stessa logica (oltre che al principio della pena come *extrema ratio* di tutela) risponde poi anche l’istituto della “*sospensione del procedimento con messa alla prova*” (artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p.). Sempre compatibile con la Costituzione, se non addirittura imposta dal principio costituzionale della pena criminale come *extrema ratio* di tutela ai sensi dell’art. 13 comma 2 Cost., e quindi dalla sua “sussidiarietà” rispetto ad altri tipi di risposte sanzionatorie, è poi l’istituto dell’“*oblazione*”, quale forma di “depenalizzazione in concreto” ad istanza di parte, almeno per i reati “minori” di natura contravvenzionale.

Alcuni dubbi sulla “ragionevolezza” della “non punibilità”, intesa sempre come “eccezione” alla “regola”, potrebbero viceversa sorgere con riferimento alla causa di “esclusione della punibilità” prevista dall’art. 131-*bis* c.p. (retro cap. I, 13), anche perché non è chiara la “natura giuridica” di questa ipotesi di “non punibilità”, se “causa estintiva del reato”, e quindi causa di non punibilità “sussequente” rispetto all’illecito penale (come io credo corretto, anche se non si basa su comportamenti “antagonistici” rispetto alla condotta costitutiva del reato) ovvero causa di non punibilità “concomitante” alla commissione dell’illecito (e quindi avvicinabile alle “cause di giustificazione”; in senso contrario vedi retro nota 310).

<sup>344</sup> Tale comportamento “antitetico”, come accade con la ritrattazione della falsa testimonianza o lo scioglimento della banda armata, presuppone sempre “accertata” la commissione del fatto di reato (retro cap. I, 11); ciò *a differenza* delle cause estintive del reato di carattere “generale” previste negli artt. 151 ss. c.p., che operano *direttamente* solo come cause di “improcedibilità sopravvenute” (ossia, come diceva con maggiore proprietà di linguaggio il Codice Zanardelli, come cause estintive dell’azione penale). Vedi retro cap. I, 10 e nota 229.

ciale<sup>345</sup> – risulti *in re ipsa*, e quindi la “non punibilità” razionalmente giustificata<sup>346</sup>.

Quanto, infine, alle (genericamente denominate) “cause personali di esenzione da pena”, dette anche “cause personali di non punibilità”, a prescindere dalla loro “natura giuridica” ora come “elementi negativi-impeditivi” della “validità personale”<sup>347</sup> (o, forse meglio, della “efficacia personale”) della norma incriminatrice, incidenti quindi, quali “immunità”, sulla “destinatarietà” del precetto penale (e senza contare la posizione di chi le qualifica, almeno in parte, come vere e proprie “cause di giustificazione”<sup>348</sup>, nel qual caso, per giustificarne la ragionevolezza, bisognerebbe

<sup>345</sup> Con l’applicazione di una “sanzione esecutiva”, la “prevenzione generale” sarebbe infatti qui assicurata dalla circostanza che la “minaccia” della pena, una volta raggiunto sia pure in ritardo lo stesso risultato pratico che il legislatore intendeva perseguire attraverso l’originaria imposizione dell’obbligo, ha comunque dimostrato, anche di fronte a tutti gli altri consociati, la “serietà” dell’ordinamento penale nella sua capacità a raggiungere *comunque* i fini perseguiti garantendone quindi la “credibilità”. La “prevenzione speciale” sarebbe viceversa assicurata dal fatto che la reintegrazione “in forma specifica” dell’ordine giuridico violato attraverso l’eliminazione delle conseguenze del reato commesso rappresenta sicuramente un aspetto fondamentale della – avvenuta – “risocializzazione” dell’autore dell’illecito per “fatti concludenti”.

<sup>346</sup> Posto però che allo stesso, identico, risultato della reintegrazione *ex post* in forma specifica dell’ordinamento giuridico violato si potrebbe comunque pervenire *aliter* attraverso un’amnistia “*condizionata*” ad una condotta di “remissione in pristino”, si potrebbe allora porre il problema se in tutti i casi di non punibilità sopravvenuta per un comportamento successivo dell’autore “antitetico” rispetto a quello costitutivo del reato non si sia, in realtà, in presenza di una vera e propria amnistia “mascherata”, e quindi di un *sostanziale* “*aggiramento*” della speciale procedura legislativa “rafforzata” imposta dall’art. 79 Cost. A ben vedere, mi sembra che, una volta che attraverso un comportamento successivo ed antitetico rispetto a quello costitutivo del reato si sia comunque pervenuti allo stesso risultato cui, mediante l’imposizione di un obbligo penalmente sanzionato, l’ordinamento voleva pervenire, la “*non necessità*” *in concreto* della pena minacciata risulti *in re ipsa*, e quindi la “non punibilità” comunque razionalmente giustificata. Sempre ovviamente che “funzione” della pena criminale sia non la finalità “etica” della riaffermazione della “giustizia” attraverso la “retribuzione” dell’autore dell’illecito, ma solo una finalità “utilitaristica” – e quindi, per definizione, “laica” – di “prevenzione”, generale e speciale. Qualche dubbio potrebbe, in realtà, sorgere solo per i “condoni” dove il raggiungimento del risultato perseguito dal diritto *non è mai, per definizione, completo e totale* (anzi, per i condoni edilizi, a differenza di quelli tributari, non è neppure “parziale”, ma senz’altro “diverso”, trattandosi di un *aliud pro alio*; ossia, come semplice “monetizzazione” dell’abuso edilizio). E non è infatti un caso che il problema se si sia, in realtà, in presenza di un “aggiramento” della procedura rafforzata prevista dalla Costituzione per l’amnistia si sia nella pratica posto proprio per la materia dei condoni, edilizi e tributari, visti spesso come amnistie “mascherate”.

<sup>347</sup> *Infra* cap. III, 2.3 lett. a.

<sup>348</sup> Così ad es., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 130-131, che qualificano

rifarsi a quanto detto in precedenza per queste situazioni di non punibilità), ora come situazioni la cui presenza incide sulla stessa esistenza del reato, escludendo la “legittimazione” di un certo soggetto alla sua commissione<sup>349</sup> o alla mera destinatarietà della pena criminale<sup>350</sup>, nonostante anche esse – in quanto comunque tutte “cause di non punibilità” – “amplino” la sfera di libertà personale, non si può tuttavia ripetere il ragionamento fatto a proposito delle cause di non punibilità sopravvenute.

Infatti, mentre queste ultime derivano la conseguenza di “non punibilità” dalla presenza di “fatti” (naturali, giuridici o umani) “successivi” alla commissione del reato, le “cause personali” di non punibilità sono *sempre “preesistenti”* rispetto alla commissione dell’illecito e quindi, in ultima analisi, sempre “concomitanti” rispetto alla sua condotta costitutiva (il che ha fatto pensare ad una parte della dottrina, come detto, che si tratti addirittura di cause di giustificazione in senso proprio); le cause di cui ora ci occupiamo, come dice lo stesso nome, derivano infatti la conseguenza della non punibilità da una particolare condizione o qualità “personale” dell’autore del fatto di reato. Mi sembra pertanto che qui sia allora comunque necessario individuare la “ragionevolezza” della “discriminazione”, sia pure “favorevole”, di certi soggetti rispetto a tutti gli altri. Stando così le cose, mi sembra allora che, per affermare la “ragionevolezza” della “discriminazione personale” e quindi la non violazione del principio costituzionale di uguaglianza, l’unica strada sia quella di *ancorare la “non punibilità” allo svolgimento di una particolare “funzione” di “rilevanza costituzionale”*, in via diretta, in quanto prevista dalla

---

senz’altro come cause di giustificazione «tutti i casi in cui l’immunità di un soggetto è conseguenza dell’esercizio delle sue funzioni».

<sup>349</sup> Infra cap. III, 2.4 lett. e.

<sup>350</sup> Per coloro che distinguono tra una “norma primaria”, di cui sarebbe destinatario il titolare dell’obbligo penalmente sanzionato, e una “norma secondaria”, rivolta al giudice penale di applicare la pena in caso di realizzazione della “fattispecie” condizionante la punibilità (retro cap. I, 2), sarebbe sistematicamente più facile, in quanto logicamente conseguente, come ritiene larga parte della dottrina, considerare le “cause *personali* di non punibilità”, formula generica sotto cui ricondurre *tutte* le situazioni di immunità e quelle di mancanza di legittimazione al reato, *sempre* come cause di mera “*esenzione da pena*”, nel senso che la loro presenza, in quanto incidente *solo sul “precetto secondario”*, non toccherebbe comunque l’esistenza di un “fatto di reato” al completo dei suoi elementi costitutivi (nel senso, in particolare, che – oltre l’immunità – anche la “qualifica personale” che determina la “legittimazione al reato proprio” sia *estranea* al “fatto di reato” e quindi all’“oggetto del dolo”, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 417). Per la necessità viceversa di distinguere nettamente sul piano dottrinario e sistematico, e conseguentemente della disciplina applicabile, le situazioni di “immunità” da quelle di mancanza di “legittimazione al reato” (correttamente intesa), vedi infra, rispettivamente, cap. III, 2.3 lett. a) e 2.4 lett. e).

stessa Costituzione o da leggi costituzionali (ad es., immunità dei giudici della Corte costituzionale o, in via relativa solo per alcune categorie di reati, del Presidente della Repubblica e dei membri del Parlamento o dei Consigli regionali) o indiretta, in quanto prevista dall'ordinamento internazionale e, in quanto tale, richiamata dalla Costituzione (ad es., immunità assoluta del Sommo Pontefice o degli ambasciatori). In questa logica, non sarebbero viceversa legittime, in quanto non costituzionalmente giustificate alla luce del principio di uguaglianza tra cittadini, traducendosi allora in veri e propri "privilegi", eventuali cause personali di non punibilità di soggetti semplicemente svolgenti funzioni pubbliche (come i militari e equiparati o, in genere, i pubblici ufficiali o impiegati e gli incaricati di pubblico servizio, *mancando* qui un preciso fondamento costituzionale alla non punibilità connessa alla funzione<sup>351</sup>). Nulla viceversa esclude al contrario, dal punto di vista dell'opportunità politica, una maggiore tutela di questi – ed altri – soggetti come "persone offese" dal reato, e non come autori (si veda ad es. l'oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-*bis* c.p.).

<sup>351</sup> Situazioni di eventuale "privilegio personale" da non confondere, ovviamente, con la esimente dell'"uso legittimo delle armi", di cui agli artt. 53 c.p. e 41 c.p.m.p., a tenore dei quali la "non punibilità" per il "fatto" commesso discenderebbe non da una mera "qualifica o condizione personale" del suo autore, ma da "modalità" che ne accompagnano la realizzazione, risolvendosi quindi dommaticamente in una "causa di giustificazione". Nella logica dell'ingiustificato privilegio, non a caso dichiarato da tempo costituzionalmente illegittimo (già prima dell'entrata in vigore del c.p.p. 1989), era viceversa la condizione di procedibilità della autorizzazione a procedere prevista dall'art. 16 c.p.p. 1930, rubricato "Autorizzazione a procedere per reati commessi in servizio di polizia", a tenore del quale «1. Non si procede senza autorizzazione del Ministro della giustizia contro gli ufficiali od agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria o contro i militari in servizio di pubblica sicurezza, per fatti compiuti in servizio e relativi all'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica. 2. La stessa norma si applica alle persone che legalmente richieste hanno prestato assistenza. 3. L'autorizzazione è necessaria per procedere tanto contro chi ha compiuto il fatto, quanto contro chi ha dato l'ordine di compierlo». La Corte costituzionale, con sentenza del 6 giugno 1963 n. 94, dichiarò costituzionalmente illegittimo l'intero articolo per contrasto con l'art. 28 Cost. (secondo cui «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. ...») e con l'art. 3 Cost. Al contrario, la stessa Corte costituzionale, con diverse pronunce di rigetto, ha escluso la incostituzionalità dell'art. 260 comma 2 c.p.m.p., che prevede la richiesta di procedimento da parte dei comandanti di corpo per «I reati, per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione militare non superiore nel massimo a sei mesi ...» sulla base della considerazione che, data la scarsa gravità dei reati per cui si prevede la richiesta di procedimento, l'esercizio dell'azione penale potrebbe causare un pregiudizio proporzionalmente maggiore di quello prodotto dal reato stesso, per cui potrebbe risultare più efficace l'utilizzo di provvedimenti disciplinari (Corte cost., sent. 6 marzo 1975, n. 42); e anche in considerazione della menomazione del prestigio e della dignità delle Forze Armate che potrebbe derivare dalla celebrazione di processi per reati di lieve entità (Corte cost., sent. 14 luglio 1976 n. 189).

Fermo dunque che, anche laddove si muova dall'idea che la "non punibilità" costituisca "eccezione" rispetto alla "regola" della punibilità per la commissione di un reato, *tutti* i casi di "non punibilità sopravvenuta" (almeno quelli riconducibili sicuramente sotto la categoria dommatica della "estinzione del reato") e le "cause personali di esenzione da pena" (almeno quelle collegate a "funzioni" di rilevanza costituzionale, diretta o indiretta) presentano comunque profili di "ragionevolezza" nella "discriminazione", è però – a mio avviso – *lo stesso presupposto dell'intero ragionamento che vede nella "non punibilità" l'"eccezione" a risultare errato.*

A differenza infatti di quanto ancora si continua normalmente a ripetere, la Costituzione italiana, ma anche il codice penale comune nei suoi primi articoli, non stabilisce come regola che, laddove c'è un reato (e ovviamente in presenza anche degli altri requisiti della fattispecie di punibilità che lo rendono "meritevole" di sanzione), li sorge per gli organi dello Stato il *dovere* di applicare (e in seguito di eseguire) la pena; in una parola: *nullum crimen sine poena*. In realtà, l'ordinamento giuridico (ossia il *diritto positivo*), anzitutto già a livello costituzionale, all'art. 25 comma 2 Cost., *non* prevede, come "regola", il *dovere (positivo)*, da parte dell'organo giudicante, di "applicare" la pena in ogni caso di commissione di un fatto costitutivo di un illecito penale (e, prima ancora, il dovere del pubblico ministero di procedere esercitando l'azione penale); ma, *tutt'al contrario*, solo il *dovere (negativo)* da parte del giudice di "*non applicare*" la sanzione penale (ossia: l'*impossibilità* per l'organo giudicante di applicare la pena) *in mancanza di un fatto di reato* previsto (tassativamente: art. 13 comma 2 Cost.)<sup>352</sup> da una legge dello Stato entrata in vigore prima della commissione del fatto stesso.

Detto altrimenti: il giudice non ha – positivamente – il dovere di applicare la pena in presenza di un fatto di reato, ma solo – negativamente – *non può legittimamente applicare alcuna pena se il fatto non è previsto come reato da una legge dello Stato entrata in vigore prima della sua commissione* («Nessuno può essere punito se non in forza [= Ognuno deve essere "non punito" in mancanza] di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso») e che sia ancora vigente al momento del giudizio: *nulla poena sine crimine*.

Ciò significa allora, *ribaltando* quanto detto finora, che, essendo "regola" la "non punibilità" e costituendo viceversa la previsione di un illecito penale con la relativa sanzione, in quanto, come detto, incidente direttamente o indirettamente sulla libertà personale, la "eccezione" («Non è ammessa ... qualsiasi ... restrizione della libertà personale, se non ... *nei soli casi e modi previsti dalla legge*»: art. 13 comma 2 Cost.), è la "punibilità" che deve trovare una

<sup>352</sup> Infra cap. III, 2.4 lett. a) e nota 439.

“*legittimazione costituzionale*”; salvo poi vedere se è sufficiente, come dicono gli artt. 13 e 25 Cost., la sua previsione ad opera di una “legge” (“statale”: art. 117 Cost.; almeno di regola<sup>353</sup>), o sia viceversa necessario anche uno specifico “contenuto” del suo presupposto, ossia dell’illecito penale, nel senso in particolare che esso – oltre a riprodurre formalmente uno schema descrittivo – leda altresì in concreto un “bene” costituzionalmente (se non protetto in via diretta, almeno) rilevante<sup>354</sup> ovvero, come ritengo più corretto, offenda – in via diretta o quantomeno indiretta – un “diritto umano fondamentale”<sup>355</sup>. Mentre per contro *ogni ipotesi di “non punibilità” non ha bi-*

<sup>353</sup> Si vedano tuttavia le mie considerazioni sui limiti di legittimità della previsione di una norma penale incriminatrice *anche da parte di una “legge regionale”*: TRAPANI, voce *Legge penale. I) Fonti*, cit., pp. 9-10; a favore di una sia pur limitata potestà normativa delle Regioni anche R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1998, p. 43 ss. Vedi anche *infra* cap. III, 2.1 e nota 480.

<sup>354</sup> È la nota dottrina che si rifà all’insegnamento di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, Utet, 1977, *passim*, spec. pp. 15-21. In questa stessa direzione si muoveva anche l’art. 129 comma 2 del *Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione*, XIII Legislatura (Testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti), il quale stabiliva che «Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività».

<sup>355</sup> Quando la dottrina – specie la più risalente (G. MAGGIORE, *Diritto penale*. Vol. I: *Parte generale*, Tomo Primo, 5ª ed., Bologna, Zanichelli, 1961, p. 189 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 4ª ed., Torino, Utet, 1961, pp. 31 e 38-39) – individua nell’illecito “penale”, rispettivamente, quello che «offende gravemente l’ordine etico-giuridico» ovvero il c.d. «minimo etico», e quindi le “condizioni minime” di “esistenza” (nelle quali vanno necessariamente ricomprese anche le condizioni minime di “sviluppo”) di una certa società in un dato momento storico per cui è “meritevole” della sanzione criminale, questa *non* è, nonostante le apparenze, una definizione (o almeno un tentativo di definizione) “*sostanziale*” del reato, *ma una definizione strettamente “formale”, ancorata cioè al “diritto positivo*”. Ciò almeno allo *stato attuale* di sviluppo della nostra legislazione, tenendo in conto altresì le indicazioni – sempre comunque *normative!* – che provengono dalla Costituzione e dai Trattati internazionali legittimamente ratificati dall’Italia.

Infatti, fermo che la sanzione penale, incidendo *sempre* – almeno secondo l’ordinamento italiano – direttamente o indirettamente sulla *libertà personale*, è da considerare comunque la sanzione *più severa* e quindi *più grave*, e ciò non solo dal punto di vista ontologico-sociale ma anzitutto *dal punto di vista normativo*, essendo, non a caso, la sanzione maggiormente circondata da “garanzie”, sostanziali e processuali, che non avrebbero evidentemente senso se non considerandola appunto la sanzione più grave *anche secondo le valutazioni dell’ordinamento*, altresì dal punto di vista della “stigmatizzazione sociale” che essa comporta (meglio: che la stessa attivazione del processo se non anche delle semplici indagini comporta); ne consegue che, stabilendo l’art. 13 Cost. come “principio” che «La libertà personale è inviolabile», le norme penali incriminatrici (ossia quelle che prevedono gli illeciti penali) limitando questa libertà costituiscono vere e proprie “*eccezioni*” alla regola della sua inviolabilità, per cui il diritto penale, in quanto “diritto di eccezione” (retro nota 323), può, *dal punto di vista strettamente “normativo”*, addirittura al massimo livello, quello costituzionale,

intervenire *solo* quale “*extrema ratio* di tutela”, secondo quanto normalmente si ripete; *extrema ratio* da vedere dunque oggi quale vera e propria *indicazione costituzionale* di “*politica criminale*”, quando cioè ogni altro tipo di “sanzione”, e quindi, corrispondentemente, di “illecito” (civile o amministrativo), risulti *concretamente inefficace* (in quanto “non sufficiente” e quindi “incongruo”) ai fini “preventivi” dell’ordinamento.

Ciò significa allora che, secondo una scala “ideale” di *severità* delle sanzioni (da quelle che incidono sul patrimonio a quelle che hanno ad oggetto il bene “massimo” della persona oggi *legittimamente* “sacrificabile”, la libertà personale), essendo, come detto, la sanzione “penale” quella *già dal punto di vista normativo* la “più grave” (nel senso di “più severa”), essa può allora *legittimamente* intervenire *dal punto di vista costituzionale* solo “*eccezionalmente*” e dunque solo *nei casi più gravi* di “offesa” ai “valori” costitutivi di una certa società, valori che non possono allora logicamente che essere quelli in cui c’è una offesa – come detto – alle “*condizioni minime*” di esistenza della società organizzata a Stato.

Qualifica (= definizione) pertanto dell’“illecito penale” come di quello che offende le “condizioni minime” di esistenza e di sviluppo di una certa società organizzata a Stato non “sostanziale”, *ma senz’altro “formale”* alla stregua dell’intero “sistema normativo” (= ordinamento giuridico), specie costituzionale; e dunque di stretto “diritto positivo”.

Ovviamente però stabilire *quali sono le “condizioni minime”* di esistenza di una certa società rappresenta una *valutazione squisitamente “politica”* e dunque rimessa alla assoluta “discrezionalità politica” del legislatore, come tale non solo variabile nel tempo (e a seconda delle diverse maggioranze politiche espressione di libere elezioni democratiche) ma anche *assolutamente “insindacabile”*, in quanto valutazione di “opportunità politica”, dalla stessa Corte costituzionale. Così, secondo un esempio formulato da GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 199-200, un danneggiamento colposo di beni di rilevante valore culturale (illecito civile) desta maggior allarme sociale di una contravvenzione (illecito penale); così come la chiusura degli sportelli di una banca, fatto che incide sui beni patrimoniali di una collettività indeterminata di persone, ben può creare, *di fatto*, un *allarme sociale* di gran lunga superiore ad es. a quello di una rapina o anche di un furto ai danni di una singola persona, delitti contro il patrimonio *individuale*; comportamenti i primi però, nel nostro ordinamento, non ritenuti *politicalmente* “meritevoli” di “pena” (magari perché la chiusura degli sportelli di una banca, pur ledendo, anche in maniera assai grave, beni patrimoniali, non incide anche, come la rapina, sulla libertà morale della persona, continuando dunque a “meritare” la mera qualifica di “inadempimento contrattuale”). Spetta infatti esclusivamente alla discrezionalità politica del legislatore storico (= a seconda dei diversi momenti storici) stabilire che cosa crea un tale “allarme sociale” da “giustificare”, sempre politicamente, il ricorso alla previsione di un illecito penale e alla relativa sanzione, anziché ad una mera sanzione civile o amministrativa pecuniaria (riprendendo il precedente esempio della chiusura degli sportelli di una banca, si ricordi infatti come il semplice inadempimento contrattuale costituisce, di per sé, illecito penale, ritenuto pertanto “meritevole” di sanzione penale, *solo se si verifica in particolari circostanze*, come il tempo di guerra: art. 310 c.p., ovvero laddove si tratti di contratto di forniture pubbliche *se ciò determina un evento di danno particolarmente grave*: art. 355 comma 1 c.p.). Vedi anche infra nota 832.

Forse un tentativo di “circoscrivere”, “*sostanzialmente*” *ma sempre secondo il diritto positivo*, le situazioni “meritevoli” di tutela penale dal punto di vista della Costituzione, ma anche dei Trattati internazionali, in quanto (da ritenere) integranti una “lesione” delle “condizioni minime” di esistenza della società, potrebbe essere quello di vedere come *fondamento “giustificativo”* – e quindi *legittimante* – dell’intervento penale la tutela dei “*diritti umani fondamentali*” (meglio, a mio parere: dei *diritti “natural” dell’uomo*); più precisamente, la tutela solo di ciò

che, *in via diretta o indiretta*, si riferisce ai diritti fondamentali dell'uomo (secondo quanto da me già proposto in TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., pp. 802-804). Ma con una importante precisazione. Essendoci infatti fra detti diritti fondamentali dell'uomo, ad es., anche il diritto di proprietà – posto che la proprietà privata di beni è uno dei mezzi di esteriorizzazione e di sviluppo della “personalità” dell'uomo –, una obiezione alla mia tesi potrebbe rinvenirsi nella circostanza che, praticamente in tutti gli ordinamenti giuridici della nostra tradizione culturale occidentale, il diritto di proprietà, o forse oggi meglio: i diritti di proprietà (in questa prospettiva vedi già S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 145 ss.) sono per lo più tutelati dalle norme di diritto privato. Di più, gli stessi diritti alla integrità fisica o all'onore, pur senz'altro da qualificare come “fondamentali”, non sempre sono tutelati (o tutelabili) attraverso la sanzione penale (e quindi la loro offesa qualificabile come illecito penale). Si pensi ad es. alla difficoltà di qualificare sempre come “percosso” una qualsiasi violenza fisica, come uno spintone, anche piuttosto brusco, o addirittura uno schiaffo (in certe situazioni concrete), per la loro – socialmente “sentita” – “esiguità” sul piano dell’“offesa” (e non è a sua volta un caso che, nell’ordinamento italiano, la perseguibilità del delitto di percosse, e quindi, alla fine, la sua stessa punibilità sia rimessa alla esclusiva valutazione di “opportunità” della stessa persona offesa, trattandosi di delitto perseguibile a querela, così come, dal punto di vista della sanzione, sia punibile solo con la pena pecuniaria della multa: art. 581 comma 1 c.p.; denotando così la sua – già in una prospettiva “astratta” – “esiguità” sul piano del “danno sociale”). Lo stesso vale per l’ingiuria, che anzi, nel nostro sistema, è stata di recente “depenalizzata” dal legislatore, che la ha trasformata, seguendo la tradizione di *common law*, in “illecito civile” caratterizzato tuttavia da una vera e propria sanzione “punitiva” denominata *sanzione pecuniaria civile* (così espressamente qualificata dal legislatore agli artt. 3 ss. d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7: retro nota 202 e infra nota 873). Delitto di ingiuria che comunque, prima della depenalizzazione, era, per la sua “sentita” socialmente – già sul piano di una valutazione legislativa “astratta” – “esiguità”, perseguibile a querela della persona offesa (oltre che, in quanto di competenza del giudice di pace, astrattamente sanzionato con la pena “alternativa” della multa o della permanenza domiciliare).

*Rebus sic stantibus*, si può allora forse concludere nel senso che la “tutela dei diritti umani” costituisce solo il *limite “negativo”* della possibilità di una – costituzionalmente e internazionalmente – “legittima” incriminazione da parte del legislatore. Più precisamente, ciò significa che il legislatore non può legittimamente incriminare un comportamento che non risulti, *già in astratto*, offensivo di un diritto umano fondamentale; ma *non* che, “in positivo”, qualunque “lesione” di un diritto umano fondamentale debba ritenersi “meritevole” di sanzione penale. Detto altrimenti, il legislatore *non* può legittimamente andare *al di là* della tutela di detti diritti fondamentali; ferma però la possibilità, alla stregua della sua insindacabile “discrezionalità politica”, di sanzionare la loro offesa *solo con sanzioni civili o amministrative*, laddove non ritenga “necessario”, alla stregua delle valutazioni sociali “dominanti” del momento storico, l’intervento della sanzione penale. Conclusione, questa, conforme, a sua volta, al principio – costituzionale, e quindi di diritto positivo – del diritto penale come *extrema ratio* di tutela (arg. ex art. 13 Cost.). Per cui, ad es., con riferimento alla tutela del diritto privato di proprietà, il legislatore potrà ritenere politicamente “necessario” l’intervento penale solo laddove la “lesione” – sia come effettiva offesa, sia come semplice messa in pericolo – di detto bene sia attuata attraverso “modalità” ritenute, in quel momento storico, socialmente “intollerabili” (come quelle di violenza alla persona, minaccia, inganno, clandestinità, ecc., che danno luogo, come noto, ai delitti di rapina,

*sogno, di per sé, di alcuna “giustificazione costituzionale”* (e quindi di “legittimazione”), posto che ciascuna norma o disposizione che la prevede determina un “*ampliamento della sfera di libertà personale*, e quindi un ritorno alla “regola” della sua “*inviolabilità*”<sup>356</sup>. Dove semmai il problema è inverso, nel senso che si deve escludere, in negativo, che la causa di non punibilità – personale – determini una ingiustificata disparità di trattamento tra cittadini e quindi una violazione dell’art. 3 Cost. laddove afferma «senza distinzione ... di condizioni personali».

Ciò significa allora che il *rispetto del principio di “uguaglianza”*, con riferi-

---

estorsione, truffa, furto e appropriazione indebita); o addirittura solo se il fatto, lesivo del patrimonio altrui, sia realizzato in presenza di certe circostanze o contro beni particolarmente qualificati (si pensi, a questo proposito, alla “depenalizzazione” del delitto di danneggiamento “semplice”, trasformato in illecito “civile” sanzionato – al pari dell’ingiuria – con una *sanzione pecuniaria civile*: art. 4 d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7). In ogni caso, anche laddove il legislatore ritenga di mantenere la tutela penale in presenza della lesione di diritti umani fondamentali (come detto, anche in via “indiretta”), l’ordinamento può lasciare alla valutazione concreta di “opportunità” della persona offesa il perseguimento, e quindi la punibilità, del fatto offensivo attraverso il meccanismo processuale della “perseguibilità a querela”; rimettendo quindi *sostanzialmente* alla stessa persona – che sarebbe – “offesa” la “*qualificazione*” del fatto *concretamente realizzato* come “meritevole” di pena (e quindi, in ultima analisi, *la stessa “illiceità penale” del comportamento*, almeno dal punto di vista strettamente “punitivo”, posto che comunque rimane *ferma* la responsabilità civile *da reato*).

*Last but not least*, occorre poi a sua volta anche ricordare come la Costituzione preveda un solo “obbligo di tutela penale” e quindi di “penalizzazione-criminalizzazione” a carico del legislatore – con conseguente *impossibilità di “depenalizzazione”* – nell’art. 13 comma 4 Cost., a tenore del quale «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Altri “obblighi di penalizzazione-criminalizzazione”, non in considerazione di un particolare “disvalore sociale” di certi fatti ma solo in funzione di una “armonizzazione” dei diversi sistemi penali degli Stati aderente alla Unione europea, sono infine oggi sempre più frequentemente previsti da “direttive” dell’Unione europea.

<sup>356</sup> Mi sembra che *sostanzialmente* in questa stessa linea logica si muova anche chi, come ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 101-102, afferma che le cause di giustificazione siano espressione di “principi generali” (*vim vi repellere licet, necessitas non habet legem, qui iure suo utitur neminem laedit*: vedi anche retro nota 338), mentre le “norme incriminatrici” sarebbero semplici “imperativi individuali” che si dirigono cioè alle singole persone (e non regole generali). Considerazioni che portano il detto Autore – a mio avviso erroneamente – ad escludere di conseguenza che il divieto di “analogia” (divieto, a sua volta, da lui ricavato, in modo non corretto, dall’art. 14 preleggi, disposizione che viceversa prevede, in realtà, il – ben più retrittivo – divieto di “interpretazione estensiva”: infra nota 549 e TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., pp. 19-20) valga anche per le “norme” – vedi sempre ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 273; ma oggi anche MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 316-317 – che prevedono “cause di giustificazione”, non trattandosi appunto, sempre ai sensi dell’art. 14 preleggi, rispettivamente, né di “leggi eccezionali” né di “leggi penali” (ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, pp. 100-102; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *op. ult. cit.*, p. 318).

mento alle cause di non punibilità sopravvenute e alle cause personali di esenzione da pena, significa – non la ricerca della “ragionevolezza” della situazione di “non punibilità”, ma solo – che, una volta verificatosi il “fatto” costitutivo della causa estintiva del reato (fatto “naturale” come il decorso del tempo nella prescrizione, fatto “normativo” come l’amnistia, fatto “umano” come la sentenza del giudice nel perdono giudiziale o il comportamento “antitetico” e “antagonista” dello stesso autore dell’illecito penale), *chiunque* si trovi nella situazione prevista dalla “norma”, indistintamente, in quanto appunto per sua natura “generale” (oltre che “astratta”), deve poterne godere, *senza discriminazioni*<sup>357</sup>. Detto altrimenti, le cause di non puni-

<sup>357</sup> Identifica il “principio di uguaglianza” col “divieto di discriminazioni”, divieto visto come suo fondamento, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 85 (sia pure con riferimento a quella declinazione specifica dell’uguaglianza costituita dalla “imparzialità amministrativa”), e FERRAJOLI, *Principia iuris. 1. Teoria del diritto*, cit., p. 785 ss. (che, in particolare, definisce l’“uguaglianza” come «la titolarità in capo alle persone naturali dei medesimi diritti universali»). Quanto detto trova poi il suo esatto *pendant* nella prospettiva processuale, posto che la maggioranza della dottrina ritiene che al principio di “legalità sostanziale”, individuato nel *nullum crimen sine poena*, corrisponda sul versante “processuale” il principio di “legalità processuale”, che troverebbe la sua massima espressione nel principio di “obbligatorietà” dell’azione penale (art. 112 Cost.). Se infatti chi commette il reato deve essere punito, l’obbligatorietà dell’azione penale garantisce, sul piano processuale, che *chiunque abbia commesso un reato debba essere perseguito*, posto che la pena può essere applicata *solo* da un giudice penale attraverso il processo.

In realtà, come abbiamo visto alla luce di una corretta interpretazione, oltretutto letterale, dell’art. 25 comma 2 Cost., se sul piano “sostanziale” costituzionalmente sorge solo l’impossibilità di punire (e quindi il “dovere di non punire”) per un fatto *in mancanza* di una legge entrata in vigore prima della sua commissione; simmetricamente una corretta interpretazione dell’art. 112 Cost. indica *esclusivamente* che il pubblico ministero ha l’“obbligo” di esercitare l’azione penale – e non la mera “discrezionalità” – ma (ed è questo il punto fondamentale che per lo più si dimentica) *sempre e solo* che si siano *verificati tutti i “presupposti” previsti dalla legge* per il sorgere dell’obbligo stesso. “Presupposti” che possono consistere – oltre che nella verifica di eventuali “condizioni di punibilità” (ponendosi qui anche il problema della non facile distinzione, in molti casi, delle condizioni di “punibilità” dalle condizioni di “procedibilità”: vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 299 ss.; e non dimenticando poi che parte della dottrina finisce per identificare le due categorie, almeno per quanto riguarda le condizioni di punibilità c.d. “estrinseche”: così Nuvolone e Pagliaro; vedi anche note 92 e 621) – nella presentazione della “querela” per i reati non perseguibili d’ufficio (querela che, a mio avviso, costituisce in realtà l’atto di “promovimento” di una “azione penale privata”: vedi *infra* in questa stessa nota) ovvero, laddove previsti, nella individuazione da parte del legislatore (non del Governo, a pena di incostituzionalità) di “criteri di priorità” nella persecuzione dei reati (come avvenuto con l’introduzione del giudice unico) o ancora quando il pubblico ministero non «ritiene infondata la notizia di reato» perché ritiene viceversa che gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari (prima dell’abrogazione dell’art. 125 norme att. c.p.p., fossero «idonei a sostenere l’accusa in giudizio»; oggi) «consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca» (nuovo art. 408 comma 1

bilità sopravvenute e quelle personali devono essere previste da disposizioni “di favore” applicabili non solo ad alcuni soggetti previamente individuabili, ma “generalizzabili”, come è nella struttura logica di qualsiasi norma<sup>358</sup>; e

c.p.p.). Breve: il pubblico ministero non può “esercitare” l’azione penale se non laddove si siano verificati *tutti i presupposti* previsti dalla legge; essendo la portata normativa dell’art. 112 Cost. rappresentata *solo dall’obbligo*, per l’organo dell’accusa, di esercitare detta azione in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge (TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice” al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia? Gestione della politica criminale e ruolo della pubblica accusa nella riforma del sistema penale*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 336 ss.).

Quanto dunque, in particolare, alla “legittimità costituzionale” delle condizioni di procedibilità nominativamente previste dal codice di procedura (querela, istanza, richiesta, autorizzazione a procedere: art. 345 comma 1 c.p.p.), quali “ostacoli” normativamente previsti alla “obbligatorietà” dell’azione penale, una volta dato il significato ora visto all’art. 112 Cost., è evidente che il problema si ponga anche qui in modo diverso da come ordinariamente viene posto (vedi ad es. M. CHIAVARIO, *Obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, in *Il pubblico ministero oggi*, a cura del C.N.P.D.S., Milano, Giuffrè, 1994, pp. 86-88), *parallelamente* a quanto abbiamo visto nel rapporto reato-non punibilità.

In questa logica ferma anzitutto la sicura legittimità costituzionale della “querela” e, per i reati commessi all’estero, della “istanza” della persona offesa, una volta riconosciuto trattarsi, propriamente, di “azioni penali private” (dovendosi, a mio parere, tornare alla distinzione, già specificamente prevista nel codice di procedura penale Rocco del 1931 all’art. 74, tra “promovimento” dell’azione penale, di cui può essere titolare – contrariamente a quanto comunemente si ripete – anche un soggetto privato, in particolare la “persona offesa dal reato”, ed “esercizio” dell’azione penale, di spettanza “esclusiva” del pubblico ministero, come mi sembra doversi ricavare già da una corretta lettura sistematica degli artt. 112 Cost. e 50 c.p.p.), quanto alla “richiesta” del Ministro di Giustizia – a parte ogni considerazione sulla diversa “tipologia” di “richieste” da parte del Ministro previste dal codice di procedura penale, svolgenti diverse funzioni (con conseguente loro “infungibilità”, in particolare tra la richiesta ex art. 8 c.p., concernente delitti “politici”, e quella ex artt. 9 e 10 c.p., riferita viceversa a delitti “comuni” commessi all’estero) – si tratta comunque *sempre* di un atto “politico” rimesso dunque alla assoluta “discrezionalità politica” del Ministro di Giustizia. Se pertanto la “regola” non è, come abbiamo visto, la “punibilità” (che deve essere viceversa “tassativamente” prevista, costituendo i “casi” di punibilità un *numerus clausus* cui corrisponde, simmetricamente, una “norma generale esclusiva” di “liceità penale”, riferibile a tutti in comportamenti non costitutivi di “reato”: arg. ex art. 13 comma 2 Cost.; vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 135 ss. e infra cap. II, 3) ma, al contrario, la “non punibilità”, ciò si riverbera anche sulla “procedibilità”, con la conseguenza che la “non procedibilità” non necessita di particolari giustificazioni costituzionali (purché valga per tutti indistintamente coloro che si trovino nelle situazioni previste dalla legge). Lo stesso discorso mi sembra debba poi essere fatto anche per la “autorizzazione a procedere”, posto che, insieme alla richiesta del Ministro di Giustizia, si tratta sempre (meglio: per lo più, almeno con riferimento alla richiesta in ordine alla valutazione di opportunità di persecuzione davanti alla giurisdizione italiana per reati commessi all’estero) di condizioni di procedibilità che proteggono lo svolgimento di determinate funzioni pubbliche (sia sul versante dell’autore del reato che della persona offesa).

<sup>358</sup> Sulla – logicamente assurda – distinzione, viceversa operata dalla Corte costituzionale (Corte cost., sent. 23 novembre 2006 n. 394), tra “norme favorevoli” (conformi a Costitu-

sempre che – punto fondamentale – la situazione di “non punibilità”, per come legislativamente individuata, *non contrasti con una “norma di divieto” di “rango gerarchico” superiore* (costituzionale, eurounitaria o internazionale). Breve: la “non punibilità” necessita, per la sua “legittimità”, *non* di un fondamento giuridico “positivo”, essendo viceversa *sufficiente* che ciascuna situazione di “non punibilità” *non contrasti con un “divieto” di rango superiore*, ossia con una norma di rango superiore che *espressamente* ne vieti la previsione. In altri termini, per la “legittimità” di una qualunque “causa di non punibilità” (genericamente intesa), *non* si richiede “in positivo” la “presenza” di una sua “giustificazione”, essendo *sufficiente*, “in negativo”, la “*manca*za” di un espresso “divieto” (come ad es. quello esplicitamente previsto dall’art. 3 comma 1 Cost., quando stabilisce che «Tutti i cittadini ... sono uguali davanti alla legge *senza distinzione* di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali<sup>359</sup> e sociali»)<sup>360</sup>.

zione) e “norme di favore” (presuntamente incostituzionali per intrinseca irragionevolezza in quanto in violazione del principio di uguaglianza), *confondendosi* palesemente il piano, *pregiuridico e politico*, dell’*occasione storica particolare* – anche riferibile ad un soggetto determinato (si pensi ad es. alla storicamente ormai famosa “legge Valpreda”, così denominata dal nome dell’imputato la cui vicenda processuale diede origine, sotto il vigore del codice di procedura penale del 1930, all’introduzione della “libertà provvisoria” anche in caso di mandato di cattura obbligatorio) – che ha portato ad una certa scelta di “non punibilità” con la “*generalizzabilità*” del *dettato normativo una volta divenuto legge*, conformemente alla struttura “generale” e “astratta” di qualsiasi “norma giuridica” (retro nota 174). In particolare, poi, sulla stessa legittimità e quindi (politica) ammissibilità, anche in materia penale, delle c.d. “leggi provvedimento”, vedi MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 62 (e recentissimamente la stessa Corte costituzionale: Corte cost. sent. 16 luglio 2019 n. 181, ribadendo una giurisprudenza costante. In generale, sulle “leggi provvedimento” e sul problema della loro legittimità costituzionale fondamentale rimane il lavoro di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1978).

<sup>359</sup> Una discriminazione tra cittadini sulla base di una “condizione personale” è legittima costituzionalmente solo se collegata all’espletamento di una “funzione pubblica” che trova nella Costituzione o in un atto normativo supralegislativo un espresso fondamento di diritto positivo o in via diretta (come ad es. avviene per i parlamentari con riferimento alle opinioni espresse e ai voti dati nell’esercizio delle loro funzioni: art. 68 Cost.) o *anche in via indiretta* (si pensi alla immunità, sempre per le opinioni espresse e i voti dati nell’esercizio delle loro funzioni, prevista per i membri del C.S.M. da una legge ordinaria, ma da ritenersi causa di non punibilità legittima dal momento che il C.S.M. è comunque un organo di rilevanza costituzionale in quanto organo di autogoverno della magistratura ai sensi degli artt. 104 e 105 Cost.).

<sup>360</sup> Violazione di un espresso “divieto” di rango costituzionale che, a ben vedere, dovrebbe essere l’unico criterio orientativo di qualunque declaratoria di “incostituzionalità”, provvedimento che si dovrebbe infatti basare solo sul contrasto della “norma avente valore di legge” *non* con un “dovere di fare”, costituzionalmente imposto, ma *con un “dovere di non fare”*, a sua volta sempre costitutivo di un “*onere*” (e *non* di un “obbligo”) per il legislatore.

Concludendo e riassumendo: ciò che è costituzionalmente imposto ai sensi dell'art. 25 comma 2 Cost. *non è, positivamente*, che ad ogni reato *concretamente realizzato* debba necessariamente seguire la pena per esso astrattamente prevista (*nullum crimen sine poena*), nonostante ciò che generalmente si afferma in dottrina (giungendosi a parlare di “inderogabilità” della pena in presenza della commissione di un “fatto illecito penale” commesso “colpevolmente”)<sup>361</sup>, ma solo, *negativamente*, che *non ci può essere pena senza reato (nulla poena sine crimine)*.

Da ciò consegue allora che deve considerarsi di per sé pienamente legittima la scelta del legislatore, unico organo – si ricordi – democraticamente legittimato in tutti gli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale<sup>362</sup>, dettata da *valutazioni di mera “opportunità politica”* (e quindi, in quanto tali, *non sindacabili* neppure dalla Corte costituzionale, secondo quanto stabilito dall'art. 28 legge 11 marzo 1953, n. 87, se non *per palese violazione* del principio di uguaglianza “formale” e quindi dell'espresso “divieto di discriminazione”), di ritenere “prevalente” rispetto alla “meritevolezza di pena” per la commissione di un fatto di reato un qualunque “interesse” sulla base di un giudizio di “comparazione” con l'interesse offeso dal reato; prevalenza legislativamente evidenziata appunto attraverso la previsione normativa di una “causa di non punibilità”. Legislatore che potrebbe persino arrivare a ipotizzare, nella sua “discrezionalità politica”, situazioni di affermazione della “responsabilità penale” caratterizzate tuttavia da una contestuale dichiarazione di “astensione” dalla condanna (come avviene oggi in Italia, ma ancora solo per gli imputati minorenni, attraverso il perdono giudiziale; *analogamente* a quanto si verifica nel diritto penale inglese con l'istituto dell'*absolute discharge*)<sup>363</sup>.

<sup>361</sup> Evidenzia come, «sostenere che al reato, in quanto avvenuto, deve, ad ogni costo, seguire la pena», rappresenta «un principio ... di politica criminale, non già, come per il momento normativo, di logica giuridica» («funzione logica, non derogabile per volontà del legislatore», che si manifesta, nel momento della astratta previsione dell'illecito, nella «indissolubilità del precetto dalla sanzione penale»), PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 683. Sulla dottrina che parla di “inderogabilità- irrefragabilità” della pena vedi infra nota 826.

<sup>362</sup> Nelle repubbliche presidenziali anche il Presidente ha la sua legittimazione democratica in quanto eletto direttamente dal popolo (più precisamente: dal corpo elettorale); ma *solo il Parlamento* è l'organo democraticamente legittimato in *tutti* gli ordinamenti della tradizione giuridico-politica occidentale (sia parlamentari che presidenziali).

<sup>363</sup> TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., pp. 49-50. Si ricordi, a sua volta, come sotto la vigenza del Codice Zanardelli era previsto dall'art. 26 l'istituto della «Riprensione giudiziale», forma di “ammonizione pubblica” applicata dal giudice in presenza di tutti i presupposti costitutivi della fattispecie di responsabilità penale ma – a differenza del perdono giudiziale – attraverso una sentenza di condanna (e non di proscioglimento); con la

17. *Alcune precisazioni sul concetto di “responsabilità” e sui suoi rapporti col concetto di “punibilità”*

Normalmente, come abbiamo già accennato, si parla di “responsabilità penale” – almeno nella sua accezione “restrittiva” con riferimento alla sola pena criminale – come sinonimo di “punibilità”<sup>364</sup>: nel senso che la responsabilità penale, intesa come possibilità di applicazione della sanzione criminale, seguirebbe – non solo logicamente, ma anche – cronologicamente il previo accertamento dell’esistenza di un “fatto costitutivo di reato” e quindi “astrattamente punibile” (sia pure, come visto, in presenza di altri requisiti, in particolare l’imputabilità del suo autore). In realtà, *dal punto di vista della teoria generale del diritto*, è il concetto di “responsabilità” che viene logicamente *prima*, in quanto “più generico”, rispetto al concetto di “punibilità”, da intendere viceversa – *sul piano del diritto positivo* – come “specificazione” del concetto di responsabilità riferito a un particolare settore di un certo ordinamento giuridico, in particolare come possibilità di applicazione di uno *speciale* “tipo di sanzione giuridica” *normativamente già qualificata come “criminale”*.

Al contrario, su un piano di teoria generale (e non di diritto positivo), è il concetto giuridico di “responsabilità” che si collega al concetto di “sanzione giuridica”; responsabilità da intendere come *assoggettabilità in astratto a “sanzione” di un “soggetto di diritto” – persona fisica o giuridica – cui è normativamente “imputabile” (nel senso di: “attribuibile”)*<sup>365</sup> un “fatto antigiuridico”; “fatto” qualifi-

---

conseguenza che detta “riprovazione giudiziale” costituiva, in realtà, non una forma di “perdono” ma piuttosto una vera e propria “pena sostitutiva” (vedi PADOVANI, *L’utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 120 ss.; *contra* CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., pp. 11-14). Come disponeva infatti l’art. 26 c.p. 1889, «Quando la pena stabilita dalla legge non superi un mese di detenzione o di arresto, tre mesi di confino, ovvero trecento lire di multa o di ammenda, ove concorrano circostanze attenuanti, e il colpevole non abbia riportato mai condanna per delitto, né condanna per contravvenzione a una pena superiore ad un mese di arresto, il giudice può dichiarare che alla pena da lui pronunciata è sostituita una riprensione giudiziale. La riprensione giudiziale consiste in un ammonimento, adatto alle particolari condizioni della persona e alle circostanze del fatto, che, intorno ai precetti della legge violata e alle conseguenze del reato commesso, il giudice rivolge al colpevole in pubblica udienza. Se il condannato non si presenti all’udienza fissata per la riprensione, o non l’accolga con rispetto, è applicata la pena stabilita nella sentenza per il reato commesso».

<sup>364</sup> Che il concetto di “responsabilità” corrisponda, nella logica dello stesso codice penale e quindi già a livello di diritto positivo, a quello di “punibilità” lo si ricava da numerose disposizioni della c.d. “parte generale” del codice penale. Sul punto vedi retro nota 53.

<sup>365</sup> Si ricordi come, in epoca non recente (fine ’800 inizi ’900, conformemente d’altronde a quanto si ricavava dalla stessa rubrica del Titolo IV, Libro I, Codice penale Zanardelli

cabile come “antigiuridico” appunto per la presenza di una sanzione in quanto suo “indice normativo” di identificazione<sup>366</sup>. “Sanzione” che, in quanto “male” per il soggetto che la subisce, rappresenta quindi, giuridicamente, la conseguenza “sfavorevole” per l’imputazione di un “fatto anti-giuridico”. Dal punto di vista normativo-astratto, esiste dunque una “correlazione necessaria e biunivoca” tra il concetto di “responsabilità” (per l’imputazione di un qualunque “fatto anti-giuridico”) e quello di “sanzione”: nessuna responsabilità senza sanzione e nessuna sanzione senza previa responsabilità di un soggetto di diritto. Più precisamente, la “responsabilità” può essere correttamente definita come il *concetto normativo* che pone in “relazione” il “fatto anti-giuridico”<sup>367</sup> con la sua “conseguenza sanzionatoria”

«Della imputabilità, e delle cause che la escludono o la diminuiscono»), il concetto di “imputabilità” si riferisce, genericamente e in senso lato, alla “possibilità di imputazione” (oggi anche definibile come “ascrizione”) di un certo “fatto” (o “situazione di fatto”) ad un certo soggetto (comprendendo quindi *tutte le condizioni*, anche personali, per la sua “imputazione”; un esempio di questo modo di concepire l’“imputabilità” si può rinvenire in una ampia monografia di B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell’imputabilità*, voll. I-II-III, Fratelli Bocca, Roma-Torino-Firenze, 1894-1896-1899; vedi anche MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 676 ss., che definiva l’«Imputabilità» penale come «il complesso delle condizioni fisiche e psichiche, poste dalla legge perché una persona capace di diritto penale possa essere ritenuta causa efficiente della violazione di un precetto penale»; Autore che, di conseguenza, ricomprendeva nel capitolo sulle “Cause generali di esclusione o di modificazione dell’imputabilità”, da un lato, oltre alle situazione di incapacità di intendere e di volere penalmente rilevanti, il caso fortuito, la forza maggiore, l’ignoranza e l’errore, e dall’altro le circostanze aggravanti e attenuanti: ID., *op. cit.*, vol. II, pp. 1-297), mentre oggi la stessa nozione di imputabilità è assunta dal codice penale, e quindi *come specifico concetto “normativo” di “diritto positivo”, più restrittivamente*, quale sinonimo “qualificativo” – almeno in linea tendenziale – della sola “capacità di intendere e di volere” (art. 85 comma 2 c.p.).

<sup>366</sup> Retro cap. I, 2.

<sup>367</sup> Concetto di “fatto” (*Tatbestand, supuesto de hecho*) che, nella teoria generale del diritto, è costituito dall’insieme di *tutti* gli elementi (necessari e nel loro complesso sufficienti) che condizionano l’“effetto giuridico”, e quindi anche la “sanzione” come conseguenza giuridica “specifica” di un “fatto” pertanto qualificabile come “antigiuridico”. Ciò significa allora che, laddove per l’“efficacia” di una certa situazione di fatto, normativamente rilevante, siano necessari *ulteriori elementi* rispetto a quelli che ne determinano l’“esistenza”, anche questi fanno parte – muovendo da una prospettiva di teoria generale – di un concetto “ampio” di “fatto giuridico” (si pensi ad es. alla distinzione – operata originariamente dalla dottrina civilistica: per tutti, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Utet, 1952, p. 467 ss. – tra elementi che determinano l’*esistenza*, e quindi la validità, di un contratto e quelli che ne condizionano soltanto l’*efficacia*; e non è un caso che, tra coloro che vedono nella condizione di punibilità un requisito *estraneo* al “fatto di reato” – retro cap. I, 2, 4 e 8 e infra cap. III, 2.4 lett. d –, ci si rifaccia espressamente al concetto di “condizione” utilizzato dai civilisti nella teoria del negozio giuridico al fine di qualificare la condizione di punibilità come *condicio iuris* per l’“efficacia” del fatto di reato, ossia per la sua “punibilità”: per tutti GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 292).

attraverso l'individuazione del "soggetto di diritto" cui "imputare" il fatto stesso<sup>368</sup>; soggetto che diventa pertanto "destinatario" della sanzione.

Non esiste viceversa una "corrispondenza biunivoca" tra i due concetti di "responsabilità" e "illiceità", nel senso che la responsabilità per l'esistenza di un fatto antigiusuridico, e quindi la "sanzionabilità" del soggetto cui esso è normativamente imputato, non comporta sempre la qualificazione del "fatto antigiusuridico" come "illecito". Ciò discende dalla maggiore "comprensività" del concetto – sia pure individuato attraverso una definizione *meramente stipulativa* – di "fatto antigiusuridico" rispetto al concetto di "fatto illecito" trattandosi di una relazione di "genere" a "specie". Più in partico-

<sup>368</sup> Da ciò discende allora, anzitutto, l'inconsistenza – logica, prima che normativa – del concetto di "responsabilità", e quindi di applicabilità di una sanzione, per la commissione di un c.d. "fatto lecito dannoso" (e quindi, per definizione, *non "antigiuridico"*). In generale, sulla categoria dei "fatti leciti dannosi" si veda, per tutti, G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, Giuffrè, 1964, *passim*. I casi, comunemente adottati dalla dottrina per giustificare la presenza della categoria dei c.d. "fatti leciti dannosi", possono essere infatti agevolmente spiegati, tutti, in altro modo. Così, l'"equo indennizzo" previsto dall'art. 2045 c.c. per la realizzazione di un comportamento dannoso per gli interessi altrui *in stato di necessità* non rappresenta un'ipotesi di responsabilità (sia pure solo civile: vedi infatti in senso contrario, per la "irresponsabilità" rispettivamente penale e amministrativa, gli artt. 54 c.p. e 4 legge n. 689/1981) per un fatto "lecito", ma solo un'ipotesi di "responsabilità civile *attenuata*" per la commissione di un fatto comunque *sempre "illecito" almeno dal punto di vista civile* (a proposito del fatto dannoso realizzato in stato di necessità, parlano espressamente di "circostanza attenuante" della responsabilità civile MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 557 e GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 318, che, più in particolare, la definisce come *l'unica* circostanza attenuante in sede di responsabilità civile). Così come gli artt. 924 e 925 c.c., parlando di "indennità per il danno" eventualmente cagionato, e quindi di "responsabilità", sia pure "attenuata" in quanto rimessa all'"equo apprezzamento del giudice" (e non sulla base dei criteri ordinari del "danno emergente" e del "lucro cessante": art. 2056 c.c. che rinvia all'art. 1223 c.c.; anche se occorre ricordare come l'art. 2056 comma 2 stabilisca che, in sede di responsabilità "extracontrattuale", «Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso»), a carico di chi insegue sciami d'api o animali mansuefatti nel fondo del vicino, comportamento chiaramente costitutivo dell'esercizio di una "facoltà legittima" (in quanto espressamente "autorizzato" ai sensi delle disposizioni citate), non prevede – ancora una volta – una ipotesi di responsabilità per un fatto lecito, posto che in questi casi la "liceità" attiene solamente al comportamento di ingresso non autorizzato nel fondo altrui (che dunque non integra, a seconda dei casi ricorrendone tutti i presupposti, i delitti di cui agli artt. 636 o 637 c.p.), *ma non agli eventuali danni* che gli animali o lo stesso soggetto inseguitore possano cagionare a cose o persone (secondo le regole generali della responsabilità civile e quindi alla stregua del diritto positivo; prospettiva evidenziata molto chiaramente anche da una lettura sistematica dei primi due commi dell'art. 843 c.c.: «ACCESSO AL FONDO – 1. Il proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità, al fine di costruire o riparare un muro o altra opera propria del vicino oppure comune. – 2. Se l'accesso cagiona danno, è dovuta un'adeguata indennità»).

lare, mentre con l'espressione "fatto *antigiuridico*" si può intendere, *stipulativamente*, in senso generico, il fatto semplicemente contrastante con le "aspettative" dell'ordinamento (spesso su un piano che può essere anche meramente "oggettivo"), e quindi dallo stesso ordinamento giudicato, in astratto, "sfavorevolmente" come evidenziato appunto attraverso la previsione di una sanzione; l'"illecito" si può viceversa, sempre *stipulativamente*, definire come una *species* del *genus* "fatto antigiuridico", basato su un "comportamento umano", considerato di per sé o in quanto potenzialmente causativo di un evento "naturalistico", comportamento realizzato in violazione di una "regola di condotta", ossia di un "obbligo giuridico" di "fare" o di "non fare" (e quindi, strutturalmente, di un "*imperativo*")<sup>369</sup>.

<sup>369</sup> Proprio essendo "qualifiche normative" di situazioni di fatto *strutturalmente diverse*, la chiarezza del discorso scientifico impone di utilizzare, *sia pure stipulativamente*, anche lemmi diversi per identificarle, ossia appunto rispettivamente quelli di "antigiuridicità" e "illiceità". Moltissime confusioni già in sede di teoria generale del diritto sono state, come noto, determinate dall'indebito uso di un unico termine per indicare situazioni di fatto da tenere viceversa rigorosamente distinte sul piano concettuale. In generale, sul concetto di "illecito", in particolare di "illecito penale", come violazione di un "imperativo", riconoscendo quindi senz'altro la struttura di "imperativo" della norma penale incriminatrice (più precisamente: dell'obbligo di "fare" o di "non fare" che se ne ricava interpretativamente), GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 7-14, che riprende in ID., *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 48-60, la concezione più raffinata dell'"imperativo", quella di Olivecrona, su cui vedi retro nota 37. "Imperativo" che, concernendo una "regola di condotta", può allora valere *solo per il futuro, non potendosi logicamente imporre alcun "obbligo di comportamento" con riferimento al passato*. Come diceva infatti già N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I (Parte generale), Milano, S.E.L., 1910, pp. 109-110, risolvendosi il diritto in "comandi" e "divieti" (*ibidem*, p. 12), la "irretroattività" come momento logico della norma sarebbe «fondata sulla stessa natura delle cose la quale non permette concepire una norma a cui si debba ubbidienza prima ch'esista». E aggiungeva: «La norma di legge non può obbligare prima della sua esistenza; epperò è ragionevole e giusto ch'essa non estenda la sua efficacia a' fatti compiuti prima del suo apparire». Nella stessa prospettiva, sempre muovendo dalla logica della norma come "comando", F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I, *Dottrine generali*, Parte I, Il diritto - I soggetti - Le cose, Roma, Athenaeum, 1921, p. 257 e A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1967, 2<sup>a</sup> ed. (rist. anastatica), p. 189. Da ciò consegue, come esattamente sottolinea specificando GALLO, *Postille di un penalista ad una Costituzione (fino a quando?) sovrana*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 29, «Retroattiva è, pertanto, la norma che tra gli elementi di fattispecie, cui è collegato l'effetto sanzionatorio, annoveri un elemento incalcolabile da parte del destinatario del comando, impossibilitato, quindi, a tenerne conto al momento dell'opzione tra il sì ed il no».

Perfettamente congruente con queste premesse è allora anche la previsione espressa della "efficacia retroattiva" della *nuova* "norma incriminatrice" che si limita a disporre un trattamento "più favorevole" di quello vigente al momento della commissione del reato, secondo quanto disposto dall'art. 2 comma 4 c.p.; previsione ribadita oltretutto a livello supralegislativo dall'art. 15 comma 1 Patto internazionale sui Diritti civili e politici e dall'art. 49 comma 1 Carta dei Diritti fondamentali UE. Infatti, pur trattandosi a tutti gli effetti di

Proprio in conseguenza della distinzione concettuale – corrispondente ad una “diversità” *strutturale* – tra ciò che stipulativamente è definibile come “illecito” e il più generico “fatto antiggiuridico”, sempre in una prospettiva di teoria generale esistono diverse “tipologie” di “responsabilità”: si va infatti dall’ipotesi estrema di una mera responsabilità “funzionale” o “di posizione” (che si rifà al principio *cuius commoda eius et incommoda*), laddove il destinatario della sanzione si trova in una certa “relazione”, appunto funzionale o di posizione, col “fatto” (meglio: con la “situazione di fatto”, determinata da una cosa, un animale o un’altra persona, nel quale ultimo caso si parla anche di responsabilità “per fatto altrui”), fatto che gli viene imputato per la sua semplice “esistenza”, arrivando ad una responsabilità “per fatto proprio”, conseguente alla imputazione del “fatto” al “comportamento” di un soggetto, che coincide con lo stesso soggetto “destinatario” della “sanzione”<sup>370</sup> (fatto da qualificare quindi, sempre in via convenzionale,

una *nuova* norma incriminatrice, essa è tuttavia *meramente* “ripetitiva” rispetto alla norma incriminatrice abrogata vigente al momento della commissione del fatto con riferimento alla sua “qualificazione” come “reato”. Mentre è realmente “innovativa” *solo con riferimento alla pena applicabile “meno severa”*. Al massimo, laddove si voglia distinguere tra “norma primaria” e “norma secondaria” (retro cap. I, 2), si potrebbe parlare di *nuovo* “imperativo” e quindi di nuova “regola di condotta” *solo nei confronti del giudice*. Diverso discorso va fatto viceversa per la “norma” cui fa riferimento l’art. 2 comma 2 c.p. dal momento che, pur avendo anch’essa “efficacia retroattiva” (o meglio, efficacia temporalmente “indeterminata”, riferendosi sia al passato che al futuro: TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 142 ss.; vedi anche infra nota 493), prevede una *situazione opposta* rispetto a quella disciplinata dall’art. 2 comma 4 c.p., non essendo una “norma incriminatrice” *ma, al contrario, una “norma di liceità penale”*, individuando una situazione di “non punibilità” in conseguenza dell’*abolitio criminis* e quindi della perdita della qualifica normativa del fatto già realizzato come “illecito penale”. Onde nessuna incompatibilità può a questo proposito riscontrarsi con la concezione della “norma incriminatrice” come “imperativo”. Più in particolare, ritengo infine che la stessa “norma penale incriminatrice” in senso stretto (ossia quella che ha come potenziali destinatari la generalità dei consociati), *già dal punto di vista della teoria generale* e non solo del diritto positivo (come accade in quegli ordinamenti che sanciscono – magari persino a livello costituzionale, come in Italia – il principio di “colpevolezza” per il fatto o, meglio, di “personalità” della responsabilità penale), ha una “struttura” diversa – *necessariamente di “imperativo”, data la funzione logicamente “preventiva” della sanzione “punitiva”* – rispetto alle norme di altri settori dell’ordinamento. Teoricamente, si può infatti “prevenire”, imponendo una certa condotta, solo ciò che rientra nella sfera di “controllo” del destinatario della norma.

<sup>370</sup> *Normalmente*, almeno con riferimento alle “sanzioni punitive”, soggetto “persona fisica”. Qui sorge infatti il delicato problema della responsabilità “penale” o in genere “punitiva” delle “persone giuridiche”. Le “persone giuridiche” – espressione da intendere *in senso ampio* – possono essere, in quanto “enti normativi”, “centro di imputazione” di situazioni giuridico-soggettive, favorevoli (“diritti”) ma anche sfavorevoli (“soggezione”, ad es. alle sanzioni). Possono però essere anche, *direttamente*, destinatarie di “obblighi”? Qui si vede chiaramente come la figura della “persona giuridica” sia una *mera* “costruzione normativa”

(come però anche la “*persona fisica*”, in quanto “centro di imputazione” di situazioni giuridiche, nei limiti cioè in cui è destinataria di una certa “disciplina giuridica”: vedi KELSEN, *La dottrina pura*, cit., pp. 196-198 e ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 93-97). Indipendentemente dal considerarla o meno una “finzione” (il che non mi sembra possibile, trattandosi appunto di una *costruzione normativa* e quindi, per il mondo del diritto, “reale”), è ovvio che una persona giuridica può, logicamente, “attuare” *solo per mezzo di esseri umani* e quindi la sua “capacità di agire” (non la “giuridica”) essere riferibile solo ad esseri umani; i quali possono appunto, non in quanto soggetti di diritto “esterni” rispetto alla persona giuridica (criterio della “rappresentanza”) ma come suoi “organi” interni, “impersonificandola”, essere destinatari di comandi e divieti, comandi e divieti perciò “imputati” alla persona giuridica. Se così è, è chiaro come la persona giuridica sia *direttamente responsabile* per tutti i “fatti antiggiuridici” ad essa *direttamente imputabili*, e quindi anche dei fatti qualificabili come “illeciti” (in quanto commessi in violazione di obblighi) *realizzati dai suoi organi*. Onde nessuna difficoltà a ritenere anche la persona giuridica possibile destinataria di sanzioni “punitive” in senso stretto (oltre ovviamente di sanzioni “esecutive”). Né ci sarebbe, di per sé, violazione, laddove si trattasse di pene criminali, del principio di “personalità” della responsabilità penale, essendo gli illeciti commessi dai suoi organi direttamente ad essa imputabili. Semmai, ci sarebbe anche la necessaria responsabilità personale degli organi della persona giuridica (responsabilità però che, in quanto non sia di natura civile, non potrebbe mai essere – neppure laddove fosse così previsto dallo “statuto” della persona giuridica – “solidale” tra persona e organo). Il che pone allora in evidenza il vero problema: *si può ipotizzare una responsabilità “penale criminale” delle persone giuridiche?* Anche ritenendola logicamente e quindi astrattamente possibile, non mi sembra che sarebbe praticamente utile. Fermo infatti che un “obbligo” può essere adempiuto solo da una persona fisica, sarebbe assurdo costruire una figura autonoma di “illecito” della persona giuridica (con propri e distinti elementi costitutivi rispetto all’illecito della persona fisica): sarebbe infatti senz’altro meglio parlare, direttamente, di “responsabilità” della persona giuridica per l’“illecito” commesso dal suo “organo” e ad essa *direttamente imputabile come fatto “proprio”*: per cui alla persona giuridica si imputano – si noti: *direttamente*, non per rappresentanza – le “conseguenze sanzionatorie” dell’illecito da lei commesso attraverso i suoi organi “apicali”. Onde la *c.d. “colpa di organizzazione”* sarebbe niente altro che *un insieme di criteri da cui desumere la colpa degli organi persone fisiche* (laddove non sia addirittura configurabile il dolo, ipotizzabile appunto perché gli organi sono persone fisiche). Magari in via di “presunzione *iuris tantum*”, secondo una tecnica propria della colpa *c.d. “specificata”* in quanto superabile dalla “prova contraria” dell’“imprevedibilità in concreto” del singolo evento offensivo costitutivo di reato (infra cap. IV, 2 lett. d); *analogia* che si riscontra anche nella circostanza che, a mio avviso, *non è sufficiente* ai fini dell’*esclusione definitiva della responsabilità* avere adottato da parte della persona giuridica il *c.d. «modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi»* (art. 7 comma 2 d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231), laddove si possa dimostrare che l’evento offensivo era comunque *nel caso concreto* “prevedibile” ed “evitabile” dagli organi dell’ente (secondo una interazione che si riscontra, in generale, nei rapporti tra colpa “specificata” e colpa “generica”).

Mi sembra allora, per concludere, che sia più corretto (e quindi preferibile) il sistema italiano che, nel d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, parla solo di responsabilità “punitiva amministrativa” degli enti, e *non* di responsabilità “penale criminale” (come in altri ordinamenti, quali lo spagnolo, il francese e l’inglese). Altrimenti ragionando, si dovrebbe allora inevitabilmente ritenere che esistono *due modelli di “diritti penali”*, uno della “persona fisica” e altro della “persona giuridica”, assolutamente *distinti* sia con riferimento alla struttura

dell'“illecito” commesso (un ente non può agire con dolo né essere imputabile) sia per le “pene” ipotizzabili (si consideri ad es. che un ente può anche essere condannato “a morte” attraverso il suo scioglimento! Mentre non gli si possono applicare le “normali” pene criminali che incidono sulla libertà personale, intesa come libertà di locomozione, ma solo pene pecuniarie, misure patrimoniali – come la confisca anche di tutto o parte del patrimonio –, misure interdittive o meglio inabilitative fino ad arrivare alla pena estrema dello scioglimento per legge dell'ente stesso). Tutto ciò forse sarebbe anche ipotizzabile, ma andrebbe inevitabilmente contro l'intero impianto delle disposizioni ad oggi vigenti nelle Costituzioni e nei Trattati internazionali che fanno senz'altro riferimento *solo all'illecito commesso dalla persona fisica ed a sanzioni che incidono sulla sua persona* (si pensi alle “pene criminali”, che non possono consistere in “trattamenti contrari al senso di umanità” e debbono, almeno nella fase esecutiva, tendere alla “rieducazione del condannato”; finalità, quest'ultima, che rende in generale, a mio parere, discutibile costituzionalmente la stessa presenza di pene criminali “pecuniarie”); il che conferma, sia pure da un'altra angolazione, come unica pena criminale principale costituzionalmente legittima alla stregua dell'art. 13 Cost. sia quella che incide sulla libertà personale: retro nota 113). In sostanza, nulla cambierebbe sul piano pratico degli effetti continuando a parlare solo di “responsabilità amministrativa” degli enti (ricordando come le sanzioni amministrative “punitive” siano appunto solo di natura pecuniaria o interdittiva, e quindi pienamente e direttamente compatibili con la responsabilità degli enti). Distinzione di responsabilità (tra persona fisica e giuridica) che ben spiegherebbe poi anche perché la sanzione penale debba viceversa “minacciare” direttamente gli organi dell'ente, che altrimenti non sarebbero “spinti” ad attuare gli “obblighi” stabiliti in capo all'ente stesso (si pensi alla responsabilità penale diretta degli amministratori per le violazioni degli obblighi, anche penalmente sanzionati, in materia societaria, fiscale, della sicurezza del lavoro, ecc.; dove il vero problema è viceversa, come noto, stabilire se e fino a che punto, nelle strutture organizzativamente complesse, gli organi “apicali” della persona giuridica possano “delegare” ad altri soggetti – sempre però persone fisiche! – l'adempimento di detti obblighi “liberandosi” dalla correlativa responsabilità: su questo tema, per tutti, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985). Neppure infine la natura (se non formalmente almeno) *sostanzialmente* penale-criminale della responsabilità degli enti da reato potrebbe poggiare sulla considerazione che le corrispondenti sanzioni già oggi, alla stregua del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sono applicate *esclusivamente* attraverso lo stesso processo penale a carico degli organi apicali dell'ente autori del reato. Già sappiamo infatti come la natura giuridica di un certo tipo di sanzione non dipenda, di per sé, dalla natura giuridica del procedimento attraverso cui viene applicata (retro nota 118), ma solo dal “criterio formale-nominalistico” del *nomen iuris* con cui il legislatore ha qualificato una certa sanzione; il che trova una significativa conferma proprio nel diritto positivo italiano all'art. 24 legge n. 689 del 1981, da cui si ricava che, in caso di “connessione obiettiva” tra un reato e una violazione amministrativa (laddove «l'esistenza di un reato dipenda dall'accertamento di una violazione non costituente reato, e per questa non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta»), la sanzione amministrativa è applicata *direttamente* dallo stesso «giudice penale competente a conoscere del reato»; quindi, attraverso il procedimento penale. Occorre tuttavia sottolineare che, se le sanzioni punitive applicabili all'ente rimangono formalmente comunque di natura “amministrativa”, ciò non esclude che anche la responsabilità amministrativa dell'ente da reato non possa essere ciononostante ricondotta sotto un concetto ampio di “materia penale” (vedi infra cap. V, 8 lett. b) all'interno di un “sistema normativo integrale e integrato” di contrasto al reato come fatto illecito.

propriamente come “illecito”).

A seconda poi che il “fatto proprio” – comunque già valutato “sfavorevolmente” dall’ordinamento, come si argomenta dal suo collegamento con una “sanzione” – venga “imputato” sulla base della sua mera realizzazione “oggettiva” da parte del soggetto autore del “comportamento” (*non necessariamente* tuttavia, come viceversa spesso si dice, sulla base del solo “nesso di causalità materiale”)<sup>371</sup> o, viceversa, occorra *altresì* un “criterio di collegamento” di tipo “soggettivo” (meglio: psicologico, “reale” o anche

<sup>371</sup> Si consideri infatti che *altri elementi del “fatto illecito”*, oltre l’eventuale – in quanto non presente in tutte le ipotesi di reato – “evento naturalistico” (in particolare, se evento aggravatore nei reati aggravati dall’evento, imputato, secondo la dottrina più risalente, sulla base del solo nesso di causalità materiale ai sensi dell’art. 42 comma 3 c.p.) possono essere imputati “oggettivamente” o, meglio, per il semplice fatto della loro “esistenza”: si pensi – *prima* della riforma introdotta nel 2012 con la versione riformulata dell’art. 609-*sexies* c.p. rispetto a quanto originariamente previsto con la riforma del 1996 (e prima ancora dall’art. 539 c.p. 1930) – all’*ignoranza dell’età della persona offesa* nei delitti contro la libertà sessuale quando persona offesa sia un minore degli anni quattordici, ignoranza che non poteva *mai* essere invocata a scusa dall’autore del fatto di reato; età che quindi costituiva *elemento essenziale* del fatto di reato imputato “oggettivamente” (ossia per la sua semplice esistenza, a prescindere da qualunque collegamento di tipo “soggettivo”). Imputazione meramente “oggettiva” attualmente *superata* dalla versione vigente dell’art. 609-*sexies* c.p., a tenore del quale « ... il colpevole non può invocare a propria scusa l’ignoranza dell’età della persona offesa, *salvo che si tratti di ignoranza inevitabile*; disposizione che mantiene comunque ancora oggi una vistosa “anomalia” rispetto a quanto stabilito come regola generale per l’imputazione “dolosa” dall’art. 43 c.p., posto che l’età della persona offesa *non* deve essere necessariamente oggetto di “effettiva” rappresentazione, essendo *sufficiente*, per l’integrazione del reato, la *mera “rappresentabilità”*, ossia una rappresentazione meramente “ipotetica”; anzi, a volere essere ancor più precisi, qui non è, “in positivo”, la rappresentabilità dell’età della persona offesa a “fondare” la “responsabilità” dell’autore del fatto di reato e quindi la sua “punibilità”, ma, “in negativo”, la sua ignoranza inevitabile ad “escluderla”. “Criterio soggettivo di imputazione”, *anche se strutturalmente “complesso”* (in quanto composto da momenti psicologici sia effettivi che ipotetici), comunque da qualificare *normativamente* – ai fini della “disciplina” applicabile – come “*dolo*” (e *non* come “dolo misto a colpa”, criterio, quest’ultimo, di imputazione soggettiva “misto” contro la cui ipotizzabilità normativa, in generale, mi sono già espresso, più analiticamente, in altra sede: vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 359 ss. *Contra* MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 450-452).

Si noti, infine, come della c.d. responsabilità “oggettiva” di cui all’art. 42 comma 3 c.p. si possa, correttamente, dare *solo una definizione “in negativo”*, in quanto comprensiva di *tutti* i criteri di imputazione *diversi* dal dolo o dalla colpa (e - a mio avviso - anche dalla preterintenzione) ai sensi dell’art. 43 c.p., e comunque sempre strutturalmente “soggettivi” per l’operatività “generale” dell’art. 45 c.p., *ma nulla si possa dire “in positivo”*, in particolare – come viceversa continua a ripetere la dottrina dominante – nel senso che essa si fondi sul mero rapporto causale tra la condotta e l’evento. In questa stessa direzione si muove, sia pure attraverso argomentazioni parzialmente diverse, anche PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 325 ss.

meramente “potenziale”), avremmo rispettivamente una *responsabilità “per fatto proprio incolpevole”* (forse meglio definibile come: “non colposo”), ossia “oggettiva”, ovvero una *responsabilità che potremmo anche definire strettamente “personale”*, nel senso che, per la sua integrazione, occorre *anche* che il fatto “materiale” commesso sia “collegato” al suo autore per ciò che caratterizza – anche, se non anzitutto, dal punto di vista “etico-morale” – un essere umano, ossia la sua “coscienza” e la sua “volontà”, e dunque sia un fatto da lui *in concreto* “controllabile” nel senso di “dominabile”. “Responsabilità personale” che, qualora il fatto illecito sia commesso da un soggetto altresì capace di “autodeterminarsi liberamente”<sup>372</sup> (ossia, come si diceva un tempo, dotato di c.d. “libero arbitrio”), potrebbe allora anche essere, più specificamente, definita come *responsabilità “colpevole”*, in quanto derivante da un comportamento “rimproverabile” – sia dal punto di vista “giuridico” che, laddove i due ordinamenti “normativi” coincidano, “morale” – al suo “autore”.

Nell’ambito della “responsabilità personale”, si possono poi, a sua volta, distinguere *differenti “gradi” di “responsabilità” a seconda del “grado” di “dominio” del fatto* realizzato da parte del suo autore; ossia dal “grado” di “direzione” (“finalistica”) dell’accadimento da parte di una persona, e dunque a seconda del “grado” di *partecipazione “interna”* del soggetto all’accadimento esterno (rappresentazione e volontà effettive o meramente potenziali-ipotetiche)<sup>373</sup>. “Gradi” che, almeno normalmente, ossia laddove diano luogo a sanzioni “punitive”, permettono anche di individuare la “gravità del fatto” com-

<sup>372</sup> La formula “libertà di autodeterminazione”, cui spesso si ricorre per spiegare il contenuto della formula “capacità di intendere e di volere” di cui all’art. 85 comma 2 c.p., è *normativamente* usata, in modo espresso, dal codice di procedura penale agli artt. 64 e 188. E occorre a questo proposito altresì sottolineare come, se, seguendo quel che dicono da sempre i “positivisti”, il c.d. “libero arbitrio” non fosse *almeno logicamente presupposto* come ipotesi epistemologica, anche l’idea stessa di un “ordinamento giuridico” costituito da “*regole di condotta*”, ossia da “norme” che in quanto tali possono essere “osservate” o “violate”, non avrebbe logicamente alcun senso (si noti: ciò anche se si dovesse riconoscere l’esistenza solo di norme giuridiche rivolte non ai consociati, ma esclusivamente agli organi deputati alla loro applicazione, *in primis* i giudici).

<sup>373</sup> Il che significa come, alla stregua del nostro *diritto positivo*, a *parità di altre condizioni* (in genere “oggettive”, ma anche “soggettive-personali”, nel senso di caratterizzanti la “personalità” dell’autore del fatto illecito, come quelle indicate ad es. dall’art. 133 comma 2 c.p.), in una “scala crescente” di “gravità del reato” – *normativamente valutata* –, e quindi del relativo “grado di responsabilità”, dipendente dai diversi “gradi” di “partecipazione psichica” al fatto, si vada dalla colpa incosciente a quella cosciente, alla colpa con previsione, alla preterintenzione (in quegli ordinamenti in cui – come quello italiano – esiste come ulteriore criterio “soggettivo” di imputazione del fatto), al dolo eventuale, al dolo diretto e al dolo intenzionale.

messo permettendo quindi altresì di “misurare” la corrispondente risposta sanzionatoria<sup>374</sup>.

In conclusione, esiste una “correlazione necessariamente biunivoca”, *sul piano normativo-astratto*, tra “illecito” e “sanzione”, nel senso che non ci può essere astratta previsione di un fatto come “illecito” (in quanto derivante da un comportamento umano) senza – sempre in astratto – previsione (ripetesi: in presenza delle *eventuali* ulteriori condizioni richieste dalla fattispecie di responsabilità) della correlativa sanzione e viceversa: “se A

<sup>374</sup> Se ciò vale da un punto di vista di teoria generale, viceversa è però dalla specifica prospettiva del “*diritto positivo*” che si può avere una responsabilità “personale”, *anche* dove i “criteri soggettivi” da cui dipende la “dominabilità” del fatto (in genere, dolo o colpa – essendo la preterintenzione tipica della sola responsabilità penale – in tutte le loro diverse “articolazioni” interne) servano però *solo* come meri “criteri di imputazione”, e quindi di “attribuzione” – per sua natura “soggettiva” –, del “fatto” al suo autore, ma *non per misurarne la “gravità” e quindi il “tipo” e il “quantum” di risposta sanzionatoria*. Si pensi infatti, a questo proposito, alla fattispecie “generale” della responsabilità civile per danno patrimoniale, dove l’esistenza del dolo o della colpa (arg. *ex* art. 2043 c.c.) – oltretutto non essendo neppure chiaro se tali criteri soggettivi di imputazione si riferiscano solo al comportamento o anche al danno che ne è la conseguenza (posto che il risarcimento anche per i danni “imprevedibili” vale *solo* in caso di inadempimento *doloso* ai sensi dell’art. 1225 c.c., disposizione *non* applicabile anche in caso di responsabilità “extracontrattuale”: arg. *ex adverso* *ex* art. 2056 c.c.) – serve solo alla “imputazione” del fatto dannoso, *ma non alla “quantificazione” del “danno” risarcibile*, ossia all’“effetto sanzionatorio”, che dipende da altri criteri (“danno emergente” e “lucro cessante”: art. 2056 c.c. che rinvia all’art. 1223 c.c.: retro nota 368). Ciò, a differenza di quanto accade con riferimento alla responsabilità penale, dove la valutazione della “gravità del reato” agli effetti della determinazione della pena applicabile in concreto (e lo stesso discorso si può ripetere per la responsabilità punitiva amministrativa: art. 11 legge n. 689/1981; e oggi anche per la sanzione pecuniaria civile: art. 5 d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7) dipende, fra l’altro, anche «dalla intensità del dolo o dal grado della colpa» (art. 133 comma 1 n. 3 c.p.); dolo o colpa che possono addirittura, a monte, contribuire anzitutto alla stessa individuazione di “titoli diversi” di “delitto” (arg. *ex* art. 42 comma 2 c.p.), in quanto tali diversamente sanzionati già a livello edittale (si pensi, ad es., ai delitti di omicidio doloso, preterintenzionale e colposo).

A sua volta, sempre alla stregua del diritto positivo, nel diritto civile, oltre alla fattispecie “generale” di responsabilità civile per danni di cui ora abbiamo parlato, quale ipotesi di responsabilità “personale”, esistono *altre fattispecie di responsabilità civile per danni* basate su “tipologie di responsabilità” completamente diverse. Si va infatti da una responsabilità di “funzione” o “di posizione” per il danno cagionato da una cosa o animale che si trova in una particolare relazione, di fatto o di diritto, con il soggetto responsabile, ad una responsabilità di posizione per “fatto illecito altrui”, ossia ad una responsabilità non per fatto proprio (fatto altrui che, a sua volta, può dipendere o da un comportamento illecito o da una particolare relazione con una cosa o animale); responsabilità per cui, a volte, non è neppure ammessa la c.d. “prova liberatoria” (si veda, ad es., l’art. 2049 c.c.: «RESPONSABILITÀ DEI PADRONI E DEI COMMITTENTI – I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell’esercizio delle incombenze a cui sono adibiti»).

deve essere B". Solo in casi particolari, e quindi in via di "eccezione" rispetto alla "regola" (*ma pur sempre previsti in via normativo-astratta*), questa correlazione si può "spezzare" (laddove, ad es., *dopo* la commissione – o meglio: la ipotizzata commissione – dell'illecito intervenga una c.d. causa "estintiva" della responsabilità)<sup>375</sup>.

Ora, se dalla teoria generale spostiamo l'attenzione al diritto penale come branca del diritto positivo, le particolarità nascono dal fatto che ci si muove già da un concetto *normativo* – "specifico" – di "responsabilità *penale personale*" (quale si ricava, nell'ordinamento italiano, dall'art. 27 comma 1 Cost.), e dunque "per fatto proprio" (colpevole, o meglio: doloso, preterintenzionale o colposo), concetto che presuppone: 1) il riferimento – almeno come regola generale – ad una *sanzione "punitiva"* (nel nostro caso, propriamente, ad una pena criminale); 2) la sua applicabilità ad un soggetto *persona fisica* per un "*fatto*" *da lui commesso* (come conseguenza di un "comportamento" in violazione di un "obbligo" di fare o di non fare) *e da lui "controllabile"* nel senso di "concretamente dominabile"; e dunque normativamente qualificabile come "illecito". Principio di "personalità" della responsabilità penale che – oltre alla necessaria coincidenza tra l'autore del fatto di reato e il destinatario della relativa sanzione – comporta altresì la necessaria "*personalizzazione*" *anche della "risposta sanzionatoria"* come conseguenza della considerazione della *intera "personalità criminale"* dell'autore del reato.

In particolare, qualora si ritenga che l'ordinamento italiano "*specifichi*" *la risposta sanzionatoria al "reato"* in "pena criminale" e "misura di sicurezza", considerando quindi *anche* la misura di sicurezza sanzione penale-criminale<sup>376</sup> in senso proprio, e dunque a seconda di una "*qualità personale*" del reo<sup>377</sup>, se si tratta, in primo luogo, della "pena criminale" occorre anzitutto che la persona fisica sia anche – con riferimento al momento della commissione del "fatto" (meglio: della "condotta") – "*imputabile*" e *quindi astrattamente "motivabile" dalla minaccia della pena* in caso di violazione del comando o del divieto. Una volta poi processualmente accertata la commissione del

<sup>375</sup> Retro cap. I, 8.

<sup>376</sup> Per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 808-812 e GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 4 e 172 ss.

<sup>377</sup> Si consideri come l'art. 203 comma 2 c.p. utilizzi esplicitamente la formula «*qualità di persona socialmente pericolosa*» con riferimento al presupposto applicativo della misura di sicurezza. Di "*specificazione*" della «*natura delle conseguenze*» del reato «*alla stregua del modo d'essere dell'agente*» parla esplicitamente GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., spec. p. 165; nello stesso senso, MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 777 ss.

reato, la “personalità criminale” del reo condannato viene in considerazione nella duplice prospettiva della “capacità a delinquere” e della “pericolosità sociale”, sia in sede di applicazione-commisurazione<sup>378</sup> che di esecuzione della pena; in quest’ultimo caso, nel senso che l’esecuzione della pena deve tenere presente anche la eventuale modificazione della “personalità” del reo in vista del perseguimento di quella “finalità della pena” tipica della sua “fase esecutiva” – sempre però meramente “tendenziale” (art. 27 comma 3 Cost.)<sup>379</sup> – rappresentata dalla “rieducazione-risocializzazione” del condannato; finalità il cui perseguimento, attraverso la predisposizione di varie “offerte” di trattamenti di sostegno e di strumenti risocializzativi<sup>380</sup>, costituisce contenuto di un vero e proprio “obbligo” da parte dello Stato («Le pene ... *devono* tendere alla rieducazione del condannato»: art. 27 comma 3 Cost.).

Dall’altro lato, se la risposta “sanzionatoria criminale” è rappresentata dalla “misura di sicurezza”, occorre che l’autore del “fatto di reato”, *non importa* se imputabile o non imputabile al momento della realizzazione della condotta che lo integra, sia però “socialmente pericoloso” (art. 203 comma 1 c.p.); “qualità personale” di cui è necessario verificare l’esistenza al momento dell’accertamento processuale della “responsabilità penale”, guardando il “giudizio di pericolosità” *al futuro*, ma, se si ritiene che la misura di sicurezza abbia natura di sanzione criminale, guardando *anche* al momento di commissione del reato<sup>381</sup>.

<sup>378</sup> Di «capacità a delinquere» come momento fondamentale della commisurazione della pena in concreto parla l’art. 133 comma 2 c.p. (retro nota 282). Quanto alla “pericolosità sociale” nella fase applicativa della pena – e anche prescindendo da quelle teorie che *identificano* senz’altro la capacità a delinquere con la pericolosità sociale del reo (Grispigni, cit. retro nota 203; *contra* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 608 e 643 ss.: retro nota 202) – questa “qualità personale” opera *per lo più* “in negativo” nel senso che occorre la sua “mancanza” per la concessione da parte del giudice di cognizione di certi “benefici”: si pensi ad es. al presupposto della applicazione della sospensione condizionale della pena costituito dalla “prognosi di non recidività” (art. 164 commi 1, 2 e 3 c.p.). Vedi anche retro nota 203.

<sup>379</sup> Vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1695.

<sup>380</sup> Per l’incostituzionalità del sistema delle misure alternative alla detenzione per come attualmente previsto e disciplinato, anzitutto per violazione del principio di legalità della pena in tutte le sue declinazioni, vedi tuttavia retro nota 325.

<sup>381</sup> Sul punto vedi CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 524 ss. Se la misura di sicurezza è normativamente qualificabile come “sanzione” per il reato commesso, il “fatto di reato” deve essere allora considerato non un mero “sintomo” della “pericolosità sociale” del suo autore, *ma la “causa” diretta*, nel senso della “ragione” per l’applicazione della misura di sicurezza (allo stesso modo di come è “causa” dell’applica-

zione della pena criminale); fatto di reato che dunque deve allora comportare logicamente anche la presenza della “pericolosità sociale” del suo autore *al momento della sua commissione*. Ciò si ricava anche dalla circostanza che, siccome il giudizio di imputabilità o non imputabilità (riferito all’autore dell’illecito) richiamato dall’art. 203 comma 1 c.p. va inevitabilmente effettuato al momento della realizzazione del fatto, o meglio della condotta, si deve allora ritenere che *anche* il giudizio sulla “probabilità di commissione di nuovi reati”, su cui si basa la qualità di persona socialmente pericolosa (art. 203 comma 1 c.p.), debba essere effettuato sicuramente anche in quel momento. Conclusione che trova un’ulteriore conferma, sempre sul piano normativo, nel comma 2 dell’art. 203 laddove dispone che «La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell’articolo 133», ossia dai criteri che l’ordinamento utilizza per stabilire la “gravità” del reato commesso, pericolosità che deve dunque esistere anzitutto nel momento della sua commissione.

Che poi la pericolosità debba essere valutata *anche con riferimento al momento del giudizio*, si ricava dal fatto che, essendo non solo l’applicazione ma anche l’esecuzione delle misure di sicurezza legate alla “qualità personale” della pericolosità sociale, se questa, oltre che nel momento di commissione del fatto-condotta, non dovesse persistere anche nel momento del giudizio, il sistema non permetterebbe l’applicazione delle misure di sicurezza: si consideri infatti che, secondo la disciplina attualmente vigente, la misura di sicurezza deve essere “revocata” in qualsiasi momento, laddove sia cessata la pericolosità sociale dell’autore del reato (art. 207 c.p., dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell’originario comma 2, il quale disponeva che «Anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, la misura di sicurezza applicata dal giudice può essere revocata con decreto del Ministro della giustizia»: Corte cost., sent. 23 aprile 1974 n. 110). Ciò significa allora che, attualmente, le misure di sicurezza – esclusa la confisca: art. 236 comma 2 c.p. – stanno e cadono insieme con la pericolosità sociale (come si ricava anche dall’art. 200 commi 1 e 2 c.p., secondo cui «1. Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. 2. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione»); disciplina spiegabile considerando appunto che la “pericolosità sociale” è uno *status* personale che perdura nel tempo, onde non si può qui parlare di “retroattività” della nuova legge). Dunque, a ben vedere, il discorso va *invertito*: nel senso che, in quanto “sanzione” per la commissione di un reato, la misura di sicurezza va applicata solo ad un soggetto pericoloso al momento della sua commissione (come la pena solo al soggetto imputabile al momento della sua commissione); ma, siccome la misura di sicurezza guarda al futuro e sta e cade con il perdurare della pericolosità del soggetto, la misura di sicurezza può conseguentemente applicarsi all’autore di un fatto di reato solo se pericoloso *anche* nel momento del giudizio.

VERSO UN NUOVO SISTEMA NORMATIVO “INTEGRALE”  
E “INTEGRATO” DELLA RESPONSABILITÀ CRIMINALE  
E DA REATO

SOMMARIO: 1. La “invalida” costituzione del procedimento/processo penale. La mancanza di “condizioni di procedibilità” o la presenza di “cause sopravvenute di improcedibilità” come “cause di non punibilità”. – 2. Il sistema delle prove e le diverse fattispecie di responsabilità da reato. – 3. Liceità assoluta e liceità relativa. – 4. La “non punibilità” perché il fatto “non è previsto dalla legge come reato”.

1. *La “invalida” costituzione del processo penale. La mancanza di “condizioni di procedibilità” o la presenza di “cause sopravvenute di improcedibilità” come “cause di non punibilità”*

In una prospettiva strettamente normativo-giuridica (e non anche criminologica e/o di sociologia criminale)<sup>382</sup> di rivisitazione, secondo un diverso inquadramento dommatico, delle categorie del reato e della punibilità, in funzione della costruzione di un sistema globale penale-criminale “integrale” e “integrato”<sup>383</sup>, una scansione logica e progressiva degli argomenti da trattare nello studio e nell’analisi (degli elementi costitutivi) della “fattispecie di punibilità” deve anzitutto tenere conto – come più volte ripetuto – della strettissima interdipendenza intercorrente fra il diritto e il processo penale. Come abbiamo già accennato in precedenza<sup>384</sup> infatti, se, *in una prospettiva di teoria generale*, una netta distinzione, già dal punto di vista concettuale, tra diritto “sostanziale” e diritto “processuale” può essere mantenuta, posto che la norma sostanziale (persino quella squisitamente “sanzionato-

---

<sup>382</sup> Rimane ancora fondamentale, dal punto di vista di una corretta prospettiva metodologica, la Prolusione sassarese di Arturo Rocco del 1913 (nella quale veniva introdotto il concetto di ciò che sarebbe stato universalmente conosciuto come “tecnicismo giuridico”): ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, *Scritti giuridici vari*, Roma, Soc. Ed. “Foro it”, 1933, p. 263 ss., spec. p. 289 ss.

<sup>383</sup> Retro cap. I, 2.

<sup>384</sup> Vedi *amplius* infra in questo paragrafo.

ria”) può trovare concreta applicazione *anche fuori* del processo (si pensi alla sanzione civile del risarcimento del danno, il cui contenuto si sostanzia in una obbligazione di “fare”<sup>385</sup> che può essere *anche* adempiuta volontariamente e quindi *direttamente dal suo destinatario*)<sup>386</sup>, lo stesso discorso non può viceversa essere ripetuto, *alla stregua del diritto positivo*, con riferimento all’esperienza giuridico-penale: qui infatti – a differenza di ciò che accade negli altri settori dell’ordinamento giuridico –, dato che nessuna limitazione o restrizione della libertà personale, in quanto diritto “inviolabile” dell’uomo, e dunque anzitutto nessuna pena criminale<sup>387</sup>, può essere *legittima-*

<sup>385</sup> Risarcimento del danno che può avvenire o “per equivalente” pecuniario, sostanzandosi in un obbligo di “dare”, nel senso di pagare, un somma di denaro; ovvero “in forma specifica” ai sensi dell’art. 2058 c.c. («RISARCIMENTO IN FORMA SPECIFICA – 1. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. 2. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore»). Siccome però, secondo quanto espressamente previsto da questa disposizione, può essere *solo il «danneggiato»* a chiedere che il risarcimento del danno avvenga attraverso la modalità della «reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile», ne consegue che, in sede, in particolare, di risarcimento del danno *da reato* (anche ai fini dell’applicabilità della circostanza attenuante dell’art. 62 n. 6 c.p. e della stessa estinzione della punibilità nei casi previsti dalla legge), possa essere *solo la persona offesa* dal reato ovvero il danneggiato dal reato se persona diversa (a prescindere dall’ulteriore problema se legittimato a costituirsi parte civile nel processo penale come danneggiato dal reato possa essere solo la persona offesa: in questo senso A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 24 ss.) a sollecitare il reo (o l’indicato come tale) a tenere quel comportamento di risarcimento *in forma specifica*. Un ulteriore e delicato problema, affrontato dalla dottrina civilistica (per tutti, M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. Foro it., 1993, *sub* art. 2058), è poi se e in che limiti il “risarcimento in forma specifica” si sovrapponga o addirittura coincida con l’altra sanzione esecutiva civile delle “restituzioni”.

<sup>386</sup> Che nell’ordinamento positivo italiano anche un “terzo” possa utilmente adempiere una “obbligazione” di cui è titolare un’altra persona, surrogandosi all’originario creditore, è poi espressamente previsto e disciplinato dall’art. 1180 c.c., secondo cui «L’obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione». Sull’istituto dell’“adempimento del terzo”, in generale, NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, Giuffrè, 1936, *passim*.

Sul delicato problema se ed eventualmente in che limiti l’“adempimento del terzo” *in luogo* dell’autore (o dell’indicato come autore) di un reato nel risarcimento del danno da questo causato (art. 185 comma 2 c.p.) possa comunque utilmente portare, secondo l’ordinamento penale, all’attenuazione della pena applicabile (art. 62 n. 6 c.p.) o addirittura, nei casi previsti dalla legge, alla stessa estinzione della punibilità, vedi *infra* nota 912.

<sup>387</sup> Nell’ordinamento penale italiano *tutte* le pene criminali principali incidono infatti sulla libertà personale, in via diretta o indiretta, posto che anche la pena pecuniaria se non eseguita per insolvibilità del condannato si converte comunque in una misura limitativa della

*mente* disposta «se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi [*in primis*, proprio le modalità processuali] previsti dalla legge» (come testualmente recita l'art. 13, comma 1, Cost., stabilendo le garanzie della “riserva di giurisdizione” e della “legalità della procedura” come aspetto “processuale” del principio di legalità “formale” dei reati e delle pene), ne consegue che *la norma penale c.d. “sostanziale”* – cioè quella che prevede la fattispecie di reato e la relativa sanzione – *esiste e rileva solo all’“interno” del processo penale*. Conclusione che trova una significativa conferma altresì nell'art. 9 comma 1 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, che *subordina* la stessa “legittimità” della *applicazione ed esecuzione della pena criminale*, come di qualunque altra misura limitativa o restrittiva della libertà personale, alla circostanza che essa debba avvenire «*per i motivi e secondo la procedura stabiliti dalla legge*»<sup>388</sup>.

libertà personale. Secondo il testo originario dell'art. 102 legge n. 689/1981, si convertiva in “libertà controllata” o, a richiesta del condannato, in “lavoro sostitutivo”; oggi, sulla base della più articolata disciplina introdotta dalla c.d. Riforma Cartabia, il nuovo art. 103 legge cit. dispone la conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato nel “lavoro di pubblica utilità sostitutivo” ovvero, se il condannato si oppone, nella “detenzione domiciliare sostitutiva”. A sua volta, il nuovo art. 102 legge n. 689/1981, sulla base della considerazione che, di fatto, per l'inefficienza dell'amministrazione, raramente le pene pecuniarie vengono eseguite, anche coattivamente, nei confronti di chi può pagarle, ha previsto *tout court* la loro conversione nella “semilibertà sostitutiva” a carico del condannato a pena pecuniaria in caso di mancato pagamento volontario e quindi colpevole; pena sostitutiva la cui funzione sarebbe pertanto quella di spingere il condannato debitore ad adempiere nel termine indicato nell'ordine di esecuzione ai sensi del nuovo art. 660 c.p.p. laddove non voglia incorrere in una sanzione più grave, limitativa della libertà personale. Quanto al mancato pagamento della pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva, il nuovo art. 71 comma 2 legge n. 689/1981 dispone che, se si tratta di mancato pagamento volontario, ciò comporta la revoca della pena pecuniaria sostitutiva e la sua conversione nella semilibertà sostitutiva o nella detenzione domiciliare sostitutiva; se viceversa il mancato pagamento dipende da insolvibilità del condannato, il nuovo art. 71 al comma 3 stabilisce che anche la pena pecuniaria sostitutiva, conformemente all'art. 103, si converte in lavoro di pubblica utilità sostitutivo o, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva. In ogni caso poi di conversione della pena pecuniaria con una pena sostitutiva, il nuovo art. 108 legge n. 689/1981, rubricato “*Inosservanza delle prescrizioni inerenti alle pene conseguenti alla conversione della multa o della ammenda*”, dispone che «La mancata esecuzione delle pene conseguenti alla conversione della pena pecuniaria, anche sostitutiva di una pena detentiva, ovvero la violazione grave o reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad esse inerenti, ne comporta la revoca e la parte residua si converte in uguale periodo di reclusione o di arresto, a seconda della specie della pena pecuniaria originariamente inflitta. ...»; pena detentiva pertanto che costituisce comunque, alla fine, l'*ultima* sanzione di conversione.

<sup>388</sup> Sulla base di questa disposizione di diritto internazionale pattizio, ci si potrebbe forse anche spingere ad ipotizzare che la “illegittimità della procedura” si riverberi sulla “legittimità” dello stesso “titolo esecutivo”, il che comporterebbe l'illegittimità dell'applicazione

Ciò significa in altri termini che, se l'accertamento della responsabilità penale di un individuo e l'applicazione della relativa sanzione punitiva (ma oggi anche la sua concreta esecuzione) può avvenire solo *all'interno* di un processo penale, nel senso che tutta la *effettiva* "dinamica" del diritto penale-criminale passa attraverso il "filtro" costituito dalla "mediazione" necessaria del giudice (sia pure, a sua volta, condizionata da altri "passaggi" istituzionali, come l'iniziativa del Pubblico Ministero nel promovimento prima e nell'esercizio poi dell'azione penale oltre che della polizia giudiziaria nella fase delle indagini), ne consegue che, non potendo mai mancare, *il processo appartiene alla "fisiologia" dell'esperienza giuridica penalistica (nullum crimen, nulla poena sine iudicio)*<sup>389</sup>.

Da ciò una prima considerazione, della massima importanza dogmatica e sistematica: se infatti la "norma penale incriminatrice" è, anche "formalmente", "unica" (c.d. norma penale "reale")<sup>390</sup>, ne consegue altresì che occorre logicamente dare per presupposta, in prospettiva "sistematica", l'esistenza di ciò che potrebbe anche definirsi, stipulativamente, come "statuto penale del reo". Nel senso che, non potendosi *normativamente* distinguere, anzitutto dal punto di vista delle "garanzie" riferibili all'autore di un "fatto di reato", tra momenti – solo didatticamente distinguibili e definibili rispettivamente come – "sostanziali", "processuali" e "penitenziari" (o, più in generale, dell'"esecuzione"), al reo possono essere allora *legittimamente* applicate tutte e solo le "disposizioni" che delineano la "fisionomia normativa" di detto "statuto penale" e che sono, in particolare, quelle vigenti al

---

della pena contenuta nella condanna. Tale conclusione dovrebbe allora logicamente portare anche a rivedere l'idea tradizionale che il passaggio in giudicato di una sentenza sani anche tutte le nullità insanabili o le inutilizzabilità delle prove verificatesi nel corso del processo.

<sup>389</sup> CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., pp. 48-50. Il che ci consente allora di pervenire anche alla conclusione – senz'altro dogmaticamente più corretta – che in realtà, dal punto di vista *normativo*, esiste un *unico concetto di "norma penale"*, che si può ben definire "reale" – sia pure in una prospettiva squisitamente "formale" –, norma unica in quanto composta da "segmenti" di natura sostanziale, processuale e dell'esecuzione, e dalle relative regole, che possono utilmente distinguersi solo per comodità espositiva e didattica. Detto altrimenti, è come se la norma penale incriminatrice, utilizzando lo schema kelseniano del "giudizio ipotetico", fosse così formulata: «Se il fatto di reato A è stato accertato secondo le regole del processo penale (e sempre che si siano verificati tutti gli altri requisiti previsti dalla fattispecie di punibilità), il giudice deve applicare la sanzione B, che verrà eseguita secondo le modalità stabilite dalle regole dell'esecuzione penale». Sul concetto di norma penale "reale" vedi, per tutti, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 14-16. Vedi anche retro note 58 e 206.

<sup>390</sup> Retro note 58 e 389.

momento della commissione della condotta da cui si sviluppa il “fatto di reato” o comunque quelle che, se contenute in una legge entrata in vigore successivamente, comportano eventualmente una disciplina “più favorevole” per il soggetto qualificabile come imputato o reo. Ciò significa allora, ad es., che, se la durata massima della custodia cautelare in carcere viene allungata nel corso del procedimento penale rispetto a quella prevista al momento della commissione del reato, vale quest’ultima in quanto più favorevole; così come, se, durante l’esecuzione della pena detentiva, viene ristretto l’ambito applicativo di una misura alternativa, deve applicarsi la disciplina più favorevole prevista al momento della commissione del fatto di reato<sup>391</sup>. Così come non si potrebbe attribuire *ex post* la competenza a conoscere del reato ad un giudice diverso da quello “naturale” precostituito per legge (art. 25 comma 1 Cost.)<sup>392</sup>.

Ora, e ritornando alla stretta interdipendenza tra diritto e processo penale, siccome *il reato come “fatto punibile” non esiste al di fuori del suo accertamento (definitivo o anche solo allo “stato degli atti”<sup>393</sup>) nel processo – più precisamente: nel procedimento – penale<sup>394</sup>*, occorre allora anzitutto individuare – in una visione

<sup>391</sup> Ciò significa allora anche che, contrariamente a quanto si ripete dalla dottrina processualistica, in materia di “successione di norme processuali penali” la “regola” non è quella del c.d. *tempus regit actum*, che potrebbe valere solo nei limiti in cui la nuova disciplina non incida sulla posizione e sulle garanzie dell’indagato/imputato e sulla sua responsabilità. Così, fra l’altro, non potrebbero anzitutto applicarsi, se “più sfavorevoli” rispetto a quelle vigenti al momento della commissione del reato, le regole sull’ammissione e sulla valutazione della prova, posto che il ricorso ad un sistema probatorio piuttosto che ad un altro incide sulla stessa affermazione o negazione della responsabilità dell’imputato (per una analisi delle diverse tesi prospettate in dottrina sul punto vedi MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale* diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 208-213; in generale, muovendo dal concetto di “norma penale reale”, vedi anche le acute e convincenti osservazioni di GALLO, *Governo delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 28 ss.).

<sup>392</sup> Ritengo che anche le norme procedurali, se “più gravose” per l’indagato/imputato, non possano essere applicate per l’accertamento di un fatto di reato ipoteticamente commesso prima della loro entrata in vigore.

<sup>393</sup> Accertamento della responsabilità dell’indagato/imputato “allo stato degli atti”, come avviene nei *riti speciali “contratti”* del c.d. “patteggiamento”, del giudizio abbreviato e del decreto penale di condanna. Vedi anche retro cap. I, 12.

<sup>394</sup> Vedi TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, cit., p. 627 ss. e ID., *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., p. 15 ss. La questione di un valido accertamento della sola esistenza di un “fatto di reato” si presenta però anche con riferimento alle altre fattispecie di “responsabilità da reato” diverse da quella costitutiva della “fattispecie di punibilità”, come quelle della responsabilità per le misure di sicurezza, per il risarcimento del danno e le restituzioni da reato e amministrativa dell’ente per il reato commesso da organi apicali nel suo interesse o vantaggio.

“sistematica” corretta – quelle situazioni la cui presenza *impedisce la costituzione di un “valido” processo*, posto che, *senza processo, non ci può essere alcun accertamento “nel merito” del reato* ossia del fatto punibile. Ciò trova d'altronde una precisa – e significativa – conferma nel codice di procedura penale che, nell'elencazione delle sentenze di “proscioglimento” (in seguito a giudizio ordinario o abbreviato<sup>395</sup>), dà anzitutto la *precedenza* alle sentenze, *processuali* (ossia c.d. “di rito”), di “non doversi procedere” (art. 529 c.p.p.; vedi anche l'art. 129 c.p.p., spec. comma 2) e *solo dopo*, quando c'è un processo validamente instaurato, eventualmente<sup>396</sup>, alle sentenze di “assoluzione” nel merito dell'imputazione (art. 530 c.p.p.). Così come *a fortiori* anche alla sentenza di “condanna” dell'imputato (art. 533 c.p.p.) si può pervenire solo in presenza di un valido processo. Validità del procedimento/processo *subordinata* anzitutto alla *presenza* delle “condizioni di procedibilità” laddove richieste dalla legge (come anzitutto la querela o l'istanza della persona offesa, la richiesta del Ministro di Giustizia e l'autorizzazione a procedere)<sup>397</sup> e quindi alla *manca*za di situazioni per cui l'azione penale *non* doveva essere “iniziata” (= “promossa”) o “proseguita”. Condizioni di procedibilità la cui “presenza”, laddove prevista dalla norma incriminatrice, è sempre necessaria ai fini della valida instaurazione del processo, ma che, dal punto di vista della loro *struttura interna*, possono poi essere a “contenuto” sia “positivo” che “negativo” (come la *mancata* concessione o accettazione dell'extradizione per i delitti comuni commessi all'estero ai sensi degli artt. 9 comma 3 e 10 comma 2 n. 3 c.p.); nel senso in particolare, per queste ultime, che deve essere *presente* la loro *manca*za (“elementi positivi a contenuto negativo”: algebricamente + [–X]).

<sup>395</sup> Stabilisce infatti l'art. 442 comma 1 c.p.p., con riferimento alla decisione in seguito a giudizio abbreviato, che, «Terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti», ossia utilizzando la stessa tipologia di sentenze previste per il giudizio ordinario, a partire proprio da quelle processuali di “proscioglimento”.

<sup>396</sup> Sempre cioè che non si debba pervenire ad una declaratoria di “non doversi procedere” per intervenuta “estinzione del reato”: art. 531 c.p.p.

<sup>397</sup> Situazioni che non esauriscono però la categoria dommatica e normativa delle “condizioni di procedibilità”, come si argomenta in modo inequivoco dall'art. 345 comma 2 c.p.p., laddove si precisa che «La stessa disposizione [del comma 1, che stabilisce la riproponibilità dell'azione penale nel caso in cui intervenga successivamente la condizione di procedibilità originariamente mancante] si applica quando il giudice accerta la mancanza di una *condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1* [querela, istanza, richiesta e autorizzazione a procedere]». Fra esse va ad es. ricondotta (TRAPANI, voce *Legge penale. II) Limiti spaziali*, cit., p. 4) anche la «presenza del reo nel territorio dello Stato» di cui agli artt. 9 e 10 c.p. *Contra*, nel senso che si tratterebbe di una “condizione di punibilità”, vedi tuttavia GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 302-303.

“Presenza” di condizioni di procedibilità alla quale va *normativamente equiparata*, fra i “presupposti di validità” del procedimento, la “mancanza” di cause di “nullità assolute” e quindi “insanabili” (art. 179 c.p.p.) o addirittura di “inesistenza” del processo (come nel caso in cui il provvedimento di chiusura del procedimento penale, *a fortiori* se si tratta di sentenza di condanna, sia stato pronunciato da un giudice non ritualmente investito delle funzioni inerenti alla giurisdizione penale)<sup>398</sup>.

Posto però che il procedimento/processo penale è l'unico meccanismo *normativamente utilizzabile* per l'accertamento della responsabilità “*penale-criminale*” e dunque se il reato come “fatto punibile” non assume alcuna rilevanza al di fuori di un valido procedimento penale, ne consegue che tutto ciò che impedisce la *legittima* instaurazione e prosecuzione di un procedimento/processo penale impedisce altresì l'applicabilità della pena criminale. In particolare, ciò significa a sua volta logicamente che, *se non c'è* “*perseguibilità*” per difetto di una “condizione di procedibilità” – o, il che è lo stesso, per il sopravvenire di una “condizione di improcedibilità” (come una “causa di estinzione del reato”: art. 531 c.p.p.)<sup>399</sup> – *non ci può neppure essere, sia pure in via mediata, “punibilità” (ossia applicabilità della pena criminale)*. Onde, fra l'al-

<sup>398</sup> Sulla “inesistenza” della sentenza pronunciata da un giudice non ritualmente investito delle funzioni giurisdizionali penali, TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 219; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 182.

<sup>399</sup> Con riferimento specifico alle “cause estintive del reato”, si può correttamente parlare, dal punto di vista dommatico, di “condizioni di *improcedibilità sopravvenuta*” (Pagliaro, cit. in nota 228; sostanzialmente nella stessa direzione GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 196-202 e 204; vedi anche retro cap. I, 10 n. 2a). Infatti, se un “valido” procedimento penale si costituisce con la *iniziale* “presenza” della – eventualmente richiesta dalla legge – “condizione di *procedibilità*”, necessaria ora per il “promovimento” (ad es., la querela) ora per la “prosecuzione” (ad es., l'autorizzazione a procedere) dell'azione penale, ne consegue altresì logicamente che tutte quelle situazioni la cui presenza determina *a contrario* la *impossibilità di procedere ulteriormente* possono essere dommaticamente qualificate come “condizioni di *improcedibilità sopravvenuta*”. Il che appunto avviene con le “*cause di estinzione del reato*” (ovviamente quelle intervenute nel corso del processo *prima* della sentenza definitiva), come è confermato, in generale, dalla circostanza che, secondo il codice di procedura penale vigente, il loro intervento deve essere *immediatamente* dichiarato dal giudice attraverso – non a caso – una sentenza di “*non doversi procedere*” (*scil.*: *ulteriormente*) e quindi “processuale” (art. 531 comma 1 c.p.p.); più in particolare, ciò vale con specifico riferimento alla causa estintiva del reato costituita dalla “remissione della querela” (art. 152 comma 1 c.p.), sicuramente qualificabile sul piano dommatico come “condizione di *improcedibilità sopravvenuta*” in quanto istituito *esattamente simmetrico* rispetto alla “condizione di *procedibilità*” della querela. Dunque, “cause estintive del reato” che si traducono in “condizioni di improcedibilità sopravvenuta” in quanto *incidono direttamente sull'“azione penale” estinguendola*; azione penale, si ricordi, senza un utile esercizio della quale non si può pervenire all'applicazione della “pena criminale”. Sul punto vedi anche retro nota 238.

tro, la giustificazione, meglio: la possibile spiegazione sul piano dommatico, della *contestuale duplice prospettiva*, “sostanziale” nel codice penale e “processuale” nel codice di procedura penale, della “querela”, ma anche dell’“istanza” e della “richiesta”. Con la conseguenza, allora, che, da un lato, le “condizioni di procedibilità” svolgono sia pure *indirettamente* anche la “funzione” di “condizioni di punibilità”; dall’altro lato, in modo esattamente speculare, che le “condizioni di improcedibilità” – originarie (come quelle a “contenuto negativo”) o sopravvenute – si risolvono *logicamente sempre* anche in “cause di non punibilità”. Il che trova conferma *sul piano normativo del diritto positivo* in primo luogo proprio nell’art. 129 c.p.p., disposizione che, pur facendo esplicito e diretto riferimento nella rubrica solo alle “cause di non punibilità” (di cui si impone nel processo l’obbligo della declaratoria immediata), dalla portata del testo legislativo risulta comprensiva *anche* – preliminarmente – delle “cause di improcedibilità”<sup>400</sup>. “Cause di improcedibilità” da considerare dunque – in una prospettiva logica – come le prime “cause di non punibilità” sul piano della (ri)costruzione dommatica di un sistema criminale “integrale” e “integrato”.

## 2. *Il sistema delle prove e le diverse fattispecie di responsabilità da reato*

Una volta vagliata la esistenza di un procedimento/processo penale *validamente instaurato* per la presenza di tutti i “presupposti processuali”, ed entrando quindi il giudice legittimamente “nel merito” dell’imputazione, occorre anzitutto ricordare come il “sistema delle prove” incida direttamente sulla stessa (affermazione o negazione della) “responsabilità”. Se infatti la “pena”, per potersi ritenere “legittimamente” irrogata, deve essere applicata anche attraverso un processo penale “legale”, e quindi nel rispetto della “legalità processuale” (come espressamente sancito dall’art. 9 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici), occorre anzitutto considerare, con riferimento a quel suo aspetto specifico costituito dalla “legalità probatoria” (*rectius*: del “procedimento probatorio”), le regole sulla “valutazione della prova” (in particolare le “regole di esclusione probatoria”) ma anche quelle sulla sua “ammissione”, e quindi, più specificamente, i divieti probatori “espressi” (art. 191 c.p.p.) e le c.d. prove “incostituzionali”; cui si

<sup>400</sup> Art. 129 c.p.p.: «OBBLIGO DELLA IMMEDIATA DECLARATORIA DI DETERMINATE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ – 1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. ... »

debbono aggiungere le violazioni delle regole del c.d. “giusto processo” fra le quali ci sono sicuramente – come cause di illegittimità-invalidità – quantomeno le violazioni delle regole processuali direttamente stabilite dall’art. 111 Cost. e dall’art. 6 CEDU. E tanto le regole sulla “valutazione della prova” sono da sempre state “sentite” come direttamente incidenti sulla responsabilità, e quindi sulla punibilità, dell’imputato<sup>401</sup> che non è mancato chi ne ha senz’altro sostenuto la natura propriamente “sostanziale” e non “processuale”, anche, e forse soprattutto, in funzione dell’applicabilità delle relative “garanzie”<sup>402</sup>.

A ben vedere, in realtà, tutto il processo, compresa la stessa previsione di riti speciali a struttura “contratta”, ruota intorno alla prova, quantomeno sulla sua *completezza*, ai fini di una – eventuale – affermazione piena di responsabilità «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.); per cui, fra l’altro, oggi occorre anche vedere se il principio della “presunzione di innocenza” fino alla “condanna definitiva” (art. 27 comma 2 Cost.) sia compatibile con i riti “contratti” dove la condanna segue – almeno di regola – ad un accertamento della responsabilità dell’indagato/imputato solo “allo stato degli atti”<sup>403</sup>; intero processo che, dipendendo nel suo esito

<sup>401</sup> Sull’importanza della diversità del “metodo del procedimento probatorio” per distinguere gli ideal-tipi dei modelli processuali “inquisitorio” e “accusatorio” si rimanda a TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, cit., spec. par. 3-5.

<sup>402</sup> Vedi le indicazioni in MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., pp. 208-213; e anche retro nota 391.

<sup>403</sup> Una domanda che ci si potrebbe però porre a questo punto è se, alla stregua delle regole costituzionali, la “prova” – meglio: la sua “ammissione” e “valutazione”, specie con riferimento alla *utilizzazione come prova degli atti di indagine* (atti di indagine che, al massimo, di regola possono propriamente portare all’acquisizione di meri “elementi probatori”) – sia “disponibile” da parte dell’indagato/imputato. Già da una semplice lettura dell’art. 111 comma 5 Cost. (a tenore del quale «La legge regola i casi in cui *la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato ...*») parrebbe che la risposta debba essere positiva. Ma, trattandosi evidentemente di norme di “ordine pubblico”, ci si potrebbe chiedere se ciò non finirebbe comunque per andare contro il principio – appartenente a quel “nucleo costituzionale” di diritti fondamentali dell’uomo assolutamente inderogabili – della “presunzione di innocenza” dell’“imputato” (si noti: *non* dell’“indagato”, come correttamente recita l’art. 27 comma 2 Cost.!) fino a “condanna definitiva”, condanna che – incidendo sulla “libertà personale”, diritto “naturale” sicuramente “indisponibile” da parte (non dello Stato ma) del suo titolare in quanto, per regola generale, “inviolabile” (art. 13 comma 1 Cost.) – dovrebbe, a sua volta, logicamente fondarsi su una *piena prova* della “colpevolezza” dell’imputato “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Mi sembra tuttavia che la risposta debba essere in ogni caso negativa, posto che, anche nei riti “premiali” (in particolare, applicazione della pena su richiesta delle parti e giudizio abbreviato) e sia pure solo “allo stato degli atti”, la relativa decisione è pur sempre presa con una sentenza *formalmente* di “condanna” e sulla base di una piena prova “al di là di ogni ragionevole dub-

dalla prova dei fatti concernenti l'“imputazione” e la “punibilità” (come statuito dall'art. 187 c.p.p.), finisce quindi alla fine per incidere, ancora una volta, sulla stessa punibilità.

Ma c'è di più. Proprio considerando la rilevanza fondamentale delle regole di acquisizione e di valutazione della prova – in una parola: il “sistema probatorio” accolto dal diritto positivo – ai fini dell'affermazione o negazione della responsabilità, occorre infatti sottolineare anche come l'*accertamento del reato* (= “fatto costitutivo di reato”) con riferimento alle fattispecie di responsabilità *diverse da quella di “punibilità”*, tenendo conto dei *diversi sistemi probatori* accolti nei diversi rami dell'ordinamento, può portare, anzitutto, a *esiti processuali diversi*. Così, in particolare, laddove si tratti ad es. di responsabilità civile da reato (art. 185 c.p.), anche se la fattispecie “sostanziale” di responsabilità non cambia, *non è affatto giuridicamente indifferente*, proprio con riferimento al possibile esito del giudizio, che colui che afferma essere il danneggiato, per far valere le sue pretese, utilizzi il meccanismo della costituzione di parte civile nel processo penale ovvero agisca direttamente in sede civile, dal momento che il “sistema probatorio” è *assolutamente diverso* nel processo civile o nel processo penale. Con la rilevante conseguenza – spesso non adeguatamente sottolineata – che, se il danneggiato agisce direttamente davanti al giudice civile, non è da escludere che i giudizi penale e civile, cambiando le regole di accertamento del “fatto di reato” (accertamento che – si ricordi – davanti al giudice civile avviene solo *incidenter tantum*), possano portare ad esiti processuali addirittura opposti (nel senso ad es., da un lato dell'affermazione della responsabilità penale-punitiva, dall'altro della mancata condanna al risarcimento del danno di chi, in sede penale, è stato riconosciuto autore del reato se, sia pure *incidenter tantum*, il giudice civile non ha potuto dal punto di vista probatorio riconoscere l'esistenza del fatto di reato). Ciò discende dal fatto che, in sede civile, non ogni tipo di prova è sempre ammissibile – si pensi ad es. alla testimonianza<sup>404</sup> – e la valutazione della prova è comunque subordinata all'esistenza di un sistema di prove “legali” (presunzioni, confessione, giuramento decisorio), mentre in sede penale vige il principio opposto del c.d. “libero convincimento del giudice”. È evidente allora che, stando così le cose, l'affermazione o meno della responsabilità civile da reato, di fronte allo stesso

---

bio”, sia pure sulla base dei soli elementi probatori *legittimamente* utilizzabili in ciascun tipo di rito “speciale” (retro cap. I, 12 e nota 290).

<sup>404</sup> Si pensi ad esempio all'art. 2722 c.c., a tenore del quale «La prova per testimoni non è ammessa se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea».

caso concreto, potrebbe essere diversa a seconda della strada processuale intrapresa dal preteso danneggiato, se civile o penale<sup>405</sup>.

Quanto appena detto trova una ulteriore conferma, sul piano sistematico, si potrebbe dire: *a contrario*, nella disciplina prevista dal codice di procedura penale con riferimento alla “efficacia” della sentenza penale irrevocabile, di condanna o di assoluzione<sup>406</sup>, pronunciata in seguito a di-

<sup>405</sup> Sempre ovviamente che non sia lo stesso ordinamento ad escludere, a monte, la stessa possibilità di scelta, come nel caso in cui l'imputato sia un soggetto “minorenne” contro cui non è giuridicamente ammessa la costituzione di parte civile nel processo penale. Come dispone infatti l'art. 10 comma 1 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, rubricato “Inammissibilità dell'azione civile”, «Nel procedimento penale davanti al tribunale per i minorenni non è ammesso l'esercizio dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato. ... ».

Qui è la particolare “qualità” – di minorenne – dell'autore del reato e quindi del (presunto) danneggiante ad escludere la possibilità di scelta del (meglio: di chi si assume) danneggiato in ordine allo strumento processuale utilizzabile per esercitare la sua azione civile di responsabilità. In questo caso pertanto il danneggiato non ha la “legittimazione attiva *ad processum*” per esercitare l'azione civile in sede penale, mentre al minorenne mancherebbe la “legittimazione passiva” ad essere convenuto nel processo penale contro di lui anche per le restituzioni e il risarcimento del danno da reato. Ciò è probabilmente spiegabile volendosi evitare, nei processi contro minori, la presenza di una seconda “accusa” (che, come noto, si determinerebbe di fatto con la costituzione di parte civile).

<sup>406</sup> La sentenza penale irrevocabile di “*proscioglimento*” pronunciata, in seguito a dibattimento, con riferimento alla causa di non punibilità della “*particolare tenuità del fatto*” prevista dall'art. 131-*bis* c.p., *presupponendo* comunque l'accertamento della sussistenza del “fatto di reato” oggetto di imputazione e della responsabilità dell'imputato, ha la *stessa* “*efficacia*”, in sede di giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno, della sentenza penale irrevocabile di “condanna” (arg. *ex* artt. 651 e 651-*bis* c.p.p.: retro nota 308). Quindi, *a favore del “danneggiato”* (e non contro di lui, diversamente da quanto avviene con le sentenze di “assoluzione”). Avendo poi la causa di «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto» di cui all'art. 131-*bis* c.p. “natura giuridica”, propriamente, di “*causa estintiva del reato*” (retro cap. I, 13) – *analoga* al “perdono giudiziale”, anch'esso dichiarabile contestualmente all'accertamento della sussistenza del reato e della responsabilità dell'imputato (minorenne) – andrà, più precisamente, dichiarata con una sentenza di “*non doversi procedere*” (art. 531 c.p.p.) e non – come pure qualcuno ritiene (TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 764; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 615) – di “assoluzione”: infatti, anche se l'art. 530 comma 1 c.p.p. dispone l'“assoluzione” «se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione», questa formula – a parte che sembrerebbe, almeno di primo acchito, direttamente riferibile *solo* alle “cause personali di esenzione da pena” (conclusione tuttavia da respingere: retro nota 310) – va comunque interpretata sistematicamente, nel senso che vale per tutte le “cause di non punibilità” diverse da quelle da ricondurre sotto *altra* formula di proscioglimento, come appunto avviene per le “cause di estinzione del reato”. Cause di estinzione del reato che, come confermato dalla rubrica dell'art. 129 c.p.p., sono anch'esse da ricondurre sotto la categoria generica delle “cause di non punibilità” (retro nota 400) in quanto, con la sentenza che le dichiara, è altresì *definitivamente esclusa* la “punibilità” (nel senso di “astratta possibilità di applicazione

battimento, nel giudizio civile o amministrativo di danno (*rectius*: per le restituzioni e il risarcimento del danno da reato) ovvero in altri giudizi civili e amministrativi. Infatti, e anche a prescindere dall'idea – risalente – della c.d. “unità della giurisdizione” (su cui in questa sede non è possibile soffermarsi)<sup>407</sup>, non v'è dubbio che il processo penale sia strutturalmente, tra i vari tipi di processo, quello che, per il “metodo” del procedimento probatorio utilizzabile – anche se corrispondente al modello “accusatorio” del c.d. “giusto processo”, meno “invasivo” del modello c.d. “inquisitorio” –, è quello che consente comunque di raggiungere il maggior grado di “approssimazione”, razionalmente “credibile”, alla conoscenza del fatto storico oggetto di verifica<sup>408</sup>. Da ciò consegue allora, in particolare, la *coerenza*, sul piano del diritto positivo, della espressa previsione che la sentenza penale irrevocabile di “condanna” ha efficacia di giudicato anche nei giudizi civile e amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno «quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso» (sempre però che il giudizio extrapenale sia stato «promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale») (art. 651 c.p.p.); così come la sentenza penale irrevocabile di “assoluzione” ha efficacia di giudicato, “precludendo” l'azione in sede civile o amministrativa per le restituzioni e il risarcimento del danno, «quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima» (art. 652 comma 1 c.p.p.).

Altrettanto, a sua volta, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo (promosso «nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale») «quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, ... *purché la legge civile non ponga*

della pena criminale”) del soggetto imputato del reato.

<sup>407</sup> Sul problema della “unità della giurisdizione” fondamentali rimangono ancora oggi le considerazioni di L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, 4ª ed., Milano, Vallardi, *passim*, spec., con riferimento ai rapporti tra la giurisdizione penale e quella civile, p. 732 ss.; “unità della giurisdizione” che potrebbe anche essere vista come l'esatto *pendant* sul versante “processuale” dell'idea dell’“unità dell'ordinamento giuridico” (o comunque una sua specificazione), da cui il principio logico di “coerenza” o di “non contraddizione” all'interno del medesimo “ordinamento”.

<sup>408</sup> Vedi TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, cit., 635 ss.

*limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*» (art. 654 c.p.p.); previsione, quest'ultima, sistematicamente coerente proprio in considerazione delle specificità dei sistemi probatori dei processi extrapenalici, fondati su c.d. "prove legali". "Preminenza" dell'accertamento probatorio penale che trova altresì conferma nella disciplina dettata dall'art. 75 c.p.p. a proposito dei rapporti tra l'azione civile da reato e l'azione penale<sup>409</sup>. Che poi in sede penale e in sede civile o amministrativa si possa pervenire ad esiti processuali diversi, meglio: opposti – proprio in dipendenza dei diversi sistemi probatori – trova un'ulteriore conferma nell'attuale art. 479 comma 1 c.p.p., anche se secondo modalità "più restrittive" rispetto a quelle delle corrispondenti disposizioni dei codici di procedura penale del 1913 e 1930<sup>410</sup> a

<sup>409</sup> Nonostante infatti la volontà del legislatore storico del codice di procedura penale vigente, finalizzata a favorire la netta separazione tra giudizio civile e penale con riferimento all'azione civile per restituzioni e risarcimento del danno da reato (da riportare nella sua sede propria), una volta mantenuta la possibilità – secondo la tradizione "francese", opposta a quella anglosassone –, anche in un modello di processo penale tendenzialmente "accusatorio" come quello del 1989, della "costituzione di parte civile" nel processo penale (art. 74 ss. c.p.p.), la disciplina effettivamente disposta dall'art. 75 c.p.p. per regolare i rapporti tra azione civile e azione penale sembra, alla fine, "privilegiare" comunque il ricorso all'azione civile *all'interno* del processo penale proprio in considerazione della – almeno tendenziale – maggiore "approssimazione" del giudizio penale alla "verità materiale" e quindi alla realtà storica con riferimento all'accertamento del fatto di reato produttivo del danno risarcibile e/o fonte delle restituzioni. Infatti, mentre, da un lato, l'azione civile *già proposta* davanti al giudice civile *può essere trasferita nel processo penale*, sia pure solo «fino a quando in sede civile non sia stata pronunciata sentenza di merito anche non passata in giudicato» (comma 1), azione civile che pertanto «prosegue in sede civile» *solo «se non è trasferita nel processo penale o è stata iniziata quando non è più ammessa la costituzione di parte civile»* (comma 2); nel caso in cui, viceversa, «l'azione [civile] è proposta *in sede civile* nei confronti dell'imputato *dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il processo civile è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta a impugnazione»* (comma 3). Sentenza penale "irrevocabile" – di condanna o di assoluzione – che, ai sensi degli artt. 651 e 652 c.p.p., ha a sua volta, come visto, "efficacia di giudicato" nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno da reato. Il che trova ulteriore conferma, sul piano sistematico, nell'art. 211 norme att. c.p.p., a tenore del quale, «Salvo quanto disposto dall'articolo 75, comma 2, del codice, quando disposizioni di legge prevedono la *sospensione necessaria* del processo civile o amministrativo a causa della pendenza di un processo penale, il processo civile o amministrativo è sospeso fino alla definizione del processo penale *se questo può dare luogo ad una sentenza che abbia efficacia di giudicato nell'altro processo* e se è già stata esercitata l'azione penale». Breve: se la finalità del legislatore di stabilire una netta separazione tra azione civile (da reato) e azione penale, e conseguentemente fra processo civile e processo penale, fosse stata effettivamente tradotta nel dato normativo, il codice di rito avrebbe dovuto quantomeno prevedere il principio della *electa una via non datur recursus ad alteram*, senza possibilità di "passaggio" dal processo civile a quello penale e viceversa.

<sup>410</sup> Art. 3 c.p.p. 1913: «1. Qualora la decisione sulla esistenza del reato dipenda dalla riso-

proposito delle “questioni pregiudiziali” civili nel processo penale, laddove, disciplinando la situazione inversa rispetto a quella prevista dall’art. 651, dispone che, «qualora la decisione sull’esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa *di particolare complessità*, per la quale sia *già in corso* un procedimento presso il giudice competente», è rimesso al giudice penale il potere discrezionale di «disporre la sospensione del dibattimento, fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato»; attribuendo però autorità di giudicato alla sentenza civile o amministrativa nel processo penale *solo se*, nel relativo processo, «*la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*». Evidenziando così, non solo la “preminenza” del sistema probatorio penale in quanto, non essendo limitato da un meccanismo di “prove legali”, è quello che più può – sia pure tendenzialmente – “avvicinarsi” alla “realtà” della vicenda storica oggetto di accertamento, ma anche la possibilità di esiti processuali diversi laddove in sede di processo civile o amministrativo la legge ponga limitazioni alla prova.

Concludendo sul punto, si deve allora sottolineare come, nell’“interferenza” tra le varie fattispecie di responsabilità *da reato*, non è uguale, e quindi indifferente, l’accertamento probatorio dell’esistenza del “fatto di reato” se compiuto in sede penale o, sia pure *incidenter tantum*, in sede civile o amministrativa<sup>411</sup>, perché *cambia il sistema delle prove*.

luzione di una controversia civile, il giudice ha facoltà di rinviare tale risoluzione al giudizio civile, assegnando un termine, durante il quale è sospeso il giudizio penale. 2. Se nel termine stabilito non sia definita la controversia civile per causa che si riconosca non imputabile alla parte, il termine può essere prorogato. 3. Se non sia il caso di concedere la proroga, o se nel termine prorogato la controversia civile non sia definita, il giudice penale decide sull’imputazione»; art. 20 c.p.p. 1930: «ALTRE QUESTIONI PREGIUDIZIALI A UN GIUDIZIO PENALE – 1. Salvo quanto è stabilito nell’articolo precedente [“Questioni di stato personali pregiudiziali ad un giudizio penale”], qualora la decisione sull’esistenza di un reato dipenda dalla risoluzione di una controversia di competenza di un giudice civile o amministrativo, il giudice penale può anche d’ufficio con ordinanza rimettere tale risoluzione al giudice competente. 2. Questa facoltà può esercitarsi solo se la controversia non è di facile risoluzione e la legge non pone limitazioni alla prova del diritto controverso. 3. Nell’ordinanza con la quale viene disposta la rimessione, il giudice assegna un termine durante il quale è sospeso il procedimento penale. Il termine può essere prorogato per giusta causa una sola volta. 4. Se la proroga non è concessa, o se nel termine prorogato la controversia non è decisa con la sentenza indicata nel capoverso dell’articolo 21, il giudice anche d’ufficio con ordinanza revoca la sospensione. In tal caso con la sentenza il giudice decide su ogni elemento dell’imputazione. 5. Quando sulla controversia si trova già in corso il giudizio dinanzi a un giudice civile o amministrativo, il giudice può provvedere a’ termini delle disposizioni precedenti».

<sup>411</sup> Solo con riferimento alla responsabilità amministrativa dell’ente per il reato commesso dai suoi organi apicali ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, le regole processuali, e

### 3. *Liceità “assoluta” e liceità “relativa”*

Procedendo nella costruzione di un sistema normativo penale “integrale” e “integrato”, prima di affrontare l’analisi strutturale del “fatto di reato” e della “fattispecie di punibilità” è però a mio avviso necessario, secondo una corretta prospettiva dommatica, individuare preliminarmente quella sfera di comportamenti che, alla stregua di una valutazione effettuabile *a priori*, non può mai costituire oggetto di rilevanza penale-criminale. Più in particolare, occorre considerare in primo luogo – non ciò che, “in positivo”, può essere qualificato come “reato”, ma – ciò che, “in negativo”, non può mai legittimamente costituire oggetto di incriminazione, e pertanto di qualunque possibile disciplina “restrittiva” di diritto penale, rimanendo quindi necessariamente “lecito” in quanto *ab origine* “estraneo” alla “materia penale-criminale”. In questa logica, la costruzione di un sistema penale integrato (sempre dal punto di vista strettamente giuridico-normativo di diritto positivo), deve dunque correttamente iniziare dall’esame di ciò che “non” permette di qualificare nessun fatto come reato. Più in particolare, muovendo anzitutto dall’analisi di ciò che rende un qualunque fatto, nella sua “rilevanza normativo-giuridica”, “lecito” però – non esclusivamente dal punto di vista penale, ma già – alla stregua dell’intero ordinamento giuridico; rispondendo quindi a criteri autonomi e diversi rispetto a quelli che governano la “materia penale” (criminale).

A questo proposito, essenziale è allora procedere alla *distinzione tra i concetti di “liceità assoluta” e “liceità relativa”*, distinzione che si può ritenere corrispondente, su un piano di teoria generale, a quella tra “permesso forte” e “permesso debole”<sup>412</sup>: nel senso che ci sono alcune situazioni la cui pre-

---

quindi anche quelle probatorie, sono *le stesse* del procedimento penale; ciò in quanto la competenza – *esclusiva* – a conoscere gli illeciti amministrativi dell’ente e ad applicare le relative sanzioni amministrative a carico dell’ente «appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono» (art. 36 decreto cit.). Disciplina particolare dettata probabilmente dal fatto che essa costituisce frutto di un compromesso tra coloro che volevano rimanere fedeli all’idea tradizionale – e a mio avviso sempre valida e corretta (retro note 3 e 370; si veda anche infra nota 515) – di un diritto penale-criminale avente come destinatari solo le persone fisiche e coloro che, viceversa, ad imitazione di quanto accaduto negli ultimi decenni in altri ordinamenti giuridici anche di *civil law* (come il francese e lo spagnolo), avrebbero voluto introdurre anche nel nostro sistema un meccanismo di responsabilità penale – in senso proprio – delle *persone giuridiche*.

<sup>412</sup> Sui concetti di “permesso forte” e “permesso debole” si vedano C.E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, a cura di P. Chiassoni e G.B. Ratti, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 157-159; BULYGIN, *Norme permissive e sistemi normativi*, in ID., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 181 ss.; F. POGGI, *Norme permissive*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 39 ss.

senza comporta non solo la non assoggettabilità del comportamento realizzato a qualunque tipo di risposta sanzionatoria – o di altra conseguenza comunque “sfavorevole” – di qualsiasi natura (penale, civile e/o amministrativa), *ma anche la previsione di una “tutela specifica”* da parte dell’ordinamento giuridico di quello stesso comportamento in quanto ipotizzato da una norma che *espressamente lo “permette”* (o addirittura lo “impone”)<sup>413</sup>.

Tali situazioni che determinano la “liceità assoluta” di qualunque comportamento realizzato in loro presenza sono l’*“esercizio di facoltà legittima”*<sup>414</sup>, l’*“adempimento di un dovere”* (discendente da una norma giuridica o da un ordine legittimo dell’Autorità, dovere che quindi trova comunque la sua fonte di legittimità e quindi di validità, sia pure mediata, in una norma giuridica) e la *“legittima difesa”*. Contrariamente però a quanto spesso si dice, in particolare dai sostenitori della concezione “tripartita” del reato, queste situazioni non sono previste da “norme autonome di liceità dell’intero ordinamento”<sup>415</sup>, ma da precise *“disposizioni”*<sup>416</sup> di *“diritto positivo”* di natura pe-

<sup>413</sup> Fondamentale sul punto Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 158-162, che distingue a seconda che il “permesso” di tenere un certo comportamento costituisca solo il “risvolto positivo” della “mancanza di un divieto”, come sinonimo di condotta “libera” in quanto giuridicamente non vietata né comandata (permesso “in senso negativo”), ovvero sia viceversa *espressamente stabilito* da una norma giuridica (permesso “in senso positivo”) rappresentando allora il contenuto di una delle “facoltà” di cui si compone strutturalmente qualsiasi “diritto soggettivo” (ID., *La dottrina pura*, cit., pp. 160-161). In questo secondo caso, la previsione di una “facoltà legittima” comporta necessariamente la predisposizione da parte dell’ordinamento di un meccanismo per la sua “tutela”. Così, ad es., il titolare di un certo “diritto”, di cui un certo comportamento costituisce esercizio di una delle “facoltà” che lo integrano, qualora questo diritto sia minacciato (ossia messo in pericolo) o addirittura violato, può mettere in moto il *meccanismo coattivo-sanzionatorio* per la sua tutela; così come non si può reagire in stato di legittima difesa contro un comportamento a sua volta realizzato in una situazione di legittima difesa di un “diritto” (proprio o altrui), mancando *normativamente* – per definizione – la “ingiustizia” dell’offesa (trattandosi appunto di esercizio di “facoltà legittima”).

<sup>414</sup> Si noti come sia *dommaticamente più corretto* parlare di “esercizio di facoltà legittima” (vedi art. 652 c.p.p. e art. 4 comma 1 legge n. 689/81) piuttosto che di “esercizio di un diritto” (art. 51 c.p.): vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 316. Il “diritto soggettivo” è infatti costituito da un *insieme* di “facoltà legittime” che *solo nel loro complesso unitariamente considerato* sono normativamente qualificabili come “diritto soggettivo” (NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pp. 21-23). A ciò si aggiunga come la “facoltà legittima” non discenda necessariamente solo da un diritto soggettivo (in senso tecnico).

<sup>415</sup> Con la conseguenza che, se – sempre per i tripartiti – la qualifica di *“antigiuridicità oggettiva”* del “fatto tipico” di reato è data dal *contrasto di detto fatto con l’intero ordinamento giuridico*, ne deriva logicamente che, ad affermarne, al contrario, la sua *“giuridicità”* (da intendere conseguentemente come *“liceità”* del fatto *sempre alla stregua dell’intero ordinamento*, e quindi come *“liceità assoluta”*), basterebbe l’esistenza *anche di una sola “norma”*, prevista in qualunque settore dell’ordinamento, che viceversa ne “autorizzasse” o, addirittura, ne “impo-

nale, civile o amministrativa la cui funzione, e conseguente “efficacia”, è appunto

nesse” la realizzazione. Onde, da un’altra angolazione ma sempre in modo rigorosamente consequenziale rispetto alle premesse, l’idea che le “cause di giustificazione”, ricavabili da dette “norme autonome” di liceità “assoluta” e quindi “generale”, siano situazioni che escludono la qualifica di “antigiuridicità” del “fatto” alla stregua dell’intero ordinamento. Vedi MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 315-318. Per una critica a questa impostazione – in particolare, nel senso che *alla stregua del diritto positivo* esistono situazioni di “antigiuridicità” *esclusivamente* penali, civili o amministrative e quindi, correlativamente, “norme di liceità” penali, civili o amministrative – vedi comunque *infra* nel testo. A sua volta, occorre poi comunque evidenziare come, dal punto di vista strettamente logico, a differenza di quanto ritenuto dalla dottrina citata che segue la “tripartizione” (o la variante della “quadripartizione”), affermare – sia pure muovendo da certe premesse – che la “presenza” di “cause di giustificazione” esclude l’“antigiuridicità” alla stregua dell’intero ordinamento *non significa però – ragionando “a contrario” – che la “mancanza” di “cause di giustificazione” comporta logicamente, e simmetricamente, la qualificazione del “fatto” come “antigiuridico” sempre alla stregua dell’intero ordinamento* (così, viceversa, MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, pp. 176 e 181-182).

Se infatti ipotizziamo tre illeciti, uno penale, uno civile e uno amministrativo, la cui “struttura” è costituita, rispettivamente, dagli “elementi positivi” A+B, A+B+C e A+B+C+D, e individuiamo, a sua volta, nel requisito X una “causa di giustificazione”, la “mancanza” di detta scriminante con riferimento all’illecito penale comporta la sua illiceità, e quindi la sua “antigiuridicità”, ma *non* la “antigiuridicità” anche dei fatti che – “in positivo” – integrano gli illeciti civile e amministrativo, data appunto la loro diversità di “struttura” rispetto all’illecito penale.

Ricapitolando: la mancanza di una causa di giustificazione di per sé *non* significa che i requisiti “positivi” della struttura delle tipologie di illeciti di diversa natura giuridica (*a fortiori* se si tratta non di “illeciti” ma di meri “fatti antigiuridici”: retro cap. I, 17) siano *identici* e quindi i fatti qualificabili come illeciti (o antigiuridici); ovvero, ragionando più genericamente da una prospettiva strutturale, *la mancanza di un elemento “comune” a diverse strutture non significa che quelle strutture siano identiche con riferimento agli altri elementi*. Per cui la “liceità” del fatto alla stregua dell’ordinamento penale *non* comporta logicamente di per sé la “liceità” di quel fatto alla stregua di altri rami dell’ordinamento. Anche perché, se così fosse, bisognerebbe allora sempre logicamente ipotizzare – contro le precise indicazioni discendenti dal diritto positivo – l’assoluta “identità strutturale” di tutti gli illeciti, anche se di diversa “natura giuridica”. Per cui, ad es., un “fatto tipico di reato” (secondo i tripartiti) *non assistito* da una causa di giustificazione (anche ritenendo – in ipotesi – che *tutte* le scriminanti *diverse* dall’“adempimento di un dovere” possano ricondursi all’“esercizio di una facoltà legittima”) dovrebbe *di per sé solo* essere considerato *anche* illecito civile e amministrativo: il che non è, già sulla base del diritto positivo (arg. ad es. *ex art.* 185 c.p., che richiede, accanto al reato, l’ulteriore elemento del “danno”). Nel senso tuttavia che l’illecito penale integri sempre altresì un illecito civile da cui nasce una pretesa risarcitoria (ma sulla base di altre, e comunque ben più solide, argomentazioni) CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1930, *passim*.

<sup>416</sup> Per la fondamentale distinzione, di teoria generale, tra “norma” e “disposizione” (o “enunciato linguistico normativo”) vedi CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 195 ss.; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 16 e 69.

quella di *escludere* ogni tipo di “responsabilità” nei *corrispondenti* settori dell’ordinamento; per cui è dall’*insieme* di queste ipotesi di “non sanzionabilità”, *considerate “sistematicamente”*, che si deduce la “*liceità assoluta*” alla stregua dell’intero ordinamento giuridico di qualunque fatto – in particolare, basato su un comportamento umano – se realizzato in loro presenza. Ciò, ripetesi, proprio perché esistono precise disposizioni legislative di diritto positivo che espressamente lo stabiliscono.

Quanto alla *ratio* della “non sanzionabilità”, e quindi della “liceità”, di qualunque fatto se verificatosi in presenza di una di queste situazioni, esse rispondono a “*funzioni*”, e conseguentemente a “*logiche*”, *diverse*. Più in particolare, l’esercizio di facoltà legittima e l’adempimento del dovere rispondono ad una *ratio* di “*non contraddizione*” e dunque di “*coerenza*”, posto che un medesimo ordinamento, logicamente, non può vietare un certo fatto (con una norma) e, *contestualmente*, facoltizzarlo o addirittura imporlo (con un’altra norma)<sup>417</sup>. Se infatti ci sono norme che operano in direzione opposta, ciò crea una “*antinomia*” nel sistema che, necessitando di un “*criterio di risoluzione*”, anch’esso “*normativo-giuridico*”, può essere *a priori* superata *solo da una “terza norma”* (più precisamente: “*metanorma*”) che stabilisca *quale* tra quelle in contrasto deve prevalere; scelta squisitamente “*politica*”, in quanto rimandata allo stesso legislatore, e dunque – ancora una volta – *di stretto diritto positivo*<sup>418</sup>. Ed è questa infatti a ben vedere, almeno a prima vista, la reale

<sup>417</sup> E non v’è dubbio che l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere richiamati dall’art. 51 c.p. – *rectius*: il diritto o il dovere il cui esercizio o adempimento rispettivamente scrimina (cap. II, 3 e nota 440) – sono previsti da “*norme autonome*” che si incontrano in settori *extrapenal*i dell’ordinamento. Non si deve tuttavia dimenticare come, se anche è vero che l’esercizio di un diritto esclude ogni tipo di responsabilità alla stregua dell’intero ordinamento giuridico, a sua volta *ogni “diritto” presenta sempre dei “limiti” sul piano “normativo”*, ossia del suo “riconoscimento giuridico”, *non essendo giuridicamente ipotizzabile un diritto illimitato*; limiti che discendono dai diversi settori dell’ordinamento stesso, persino da quello penale (si pensi ad es. ai limiti previsti per il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali dalla stessa legge penale: legge 12 giugno 1990 n. 146). Onde la difficoltà di evitare il pericolo – sempre incombente – di cadere in una sorta di ragionamento in circolo (sottolinea come limiti al diritto il cui esercizio scrimina possono discendere anche da norme penali MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 264 ss.).

<sup>418</sup> Si noti come il principio di “coerenza” o di “non contraddizione” dell’ordinamento giuridico, pur essendo un principio “logico” valido già su un piano di teoria generale delle norme, *di per sé non ci dice “quale” delle norme aventi contenuto “contraddittorio” deve “prevalere”*; il che comporta che si tratta di una *opzione di stretto diritto positivo* e quindi di una scelta “politica”, in quanto rimandata allo stesso legislatore. Ciò, ovviamente, laddove si tratti di norme di eguale rango gerarchico ed egualmente vigenti, operando altrimenti diversi criteri di risoluzione delle “antinomie”.

Una attenzione particolare si deve però fare rispetto alla scriminante dell’esercizio di un diritto: infatti, se il “diritto soggettivo”, per sua natura, non può essere “illimitato”, si tratta

“funzione” che sembrano apparentemente svolgere le disposizioni rispettivamente previste dagli artt. 51 comma 1 c.p., 4 comma 1 legge 24 novembre 1981, n. 689<sup>419</sup>, e 2043 c.c. (quest’ultima laddove specifica, ai fini del risarcimento, che si deve trattare di un “danno *ingiusto*”, ossia quantomeno *sine iure*<sup>420</sup>), disposizioni che prevederebbero – ovviamente sempre che si tratti di “antinomia” fra “norme” di pari rango gerarchico e di uguale validità temporale e spaziale – la “*prevalenza*” della norma di “*non sanzionabilità*” (e quindi di “liceità”) su quella di “responsabilità” nei *rispettivi* settori dell’ordinamento.

Nonostante la apparente suggestività di una tale conclusione, in realtà non è tuttavia corretto affermare che le “disposizioni” degli artt. 51 c.p., 4 legge n. 689/1981 e 2043 c.c. esprimano delle c.d. “metanorme” in grado di risolvere l’“antinomia” tra la norma incriminatrice o quella punitivo-amministrativa o quella che prevede la responsabilità civile, da un lato, e la “norma di liceità”, dall’altro. A ben vedere infatti, se il “diritto” o il “dovere”, cui le suddette disposizioni fanno “rinvio”, costituiscono sicuramente il contenuto di “norme autonome” (extrapenali), lo stesso non si può però dire per quanto concerne la “conseguenza” ivi prevista della “non sanzionabilità” (che di per sé considerata è comunque prevista non da una “norma” *ma solo da una “disposizione”*), conseguenza ricollegata all’*esercizio* di quel diritto o all’*adempimento* di quel dovere. Posto infatti che la c.d. “meta-

---

allora di vedere se tra i “limiti” che lo caratterizzano rientrino anche quelli previsti da norme penali, il che però creerebbe, a ben vedere, un evidente rischio di cadere – come abbiamo detto – in un ragionamento in circolo!

<sup>419</sup> Art. 51 comma 1 c.p.: «L’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità»; art. 4 comma 1 legge n.689/1981: «Non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell’adempimento di un dovere o nell’esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa».

<sup>420</sup> Art. 2043 c.c.: «RISARCIMENTO PER FATTO ILLECITO – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». Il vero problema che qui si apre è stabilire ciò che è normativamente qualificabile come “antigiuridico” (o, il che è lo stesso, “ingiusto”): solo ciò che è, in negativo, *sine iure* o ciò che è, in positivo, *contra ius*? Ammettendo che sia qualificabile come “antigiuridico” *solo* ciò che si verifica *sine iure*, ciò va tuttavia inteso nel senso, specifico, di mera “intromissione-invasione” nell’altrui “sfera giuridica”, e quindi nell’altrui “sfera di interessi” *in mancanza* di autorizzazione (o addirittura obbligo) da parte dell’ordinamento (così P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell’illecito civile*, in *Jus*, 1960, pp. 342-343); *non* nel senso che tutto ciò che non è espressamente autorizzato deve ritenersi vietato (in questo senso, viceversa, Marinucci, nota 415), posto che, in un sistema costituzionale che si fonda sul principio di “libertà” (come, con specifico riferimento al sistema penale-criminale, si desume dall’art. 13 Cost.), è, al contrario, *tutto permesso salvo ciò che è espressamente vietato*.

norma”, servendo a risolvere la antinomia fra “norme”, presuppone logicamente la “coesistenza” di una pluralità di “norme” in contraddizione tra loro, se l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere sono situazioni che debbono “mancare” per l’affermazione dell’“illiceità” di una certa condotta cui si accompagnano come sue specifiche “modalità”, ne consegue che le norme che li prevedono costituiscono “limiti logici” rispetto alle norme che prevedono fattispecie di responsabilità, individuandone loro specifici “elementi negativi” (in senso proprio). In breve, ciò significa che, per l’esatta individuazione del “contenuto” delle diverse “fattispecie di responsabilità” (penale, amministrativa, civile), non si può non tenere conto, rispettivamente, *anche* delle “disposizioni” degli artt. 51 c.p., 4 legge n. 689/1981 e 2043 c.c. Onde, non essendo possibile in presenza dell’esercizio di un diritto o dell’adempimento di un dovere l’integrazione di qualunque “fattispecie di responsabilità” *per mancanza della stessa “norma” che la prevede*, non si può allora ritenere che le suddette disposizioni stabiliscano “meta-norme” aventi la funzione di risolvere “antinomie” fra norme, non essendoci nessun “conflitto di norme” da risolvere; “disposizioni” che costituiscono viceversa *solo “frammenti” delle “norme” che ipotizzano le diverse fattispecie di responsabilità*. Breve: è proprio la presenza nell’ordinamento delle suddette “disposizioni” di “non sanzionabilità” in caso di esercizio di un diritto o di adempimento di un dovere, ad *impedire* che uno stesso comportamento sia, *contestualmente*, qualificabile come “illecito” e “lecito” alla stregua di “norme” diverse.

Quanto poi alla “*legittima difesa*”, la liceità assoluta di qualunque comportamento tenuto in sua presenza discende dal fatto che, se guardata con riferimento al comportamento dell’aggressore<sup>421</sup>, essa presenta la *natura giuridica di “sanzione”*, in particolare di “*sanzione dell’intero ordinamento*” (detta anche di “*impedibilità*”), sanzione “generale” e “naturale”, ossia di strumento di “stabilizzazione” del sistema, attraverso la sua “reintegrazione giuridica”<sup>422</sup>. Ed è allora ovvio, sul piano logico, che un ordinamento non può

<sup>421</sup> A questo proposito, occorre tuttavia sottolineare come, se, all’interno del sistema penale, nell’individuazione dell’ambito applicativo dell’art. 52 c.p. si fa normalmente riferimento alla figura di un “aggressore”, ossia al comportamento (“illecito”, non però necessariamente alla stregua del diritto penale) di una “persona”, per l’operatività della scriminante della legittima difesa non è detto che ciò si verifichi sempre, potendo infatti il pericolo attuale di un’offesa ingiusta ad un “diritto” proprio o altrui (sembrerebbe però fare *più restrittivamente* riferimento alla “persona” l’art. 2044 comma 1 c.c. nel momento in cui parla di legittima difesa «di sé o di altri»: su questo punto vedi *amplius* nota 423) provenire *anche da un animale o da una cosa*: si pensi ad es. alla non sanzionabilità civile di chi, per difendersi dall’aggressione di un cane appartenente ad una terza persona, lo uccide, causando magari un rilevante danno patrimoniale al suo proprietario trattandosi di un cane di razza.

ritenere in alcun modo giuridicamente “responsabile” (e quindi “sanzionabile”) colui che applica legittimamente una sanzione da esso ordinamento prevista, come si desume anche espressamente alla stregua dello stesso diritto positivo italiano da un’interpretazione sistematica degli artt. 52 c.p., 2044 c.c. e 4 legge n. 689/1981, che dispongono la non responsabilità di chi agisce, o più esattamente: “reagisce”, in una situazione di legittima difesa in sede, rispettivamente, penale, civile<sup>423</sup> e amministrativa.

<sup>422</sup> Sulla “natura giuridica” della legittima difesa come “sanzione” nei confronti del comportamento dell’aggressore si veda TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., p. 797 ss., dove la legittima difesa viene altresì qualificata come “sanzione naturale”, in quanto prevista da una “norma autonoma” e *preesistente* rispetto al suo eventuale “riconoscimento” anche da parte di un ordinamento giuridico positivo, quale espressione del diritto fondamentale-naturale “originario” di “autotutela”: retro nota 112; il che è dimostrato, fra l’altro, dalla circostanza che si può infatti anche uccidere una persona in una situazione di legittima difesa, nonostante l’ordinamento giuridico non ammetta la morte come pena (formale). Si ricordi, a questo proposito, anche l’art. 2 Cost., laddove afferma solennemente che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo ...», ossia i suoi “diritti naturali”. In generale, sulla “impedibilità” come sanzione di *intero ordinamento* vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 23-24, 334 e 379; FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, cit., p. 204 ss. e 340 (che la qualifica tuttavia sanzione *amministrativa*); GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 134 ss. e 361 ss. Della legittima difesa come “impedimento” di una illiceità-antigiuridicità parlava già THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., pp. 22-25. *Contra*, nel senso che la legittima difesa sia solo una figura assimilabile alla “facoltà legittima”, MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. II, Torino, Utet, 1987, p. 133.

<sup>423</sup> A volere essere precisi, si deve tuttavia notare come, dal punto di vista strettamente letterale, la formula dell’art. 2044 comma 1 c.c. *non coincida* con quella dell’art. 52 c.p. Stabilisce infatti l’art. 2044 comma 1 c.c. che «Non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa *di sé o di altri*»; dove il problema è, com’è chiaro, l’individuazione dell’esatto significato da attribuire al termine “di sé o di altri”, ossia se riferibile *solo ai danni alla “persona”*, nel senso stretto di danni cagionati dalla lesione di diritti personali, *o anche ai “diritti” comunque facenti capo alla “persona”*, comprendendo quindi *anche* i “diritti patrimoniali” (fermo ovviamente il requisito della “proporzione” tra la difesa e l’offesa), ricordandosi come il “patrimonio” – anche se inteso in senso strettamente economico – rappresenti comunque una estrinsecazione della “personalità” di ciascun individuo in quanto tale degno di protezione. A sua volta, non è irrilevante sottolineare come l’art. 2 CEDU ritenga, in modo specifico, “lecito” – in quanto non realizzato in violazione del “diritto alla vita” protetto dallo stesso articolo – il *cagionare la “morte”* di una persona esclusivamente «per assicurare la difesa di qualsiasi persona dalla violenza illegale»; “violenza illegale” che non significa però necessariamente, a sua volta, aggressione o pericolo di aggressione solo al bene della vita, *ma a qualunque bene strettamente personale* – oggetto di un c.d. “diritto personalissimo” – come, oltre la vita, la integrità fisica ma anche ad es. la libertà sessuale, sempre però che il comportamento offensivo sia realizzato con la “modalità” della “violenza”. Sempre a proposito del significato dell’art. 2044 c.c., occorre tuttavia considerare come i commi aggiunti a questa disposizione dall’art. 7 dalla legge 26 aprile 2019 n. 36 (che ha anzitutto modificato lo stesso art. 52 c.p.) ci indicano in modo inequivoco, sul piano sistematico,

*Al di fuori* di questa fascia di “liceità assoluta”, c’è una *zona di “indifferenza normativa”*<sup>424</sup>, e quindi di “liceità”, comunque da qualificare come “relativa”, nel senso che l’ordinamento *permette* certi comportamenti, senza tuttavia

---

che la volontà del legislatore attuale sia quella di *identificare* la portata della legittima difesa negli artt. 52 c.p. e 2044 c.c. (art. 7 legge n. 36/2019: “MODIFICA ALL’ARTICOLO 2044 DEL CODICE CIVILE – 1. All’articolo 2044 del codice civile sono aggiunti, infine, i seguenti commi: «[Comma 2] Nei casi di cui all’articolo 52, commi secondo, terzo e quarto, del codice penale, la responsabilità di chi ha compiuto il fatto è esclusa. [Comma 3] Nel caso di cui all’articolo 55, secondo comma, del codice penale, al danneggiato è dovuta una indennità la cui misura è rimessa all’equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere dal danneggiato»”).

<sup>424</sup> “Indifferenza normativa” da non intendere però come “indifferenza giuridica assoluta”, nel senso di una *zona non regolamentata dal diritto* in quanto riferibile a situazioni “non valutate” dall’ordinamento né in termini positivi (attraverso la previsione di conseguenze “favorevoli”), né in termini negativi (prevedendo conseguenze “sfavorevoli”) (così viceversa ARTH. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2. Auf., München, C.H. Beck, 1997, pp. 226-234, che parla, in particolare proprio con riferimento al sistema penale, di «spazio libero dal diritto» nel senso di «non valutato» dal diritto), posto che l’ordinamento giuridico *non ammette “vuoti”*. Ordinamento giuridico che, da un punto di vista di teoria generale, esclude dunque la esistenza di “lacune” – almeno in senso “formale” –, posto che *anche* il permesso c.d. “debole” (per la distinzione tra permesso “debole” e permesso “forte” retro note 412 e 413) discende comunque dalla *presenza* nel sistema di una vera e propria *norma giuridica*, sia pure *implicita*: quella definibile come “norma generale esclusiva” (D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, spec. p. 28 ss., sulla base della tesi della necessaria “completezza” dell’ordinamento giuridico; parla dell’idea di “lacuna” come di una “finzione” di “impossibilità logica di applicazione” del diritto effettivamente valido, che dipenderebbe solo da una valutazione del giudice di “inadeguatezza” di questo diritto sul piano giuridico-politico KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 149 ss.).

Norma generale “esclusiva” che, da una prospettiva non di teoria generale *ma di stretto diritto positivo*, esiste in *ogni settore dell’ordinamento giuridico*: per cui abbiamo una norma generale esclusiva di liceità penale, una di liceità civile, una di liceità amministrativa, ecc. In questo senso ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Sistemi normativi*, cit., p. 181, secondo i quali la «regola di chiusura» *nullum crimen sine lege* «potrebbe dunque essere riformulata nei seguenti termini: “Tutto ciò che non è penalmente vietato (vietato secondo il diritto penale), è penalmente permesso (permesso secondo il diritto penale)”. Il fatto che un’azione sia penalmente permessa significa che la sua commissione non comporta sanzioni penali; *ma non esclude affatto che essa possa essere vietata da una qualche norma di diverso tipo*» (corsivo mio).

Dopo la sfera di “liceità assoluta” non si può viceversa normativamente ipotizzare una zona di “torto obiettivo”, e quindi di “antigiuridicità”, che permetterebbe di per sé un comportamento di legittima difesa, come è viceversa affermato da una parte della dottrina tripartita/quadrupartita (Marinucci: vedi nota 429) sulla base della considerazione, come abbiamo visto, che, *in mancanza* di una “norma di liceità” alla stregua dell’intero ordinamento (e quindi di una espressa “autorizzazione”), si dovrebbe ritenere *a contrario* che qualunque comportamento deve considerarsi *vietato*, sempre *alla luce dell’intero ordinamento*. Per una critica a questa conclusione vedi retro nota 415.

accordare loro una specifica tutela giuridica, *semplicemente* “non vietandoli” giuridicamente (c.d. “permesso debole”). *Ciò vale però fino a quando lo stesso ordinamento non reputi certi comportamenti “contrari” alle sue finalità*, qualificandoli conseguentemente, a seconda delle sue – sempre contingenti – scelte di “opportunità politica”, come illeciti ora civili, ora amministrativi, ora penali (dove il concetto di “permesso debole”: nel senso che un certo comportamento è qui “permesso” non in quanto specificamente e giuridicamente “tutelato” dall’ordinamento, ma solo in quanto, *più semplicemente*, “non proibito” e solo fino a quando il legislatore non lo proibisca).

Ai concetti di “liceità assoluta” (alla stregua dell’intero ordinamento) e di “liceità relativa” (ossia valevole per uno o più settori dell’ordinamento, ma non per tutti), si affianca dunque, sostanzialmente, la coppia concettuale – di teoria generale – permesso “forte” e permesso “debole” (nel senso che qualcosa è “permesso” non in quanto specificamente “tutelato” dall’ordinamento, ma solo in quanto semplicemente “non proibito”)<sup>425</sup>. Ciò, tenendo comunque sempre presente il *vincolo normativo* discendente, nell’ordinamento italiano, dall’art. 13 comma 2 Cost., secondo cui il diritto penale deve costituire, nell’ambito della categoria degli “illeciti giuridici”, la *ultima ratio* di tutela (quando cioè altri strumenti normativo-giuridici di “controllo sociale” non risultino adeguati allo scopo di protezione di certi interessi). Vincolo di cui i principi di “frammentarietà” e “sussidiarietà” costituiscono manifestazioni specifiche.

In questa logica, la *regola* è dunque quella della – *normale* – “libertà di azione” da parte dei cittadini<sup>426</sup>, secondo cui “è permesso – anche se non

<sup>425</sup> Per questa distinzione, limpidamente, KELSEN, *La dottrina pura*, cit., pp. 160-161 e ID., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 158-162. Vedi anche retro nota 413. Ovvio naturalmente a sua volta che, se un certo comportamento è giuridicamente “permesso”, nel senso “debole” di “non vietato”, *contestualmente* (da diverse disposizioni di legge) alla stregua di *tutti* i settori dell’ordinamento giuridico, anche se è vero che quel comportamento è di conseguenza *lecito di fronte all’intero ordinamento*, ciò non significa però che la sua “liceità” sia “assoluta” (nel senso di “tutelata” dallo stesso ordinamento), posto che in qualunque momento un qualunque settore dell’ordinamento o anche tutti possono qualificarlo come “illecito” (essendo appunto la sua “liceità” *solo “relativa”* fino al momento in cui il legislatore non decida di qualificarlo come “contrario” alle sue esigenze politiche, “sanzionandolo”).

<sup>426</sup> Intendendo qui ovviamente per “libertà di azione” la “libertà di comportamento” di qualunque persona fisica *su un piano “naturalistico”* tanto se si risolve in una “attività” o in una “inattività”, condotte poi “normativamente” qualificabili come “azione” od “omissione” a seconda che si risolvano in violazione, rispettivamente, di un obbligo di “non fare” o di “fare”: retro nota 68. *Contra*, come conseguenza dell’idea che le tutte le cause di giustificazione sono previste da “norme autonome di liceità” valevoli per tutto l’ordinamento, per cui, se un certo fatto non è sorretto da una causa di giustificazione, deve – ragionando *a contrario* – ritenersi “illecito”/“antigiuridico” alla stregua dell’intero

giuridicamente tutelato – tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge<sup>427</sup>; per cui *la previsione di un certo fatto come “illecito”* (o anche solo come “antigiuridico”) *deve ritenersi comunque una “eccezione” rispetto alla “regola” della libertà di azione*<sup>428</sup>.

È dunque in detta “zona” di “liceità relativa” (o di permesso “debole”, secondo la prospettiva accolta) che il legislatore può, nella sua discrezionalità politica, individuare in via di “eccezione” i fatti da qualificare, rispettivamente, come illeciti civili, amministrativi, penali. Con la conseguenza che un fatto (per definizione, “fuori” dalla zona di “liceità assoluta”) “non qualificato” come “illecito” (o anche, semplicemente, “antigiuridico”) *secondo un certo settore dell’ordinamento* dovrà logicamente essere qualificato come “lecito” *ma sempre – e solo – relativamente a quello stesso settore dell’ordinamento*.

Contrariamente infatti a quanto si potrebbe pure teoricamente sostenere<sup>429</sup>, sempre alla luce del principio che vede nel diritto penale la *extrema*

---

ordinamento, vedi Marinucci cit. in nota 429 (per una critica a questa impostazione si veda anche la nota 415).

<sup>427</sup> Retro nota 420.

<sup>428</sup> Ciò vale anche se solo nel sistema penale e in quello punitivo amministrativo vige altresì il principio di “tassatività” degli illeciti e delle sanzioni (principio esplicitamente costituzionalizzato per la materia penale criminale dall’art. 13 comma 2 Cost.: infra cap. III, 2.4 lett. a; con riferimento alla materia punitiva amministrativa vedi cap. V, 8 lett. d); posto che in materia civile, dove vige – almeno di regola (si veda però infra nota 550 a proposito della responsabilità “civile da reato” ex art. 185 c.p.) – solo il principio di “tipicità” (ma non di “tassatività”) degli illeciti e, in genere, dei fatti antigiuridici, ciò che è ivi qualificabile come “antigiuridico” deve essere *comunque espressamente “tipizzato”* (anche se non, necessariamente, in termini “tassativi”) come “deroga” alla generica “liceità”, anche secondo l’ordinamento civile, di qualunque comportamento. Si ricordi però come fra i civilisti sia viceversa ancora comunemente diffusa l’affermazione della c.d. “atipicità dell’illecito” descritto dall’art. 2043 c.c. (per tutti, G. ALPA, *Il problema della atipicità dell’illecito*, Napoli, Jovene, 1979); formula inaccettabile da un punto di vista di teoria generale del diritto, posto che negare la “tipicità” di qualcosa significa negare il concetto giuridico fondamentale di “fattispecie” e quindi lo stesso concetto di “norma” in quanto dotata, strutturalmente, dei connotati di “generalità” e “astrattezza” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 201; retro nota 174). Teoricamente infatti un ordinamento giuridico potrebbe essere composto *anche da una sola “norma”* – il cui contenuto sarebbe allora il *quod principi placuit legis habet vigorem* – e quindi da una sola “fattispecie” che costituirebbe il “tipo” (nel senso di “modello astratto” di “fatto”) previsto da quell’unica norma.

<sup>429</sup> Secondo una prospettiva ancora più radicale, si ritiene anzi che, in mancanza di cause di giustificazione (viste quali norme autonome di liceità vavevoli per l’intero ordinamento giuridico, ordinamento di cui si postula l’“unità”), lo stesso fatto debba costituire, oltre che illecito penale, anche illecito civile e amministrativo, in quanto “antigiuridico” nel senso di *contrario all’intero ordinamento* (MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, cit., p. 181 ss.). A differenza poi di quanto poteva ritenersi alla stregua dell’art. 27 c.p.p. 1930 che, a proposito dell’“Au-

*ratio* di tutela, non si può però a sua volta ritenere che la *sfera di "illiceità giuridica"* alla *stregua dei diversi settori dell'ordinamento* debba essere costruita secondo una prospettiva "piramidale", secondo la logica della "continenza": nel senso che alla base della piramide di "antigiuridicità" ci sarebbe una zona di illiceità "civile", poi una superiore, più ristretta, di illiceità "amministrativa" e infine, nella parte terminale e quindi ancora più ristretta della piramide, di illiceità "penale"; con la conseguenza allora che ciò che è illecito penale dovrebbe essere, secondo un rapporto logico di "comprensione" (o di "continenza") per cui il "più" contiene il "meno", *anche* illecito amministrativo e civile, mentre non varrebbe l'inverso<sup>430</sup>.

torità del giudicato penale nel giudizio di danno" parlava semplicemente di efficacia vincolante della qualifica di "illiceità" del fatto, senza ulteriori specificazioni (argomento addotto a sostegno di questa tesi: ID., *op. ult. cit.*, pp. 181-182), l'art. 651 comma 1 c.p.p. 1989, sempre a proposito della "Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo di danno", dispone che «La sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua *illiceità penale* e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno, promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale», specificando quindi in modo oggi inequivoco che la qualifica di "illiceità" del fatto *non vale* per l'intero ordinamento, essendo viceversa vincolante *solo* la sua "illiceità *penale*" al fine evidente di *limitare* questa efficacia di giudicato esclusivamente alle restituzioni e al risarcimento del danno *da reato*, come si desume anche dalla limitazione dell'efficacia di questo accertamento sotto il profilo "soggettivo" soltanto ai soggetti che avrebbero potuto essere "convenuti" nel processo civile laddove fosse stato attivato all'interno del processo penale con la costituzione di parte civile.

<sup>430</sup> Prescindiamo pure, nella critica a questa idea, dalla considerazione, pregiudiziale, che costruire la sfera di "illiceità giuridica" secondo una prospettiva "piramidale" non comporta di per sé, logicamente, che le tre fasce di illiceità (penale, amministrativa, civile) non possano essere ciascuna *assolutamente "autonoma"* rispetto alle altre, in particolare nel senso che la minore ampiezza della fascia di illiceità penale potrebbe anche solo significare che gli illeciti penali – conformemente al principio del diritto penale come *extrema ratio* di tutela dell'ordinamento – sono (meglio: dovrebbero essere alla luce dell'art. 13 comma 2 Cost.!) *numericamente meno* rispetto agli illeciti amministrativi e civili. In ogni caso infatti, a ben vedere, la antigiuridicità penale non implica necessariamente – *sul piano del diritto positivo* e non di teoria generale (su questi due aspetti in cui può venire in considerazione il concetto di "antigiuridicità", da tenere rigorosamente distinti, GALLO-P. SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1988) – anche l'antigiuridicità amministrativa e civile, data la *possibile* diversità "strutturale" tra le tre tipologie di illecito, diversità neppure poi, a sua volta, sempre riconducibile ad una relazione "genere-specie" (vedi anche retro nota 415; e altresì senza contare che l'antigiuridicità civile può dare luogo *anche* a situazioni di responsabilità "oggettiva" che, a differenza dell'illecito penale, si basano su illeciti "incolpevoli"; o, addirittura, di responsabilità "per fatto altrui", a prescindere quindi anche da un comportamento riferibile al destinatario della sanzione, ossia da un "illecito": nota 431).

A ben vedere infatti *le tre zone di illiceità potrebbero, teoricamente, non intersecarsi mai*<sup>431</sup>, posto che il legislatore, secondo le sue valutazioni di opportunità politica (quindi sempre mutevoli e transeunti), può ben qualificare un determinato fatto solo come illecito penale senza considerarlo, *di per sé* (ossia esclusivamente alla stregua degli *stessi* elementi strutturali), *anche* illecito civile<sup>432</sup> e/o amministrativo (si pensi ad es. a tutte le forme “anticipate” di tutela penale, come il tentativo di delitto, i reati di pericolo concreto e i delitti di attentato); così come un fatto ben potrebbe essere qualificato solo come illecito civile (si pensi ad es. alle situazioni riconducibili sotto l’ampia fattispecie, non tassativamente descritta, dell’art. 2043 c.c.) o amministrativo (si pensi ad es. a tutti gli illeciti c.d. “depenalizzati”). Addirittura, anzi, potrebbe, al contrario, essere proprio la *stessa norma penale* a costituire, direttamente, *fonte di “diritti soggettivi”* e quindi, *indirettamente*, di “illeciti civili” in caso di loro lesione (come avviene nel caso dei delitti perseguibili “a querela”, dove, attraverso la previsione del potere di “promovimento” dell’azione *penale* in capo al titolare dell’“interesse” protetto dalla norma incriminatrice, l’ordinamento trasforma questo interesse in vero e proprio “*diritto soggettivo*”, la cui lesione costituisce, a sua volta, illecito civile)<sup>433</sup>. Detto altrimenti, è una *scelta di stretto diritto positivo*, operata quindi di volta

<sup>431</sup> Ciò tenendo conto altresì che le due sfere, teoricamente e dommaticamente da distinguere, di “illiceità” e di “antigiuridicità”, a loro volta non coincidono, essendo quest’ultima più ampia (vedi retro cap. I, 17). Nel settore civile infatti, ad es., la responsabilità (a differenza della responsabilità penale) si estende *al di là* della zona di mera “illiceità”, potendo derivare, oltre che da un comportamento illecito (in quanto realizzato in violazione di un “obbligo” di fare o di non fare, ossia di un comando o di un divieto), anche da un fatto semplicemente qualificabile come “antigiuridico”, come avviene nei casi di responsabilità “funzionale” o “di posizione” (artt. 2049 ss. c.c.) (retro cap. I, 17).

<sup>432</sup> La fattispecie di “responsabilità civile da reato”, *almeno alla stregua del diritto positivo italiano*, richiede infatti, *oltre* la presenza di un reato, la esistenza di un *danno risarcibile*, patrimoniale o non patrimoniale, come *conseguenza* da esso derivata (art. 185 comma 2 c.p.). *Contra* però CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., nn. 5, 23 e 24. Ciò anche senza contare che nel settore civile, come abbiamo visto (retro nota 431), la responsabilità può derivare, oltre che da un “comportamento illecito”, anche da un fatto semplicemente qualificabile come “antigiuridico”, come avviene nei casi di responsabilità “funzionale” o “di posizione”; fatti produttivi di responsabilità che quindi necessariamente, non basandosi su un comportamento umano, non possono di per sé dare luogo anche ad illeciti penali.

<sup>433</sup> Nel senso che il c.d. “diritto soggettivo” si sostanzia nel “*potere*” *da parte del titolare dell’“interesse tutelato”*, e che si assume violato (attraverso la sua lesione o anche, se consentito dal diritto positivo, la sua semplice messa in pericolo), *di mettere in moto il “meccanismo coattivo-sanzionatorio”* vedi KELSEN, *La dottrina pura*, cit., pp. 157-160; vedi anche retro nota 238. In particolare, nel senso che la “querela” costituisca una modalità di “promovimento” di una vera e propria “azione penale *privata*” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 299; TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice”*, cit., p. 294 e nota 357.

in volta dal legislatore nell'esercizio del suo potere politico (e quindi discrezionale), stabilire se un determinato fatto debba costituire solo illecito civile o anche amministrativo o addirittura anche illecito penale, e viceversa (o anche se, per l'integrazione di un certo tipo di illecito, sia sufficiente l'insieme di elementi che costituiscono un tipo di illecito di diversa natura giuridica, come ad es. avviene per la guida in stato di ebbrezza alcolica o sotto effetto di sostanze stupefacenti – condotta integrativa, contestualmente, di un illecito penale e di un illecito punitivo amministrativo<sup>434</sup> –, ovvero ne occorrono di ulteriori, come nella responsabilità civile da reato, dove al “reato” deve seguire come sua “conseguenza”, per l'integrazione dell'illecito civile, anche un “danno”, patrimoniale o non patrimoniale, risarcibile<sup>435</sup>); ovvero se quel fatto debba considerarsi, semplicemente, lecito alla stregua di uno, più o tutti i diversi settori dell'ordinamento.

Concludendo sul punto, si deve allora ritenere che, nell'ambito della sfera di “liceità debole”, i singoli illeciti penali, civili e amministrativi operino come “monadi” o “isole” *eccezionalmente costitutive di zone di “antigiuridicità”* alla stregua del rispettivo settore dell'ordinamento, illeciti che

<sup>434</sup> Si vedano l'art. 186 d. lgs. 30 aprile 1992 n. 285, “Nuovo codice della strada”, rubricato “Guida sotto l'influenza dell'alcool” (in particolare, comma 2, lett. *b* e *d*) e l'art. 187 stesso decreto, rubricato “Guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti” (in particolare il comma 1); disposizioni che prevedono condotte costitutive di reato in quanto penalmente sanzionate. Si consideri tuttavia che la previsione dell'applicabilità in caso di guida sotto effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti *anche della sanzione amministrativa* della sospensione o revoca della patente di guida e/o del sequestro/confisca del veicolo, determina logicamente, sul piano normativo, la *contestuale qualifica dello stesso fatto anche come illecito amministrativo*, posto che è la natura giuridica della sanzione che determina la natura giuridica dell'illecito che ne costituisce il presupposto (retro cap. I, 2). Sulla possibile *identità strutturale* tra illeciti penali, da un lato, e illeciti civili o amministrativi, dall'altro, e quindi sulla possibile c.d. “pluridimensionalità” dell'illecito, vedi cap. V, 2 e note 244 e 847.

<sup>435</sup> Diverso discorso va fatto per il caso in cui il “danno” sia già previsto come requisito costitutivo del “fatto di reato”. In questo caso – si pensi ai delitti contro il patrimonio, dove l'esistenza di un “danno patrimoniale” costituisce *requisito di tipicità* del reato – *già l'illecito penale costituisce, di per sé, anche illecito civile* (con la conseguente responsabilità *ex art.* 2043 c.c.), senza bisogno di passare per la fattispecie generale della responsabilità civile da reato di cui all'art. 185 c.p. Si ricordi anche, a questo proposito, come parte della dottrina (VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, Milano, Giuffrè, 1982, *passim*; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 240 e 276 ss.) veda proprio nel “danno” (o nel “pericolo di danno”) quale requisito costitutivo del reato il momento in cui si concreta l'“offesa” al bene tutelato. Nel senso viceversa che, per l'individuazione del bene/interesse tutelato dalla singola norma incriminatrice occorre fare riferimento a *tutti indistintamente* i suoi elementi costitutivi (e non ad uno solo, come appunto il “danno”) vedi *infra* cap. IV, 2 lett. c) e note 550 e 786.

potrebbero anche non intersecarsi mai.

Ciò significa allora, in ultima analisi, che, accanto ad una sfera di “liceità assoluta”, occorre ritenere esistenti anche una sfera di “liceità civile”, una di “liceità amministrativa”, una di “liceità penale”, senza che l’una situazione di liceità condizioni necessariamente le altre. “Fattispecie di liceità” che costituiscono contenuto di vere e proprie “norme di liceità” (più correttamente, secondo la nomenclatura dei teorici del diritto: *norme “generali esclusive” di liceità*)<sup>436</sup> alla stregua però di *ciascuno specifico settore dell’ordinamento* (nel senso che ciò che non è vietato da *quel* settore dell’ordinamento è, sempre alla stregua di *quel* particolare settore dell’ordinamento, da considerarsi “permesso”, anche se *non* assolutamente lecito alla stregua dell’intero ordinamento giuridico)<sup>437</sup>. Più specificamente, l’esistenza di una *norma generale “esclusiva” di “liceità penale”*, quale si ricava *a contrario* alla stregua del diritto positivo dalla regola anche costituzionalizzata di “tassatività” delle incriminazioni, principio desumibile (oltre che dall’art. 1 c.p.)<sup>438</sup> dall’interpretazione sistematica degli artt. 13 comma 2 e 25 comma 2 Cost.<sup>439</sup>, ha come contenuto che “tutto ciò che non è penalmente vietato si deve considerare, sempre penalmente, permesso” e quindi “penalmente lecito”.

Quanto detto, ossia la circostanza che ciascuna delle tre situazioni di “non punibilità” rappresentate, rispettivamente, dall’esercizio di un “diritto” (meglio: di “facoltà legittima”, come recitano esplicitamente gli artt. 652 comma 1 c.p.p. e 4 comma 1 legge n. 689/1981), dall’adempimento di un “dovere” (giuridico) e dalla legittima difesa ricada sotto la previsione di una “norma *autonoma*” rispetto alla norma penale incriminatrice, e quindi *appartenente a qualunque settore dell’ordinamento* (salvo la legittima difesa, prevista da una “norma di *intero* ordinamento” in quanto espressione del “diritto

<sup>436</sup> Sulla categoria delle “norme generali esclusive” in una prospettiva di teoria generale, e in particolare sulla *norma generale esclusiva di liceità penale*, vedi note 424 e 457.

<sup>437</sup> Per una applicazione specifica del concetto di “norma generale esclusiva” di “liceità penale” (secondo la quale tutto ciò che *non* è penalmente “vietato” in modo espresso si deve considerare penalmente “permesso”) in materia di “successione” di leggi penali nel tempo vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 135 ss.

<sup>438</sup> Art. 1 c.p.: «REATI E PENE: DISPOSIZIONE *ESPRESSA* DI LEGGE – Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto come reato dalla legge, ... ».

<sup>439</sup> Si ricordi l’art. 13 comma 2 Cost., laddove stabilisce che la limitazione della libertà personale può legittimamente avvenire «*nei soli casi e modi previsti dalla legge*». Principio di “tassatività delle incriminazioni” che si può poi ricavare anche dall’art. 25 comma 2 Cost., anzitutto laddove “riserva” *soltanto* al legislatore l’individuazione dei fatti di reato, in una disposizione tutta ispirata ad una *ratio* di “garanzia” del cittadino: vedi infra capp. II, 4 e III, 2.4 lett. a.

naturale-fondamentale” di “autotutela”)<sup>440</sup>, non esclude tuttavia che ognuna di esse rappresenti, nella analisi della “struttura” dell’illecito penale, un *quid* che deve comunque “*mancare*” per la sua “integrazione”, in una parola – come da sempre sottolineato dalla concezione “bipartita”, almeno nella sua versione più moderna e raffinata – un “*elemento negativo*” (in senso stretto e proprio, ossia che si deve “aggiungere” agli altri requisiti costitutivi del fatto di reato, sia pure con valenza “negativa”; in particolare, strutturalmente, un elemento negativo “a contenuto positivo”) del “tipo” di reato (sia dal punto di vista “oggettivo” che “soggettivo”) formalmente e dommaticamente qualificabile come “causa di giustificazione”. È noto, infatti, che – muovendo da una prospettiva di teoria generale – una “norma” (nel nostro caso: quella che prevede la fattispecie – meglio: il “fatto” – di reato e cioè la norma penale incriminatrice), costituisce il “risultato interpretativo” di un “insieme” di “disposizioni”, ossia di enunciati linguistici “normativi” ognuno dei quali potrebbe anche dare vita ad un’altra norma autonoma rispetto alla norma penale incriminatrice<sup>441</sup>. Breve: ciò che costituisce “contenuto” di

<sup>440</sup> Più precisamente, come detto sopra nel testo (e anche come abbiamo visto retro nota 417), sono solo il “diritto” e il “dovere” a costituire contenuto di una “norma autonoma” (sempre che non si ritenga, a sua volta, di seguire l’insegnamento di Kelsen quando afferma che in realtà la *unica* situazione giuridico-soggettiva *normativamente* esistente è quella del “dovere”, che *coincide* con la “norma giuridica” stessa, essendo il “diritto” niente altro che il “riflesso” del “dovere” incombente, a seconda dei casi, su tutti i soggetti diversi dal titolare del diritto o solo su soggetti determinati: Kelsen, *La dottrina pura*, cit., p. 137 ss.) e non il loro “esercizio” o “adempimento”. A sua volta, anche la legittima difesa, in quanto espressione del “diritto soggettivo” fondamentale-naturale di “autotutela” si può ritenere prevista da una “norma autonoma” che presenta tuttavia l’ulteriore caratteristica di essere “preesistente” rispetto a qualunque ordinamento giuridico positivo, che, al massimo, potrebbe limitarsi a “riconoscerla” (come appunto afferma testualmente, nell’ordinamento italiano, l’art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce garantisce i diritti inviolabili dell’uomo ...»), con la conseguenza allora che si tratta di una “norma di intero ordinamento”. Vedi TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., p. 798, e retro note 112 e 422.

<sup>441</sup> Proprio l’affermazione, di per sé corretta (sia pure con le precisazioni fatte nella nota 417), che le cause di giustificazione dell’“esercizio di un diritto” e dell’“adempimento di un dovere” si ricavano da “norme autonome” previste in qualunque settore dell’ordinamento diverso dal penale (*restrittivamente* inteso come penale “sostanziale”, non comprensivo quindi anche del penale “processuale”) ha indotto però i sostenitori della dottrina tripartita e quadripartita (per tutti, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 318) ad una ulteriore illazione invece assolutamente errata: ossia che, trattandosi di situazioni originariamente previste da norme “extrapenali”, esse manterrebbero la loro “natura” originaria, con la conseguenza che ad esse non dovrebbero applicarsi le “garanzie” proprie del sistema penale, anzitutto la “riserva assoluta di legge” ma anche il “divieto di analogia” (nota 815). Un tale modo di argomentare dimentica però che, anche a prescindere da tutte le obiezioni che possono farsi all’idea che queste “norme autonome di liceità” varrebbero di *per sé* ad escludere l’“antigiuridicità” di qualunque fatto alla stregua dell’intero ordina-

una norma potrebbe costituire *anche, di per sé considerato*, semplice “elemento” di un’altra norma e quindi della sua “fattispecie” costitutiva. Nulla esclude infatti che una norma sia “*a struttura complessa*”, nel senso che il suo contenuto precettivo potrebbe anche essere costituito sia pure *parzialmente* dal contenuto di un’altra norma (secondo un fenomeno di “rinvio” tra norme<sup>442</sup> che riproduce sostanzialmente quanto avviene, sul piano del concorso di reati, col reato c.d. “complesso” rispetto ai fatti di reato che ne compongono la struttura).

Le considerazioni fin qui svolte sulla distinzione tra “liceità assoluta” e “liceità relativa” ci consentono infine di pervenire, con specifico riferimento al settore penale dell’ordinamento, anche alla conclusione, della massima importanza sia dommatica che sistematica, che il *concetto di “causa di giustificazione”*, da considerare strutturalmente come “elemento negativo” del “fatto tipico di reato”, ha una *valenza prettamente ed esclusivamente “formale”*, come “categoria riassuntiva” di tutte quelle situazioni la cui oggettiva presenza, come “modalità della condotta”, esclude la rilevanza penale-criminale di qualunque fatto che, in sua mancanza, sarebbe normativamente qualificabile come “reato” (in quanto di per sé riconducibile sotto la “di-

---

mento giuridico (note 212 e 415), contribuendo comunque queste situazioni all’individuazione del *perimetro della “punibilità”*, e quindi della limitazione della libertà personale, anche per esse – e per le “disposizioni” che le prevedono, considerando, come detto, che qualunque “norma”, anche quella “incriminatrice” costituisce, in genere, il risultato interpretativo di una pluralità di “disposizioni” – va applicata la disciplina degli artt. 13 comma 2 e 25 comma 2 Cost. e quindi le “garanzie” da esse previste (TRAPANI, voce *Legge penale. I*) *Fonti*, cit., p. 9).

<sup>442</sup> Fenomeno del “rinvio tra norme” che si riscontra, ad es., anche col riferimento, da parte della “disposizione” che descrive il singolo “fatto di reato”, alla “norma” che costituisce il *parametro di qualificazione* dell’“elemento normativo” costitutivo dell’illecito stesso. Si noti: parlo di “rinvio” da parte della “*disposizione*” che descrive gli elementi che caratterizzano, in particolare sul piano “oggettivo”, il singolo “fatto di reato”, *non* di rinvio ad opera della “norma incriminatrice”; ciò perché, propriamente, la “norma incriminatrice”, con specifico riferimento alla sua portata ossia al suo “ambito applicativo”, si ricava *anche dal parametro normativo di qualificazione dell’elemento normativo*. Con la conseguenza, anzitutto, che l’errore su norma diversa dalla norma penale incriminatrice (che, laddove cagioni un «errore sul fatto che costituisce il reato», impedendo la rappresentazione dell’elemento normativo, esclude il “dolo”: art. 47 comma 3 c.p.) si risolve in un vero e proprio “errore” sulla portata del “divieto” penalmente sanzionato e quindi *sulla stessa “norma incriminatrice”* (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 413 ss., che conseguentemente ravvisa nell’art. 47 comma 3 c.p. una “deroga” all’art. 5 c.p.). Sul fenomeno, in generale, del “rinvio tra norme”, particolarmente studiato dai cultori del diritto internazionale e pubblico, si vedano, per tutti, A. BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffrè, 1966; G. BARILE, *Diritto internazionale e diritto interno. Rapporti fra sistemi omogenei ed eterogenei di norme giuridiche*, (rist.), Milano, Giuffrè, 1960.

sposizione” di “parte speciale” che descrive un “tipo di illecito”). Nel senso, in particolare, che, se esistono scriminanti che escludono non solo l’“antigiuridicità penale” del fatto ma anche ogni altro profilo di “antigiuridicità” alla stregua di ogni settore dell’ordinamento giuridico, come appunto l’esercizio di una facoltà legittima, l’adempimento di un dovere e la legittima difesa, nulla esclude viceversa – né sul piano logico, né, tantomeno, dal punto di vista del diritto positivo – l’esistenza *anche* di “cause di giustificazione” *valevoli tuttavia per il solo settore penale dell’ordinamento giuridico* (o comunque non per l’intero ordinamento); categoria, anzi, ben inquadrabile sotto la dizione di “circostanze di esclusione della pena” di cui all’art. 59 c.p. Conclusione diversa rispetto a quella cui pervengono coloro che si muovono nel perimetro della sistematica “tripartita” (o, *a fortiori*, “quadripartita”), secondo cui, con un’affermazione come abbiamo visto “apodittica”, tutte le “cause di giustificazione” sarebbero previste da “norme di liceità dell’intero ordinamento”; determinando conseguentemente il problema della individuazione non solo della natura dommatica e della collocazione sistematica ma – il che più interessa sul piano della pratica applicazione – della “disciplina” di quelle situazioni di “non punibilità” costituite da “modalità della condotta” ma non espressione di una situazione di “liceità assoluta”. Dottrina che si trova pertanto nella necessità di creare ulteriori categorie dommatiche sotto cui allocarle, come, in particolare, quella delle “scusanti” (si pensi, come esempio paradigmatico, alla tormentata, ancora oggi, collocazione sistematica dello “stato di necessità”, sicuramente “causa di giustificazione” secondo l’art. 54 del codice penale italiano)<sup>443</sup> e quella in particolare delle – genericamente intese – “cause di non punibilità” (categoria creata appunto come “contenitore” sotto cui raccogliere tutte le ipotesi di “non punibilità” *diverse* dalle “cause di giustificazione” e anche dalle “scusanti”, per chi ne ammette l’esistenza, e dalle “cause estintive del reato”: si pensi, ad es., fra le situazioni di non punibilità concomitanti rispetto alla condotta costitutiva del reato, alla “causa di non punibilità” prevista dall’art. 384 c.p., sicuramente da considerare “causa di giustificazione” sia pure “speciale” e *valevole solo per il settore penale dell’ordinamento*)<sup>444</sup>.

<sup>443</sup> A questo proposito, occorre infatti ricordare come il codice penale tedesco attualmente vigente abbia introdotto, accanto ad uno stato di necessità “scusante”, anche uno stato di necessità “giustificante” (rispettivamente, §§ 35 e 34 StGB: retro note 27 e 224). Conclusione dovuta all’idea, assolutamente dominante in Germania, che le cause di giustificazione operino come situazioni di “liceità” per l’intero ordinamento giuridico.

<sup>444</sup> In questa direzione si veda MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità*, cit., *passim*. In generale, ammettono l’esistenza di “cause di giustificazione” *valevoli per il solo settore penale dell’ordinamento* (o comunque non per l’intero ordinamento) PETROCELLI, *Reato e punibilità*,

Breve: come esiste, sul piano del diritto positivo, una zona di “liceità assoluta” alla stregua dell’intero ordinamento e una sfera di “liceità relativa” a *ciascun settore* dell’ordinamento giuridico (nel senso che “tutto ciò che non è vietato è permesso”), esiste altresì, *correlativamente*, la possibilità *per ciascun ramo dell’ordinamento giuridico* di prevedere *specifiche* “cause di giustificazione” la cui presenza rende *ab origine* “leciti”, per “*quel*” settore dell’ordinamento, fatti che altrimenti in loro mancanza *sarebbero stati*, di per sé considerati, “sanzionabili”.

Guardando infine, in particolare, al modo di operare delle cause di giustificazione all’interno del sistema criminale, non importa se valevoli per l’intero ordinamento ovvero solo per il settore penale, essenziale è comunque ricordare che, anche quando si fa riferimento al *concreto* fatto di reato, al suo autore e alla pena concretamente applicata attraverso un processo di cognizione, pena poi da eseguire attraverso un procedimento di esecuzione, *tutte queste “fasi”* – anche se *apparentemente* si distingue tra il fatto “astratto” di reato e la sua “concreta” verifica con conseguente concreta applicazione ed esecuzione della “pena” in caso di “condanna” – sono comunque *tutte pur sempre “astrattamente previste”* da un “normativa”, per sua natura inevitabilmente “generale e astratta”. Così ad es. quando, per “spiegare” l’operatività delle cause di giustificazione, spesso si ripete che, di fronte a ciò che sarebbe “in astratto” reato, la presenza di una causa di giustificazione rende impossibile “in concreto” la punibilità dell’autore del fatto di reato dal momento che il “dovere” discendente astrattamente dalla norma incriminatrice non si “concretizzerebbe” con riferimento all’autore di quel fatto<sup>445</sup>, occorre ricordare come le cause di giustificazione sono pur

---

cit., p. 688 (il quale parla specificamente, a questo proposito, di cause «di *penale liceità*, che impediscono cioè il sorgere del reato ma non di altre forme di illecito giuridico») e GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 367.

<sup>445</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 80. In generale, per la distinzione tra punibilità “in astratto” e “in concreto”, in posizione critica, vedi PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 682 nota 25. Per precisione dommatica, occorre tuttavia sottolineare come la distinzione, tradizionale nella dottrina italiana, tra “punibilità in astratto” e “punibilità in concreto” non sia già di per sé concettualmente corretta, posto che, se il termine “punibilità” deve essere inteso, propriamente, come sinonimo di “*astratta* possibilità di applicazione della pena” (riferibile quindi al momento della astratta previsione “normativa” della sanzione criminale “a livello edittale” come conseguenza della integrazione di una “fattispecie di punibilità”), una volta intervenuta una *condanna*, e quindi *l’applicazione della pena “in concreto”*, parlare di “*punibilità in concreto*” si risolve in un ossimoro e quindi in un *controsenso*. Questa distinzione, già di per sé concettualmente scorretta, porta tuttavia a conclusioni ancora più gravi alla luce delle illazioni che poi se ne traggono, nel momento in cui viene utilizzata anche per *distinguere*, nell’ambito della categoria unitaria delle “cause estintive della punibilità”, le “cause estintive *del reato*” che, estinguendo la “punibilità *in astratto*”, dovrebbero allora logicamente intervenire *prima* della “condanna”, dalle “cause estintive della pena”,

sempre previste da “norme” (meglio: “disposizioni normative”, anche se non espressione di norme “autonome”) per loro natura anch’esse “general” e “astratte” che contribuiscono all’individuazione dei “limiti” della “materia del divieto” tipicamente prevista dalla “norma incriminatrice”.

#### 4. La “non punibilità” perché il fatto “non è previsto dalla legge come reato”

Il passo logicamente successivo in una prospettiva sistematica integrata-integrale dommaticamente corretta, e sempre tenendo presente che l’illecito penale non esiste al di fuori del suo concreto accertamento processuale, è vedere se l’*“ipotesi di qualificazione” normativo-penale di un certo fatto come “reato”* che deve essere oggetto di verifica probatoria procedimentale, contenuta sia nell’addebito provvisorio ai fini dell’indagine (art. 411 comma 1 c.p.p.) sia nell’ipotesi accusatoria su cui si fonda l’azione penale (art. 417 c.p.p., anche in seguito ad un’eventuale modifica dell’imputazione originaria *ex artt. 423 e 516 c.p.p.*), corrisponda ad un “tipo specifico” di illecito penale (che – si noti – ai fini del rispetto del principio della “correlazione tra accusa e sentenza”, può essere *anche diverso* da quello enunciato nell’imputazione: art. 521 comma 1 c.p.p.)<sup>446</sup>. Altrimenti, «*se il fatto non è previsto dalla legge come*

---

così qualificabili perché, intervenendo *dopo* la “condanna” (*scil.*: irrevocabile), estinguerebbero la c.d. “punibilità in concreto” (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 764; vede viceversa la differenza tra cause estintive del reato e della pena nella diversa “ampiezza” degli effetti estintivi MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 877-878); per cui ad es., mentre la c.d. “amnistia propria” sarebbe causa estintiva “del reato”, la c.d. “amnistia impropria”, così definita appunto perché interviene dopo la condanna, dovrebbe essere qualificata *tout court* come causa estintiva “della pena”. Una tale conclusione, che deriva da una apodittica distinzione nell’ambito delle “cause estintive della punibilità” tra quelle che intervengono *prima o dopo la condanna*, e quindi tra la punibilità in astratto e la pena concretamente applicata, deve essere risolutamente respinta alla luce dello stesso diritto positivo, dal momento che, se è vero che *tutte* le cause estintive della “pena” intervengono *dopo* una condanna definitiva, *non è normativamente vero il contrario*, dal momento che esistono “cause di estinzione del reato”, *esplicitamente qualificate* come tali dal legislatore nello stesso codice penale (o anche in leggi speciali), che tuttavia intervengono *dopo una condanna irrevocabile* (si pensi, per tutte, all’utile decorso del tempo dopo la sospensione condizionale dell’esecuzione della pena: art. 167 c.p.). Il che è altresì confermato dall’art. 106 comma 1 c.p. («Agli effetti della recidiva e della dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato, si tien conto altresì delle *condanne* per le quali è intervenuta una *causa di estinzione del reato o della pena*»). Qualificazione non superabile dall’interprete, e quindi vincolante, posto che il codice penale prevede per le due categorie di cause estintive “discipline” in parte identiche (artt. 182 e 198 c.p.) *ma in parte diverse* (si pensi ad es. all’art. 210 c.p.) (vedi anche retro nota 227).

<sup>446</sup> La facoltà attribuita al giudice dall’art. 521 comma 1 c.p.p. di «*dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell’imputazione*» («purché il reato non ecceda la sua com-

*reato*», il procedimento si deve immediatamente chiudere (rispettivamente, con una pronuncia – decreto o ordinanza – di archiviazione, con una sentenza di non luogo a procedere o con una sentenza di assoluzione: artt. 411 comma 1, 425 comma 1 e 530 comma 1 c.p.p.)<sup>447</sup>. Il che determina al-

petenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica» in funzione del rispetto della “precostituzione” del giudice da parte della legge: art. 25 comma 1 Cost.), in un sistema processuale che dovrebbe essere – almeno tendenzialmente – “accusatorio” come quello attualmente vigente in Italia, comporta, a mio avviso, gravi dubbi di legittimità costituzionale con riferimento al fondamentale “diritto di difesa” (nella stessa direzione GALLO, *Grammatica delle frasi che chiamiamo fattispecie*, in *Arch. Pen.*, 2021, n. 3, p. 11). È evidente infatti come, di fronte ad una *diversa imputazione dal punto di vista della qualificazione normativa del fatto* (art. 417 lett. b) c.p.p.), l'imputato, nella scelta della sua strategia difensiva, costituzionalmente garantita, ben avrebbe potuto ricorrere ad un “rito premiale” anziché continuare nel rito ordinario. Mi sembra che in questa direzione si muovono anche le sentenze della Corte costituzionale che hanno stabilito il ricorso ai riti premiali anche oltre i casi previsti dalla legge, magari proprio in esito al dibattimento (con riferimento al potere del giudice di ammettere l'imputato al rito alternativo della sospensione del procedimento con messa alla prova a seguito della rivalutazione del fatto ai sensi dell'art. 521 c.p.p. si veda di recente Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 131; riguardo invece all'accesso ai riti premiali a seguito di nuove contestazioni ai sensi dell'art. 516 c.p.p. si vedano Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265; Corte cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530; Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333; Corte cost., sent. 5 dicembre 2014, n. 273; Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206; Corte cost., sent. 16 gennaio 2020, n. 14).

<sup>447</sup> Preciso preliminarmente che tutte le formule di “assoluzione”, e in genere di “proscioglimento”, sono *dal punto di vista strettamente “penale” normativamente “equivalenti”* comportando tutte la “non punibilità” dell'imputato, occorre tuttavia evidenziare come la formula «il fatto non è previsto dalla legge come reato», pur facendo riferimento, *logicamente*, alla *prima* “causa di non punibilità” a dovere essere presa comunque in considerazione nel processo *penale*, viceversa *segue* – nell'elencazione di cui all'art. 530 comma 1 c.p.p. – altre tre formule assolutorie («il fatto non sussiste», «l'imputato non lo ha commesso», «il fatto non costituisce reato») dal momento che queste ultime sono formule “più favorevoli” per l'imputato dal punto di vista della – eventuale – responsabilità civile e amministrativa per le restituzioni e il risarcimento del danno da reato (art. 652 c.p.p.: vedi anche, più in particolare, *infra* nota 451); formule da adottare normalmente «in seguito a dibattimento» (ma anche in una situazione potenzialmente *analoga* come il giudizio abbreviato che oggi *non* è più, necessariamente, a differenza di quanto previsto dai compilatori del codice, un giudizio “allo stato degli atti”: retro cap. I, 12 e nota 291), ossia quando si è già pienamente formata la prova in dibattimento e quindi il giudice ha tutti gli elementi per valutare l'oggetto dell'imputazione. Ciò trova conferma, mi sembra, nel fatto che, nell'ordine di elencazione delle formule della “sentenza di non luogo a procedere” (come possibile esito dell'udienza preliminare), quella «se il fatto non è previsto dalla legge come reato» *precede* viceversa tutte le altre formule “di merito” (art. 425 c.p.p.), formula che segue solo le formule pregiudiziali “di rito”, non essendo in tal caso “logico” – *se a priori* non ci può essere “materia penale” – passare alla fase dibattimentale con la relativa fase di formazione della prova e col conseguente dispendio di energie processuali che questa determina. Né quanto detto trova smentita nell'art. 129 comma 1 c.p.p. che, essendo una

lora, conseguentemente, *anche la – definitiva*<sup>448</sup> – “*non punibilità*” per il fatto stesso, da intendere, più che come elemento costitutivo, “*presupposto*” logico<sup>449</sup> della “fattispecie di responsabilità punitiva”, laddove si tratti di un fatto (meglio: della *ipotesi* di un fatto normativamente qualificato) di cui processualmente si è accertata la *non previsione tassativa* da parte della legge penale come reato (art. 25 comma 2 Cost. e art. 1 c.p.).

Ciò significa che *la prima* – anche sul piano logico – *causa (generale) di “non punibilità”* da prendere in considerazione sul piano sistematico nella prospettiva “sostanziale” (ossia, “di merito”) deve essere la *mancata previsione “espressa”* – nel senso di “tassativa” e chiaramente “comprensibile” dai destinatari<sup>450</sup> – di un certo “fatto” come “reato” da parte di una “norma incriminatrice”<sup>451</sup>. Il che potrebbe essere determinato – oltre che dalla

---

disposizione chiaramente “di chiusura” applicandosi «in ogni stato e grado del processo» (dall’udienza preliminare al giudizio di cassazione), privilegia necessariamente, nell’ordine di elencazione, le formule “più favorevoli” per l’imputato ancora una volta per la loro – eventuale – ricaduta sul piano civile e amministrativo, relegando di conseguenza “in fondo” non solo la formula «il fatto non è previsto dalla legge come reato», ma anche tutte le formule processuali “di rito” (dichiarazione di estinzione del reato e mancanza di una condizione di procedibilità).

<sup>448</sup> Ovviamente, una volta che il provvedimento del giudice non sia più soggetto a impugnazione ordinaria ai sensi dell’art. 648 c.p.p. (e data anche la presenza del principio del *ne bis in idem*: art. 649 c.p.p.).

<sup>449</sup> Vedi anche infra nota 451; vedi anche retro note 251 e 447.

<sup>450</sup> Sull’esigenza – anche costituzionale, oltre che logica – di *comprensibilità* della incriminazione (ossia del “disvalore penale” del fatto che la costituisce) da parte dei suoi destinatari vedi TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., p. 50 ss. Vedi anche infra cap. IV, 2.4 lett. b.

<sup>451</sup> A questo proposito (e ulteriormente specificando quanto detto retro nota 447), occorre notare come il fatto che l’art. 530 comma 1 c.p.p. inserisca la formula della “non previsione del fatto come reato” *dopo* quelle che hanno ad oggetto la mancanza del fatto oggettivo, dell’elemento soggettivo e degli altri elementi del “tipo” di illecito (come le eventuali condizioni di punibilità, laddove le si ritenga elementi del fatto: infra cap. III, 2.4 lett. d) e note 623 e 624), ciò è probabilmente dovuto alla circostanza che l’art. 530 c.p.p. deve essere *sistematicamente collegato* con l’art. 652 c.p.p., il quale a sua volta ha solo la specifica funzione di porre delle “preclusioni”, in presenza *solo di alcune* delle formule assolutorie, all’esercizio dell’azione in sede civile e amministrativa per le restituzioni e il risarcimento del danno. Ed è ovvio che un fatto che non è preveduto dalla legge come reato ben potrebbe essere comunque integrativo di *altro tipo di illecito* (di diversa natura giuridica), per cui non sarebbe logica la preclusione. Il che ben spiega, mi sembra, il perché di una formula assolutoria («il fatto non è previsto dalla legge come reato») che, pur dovendo essere logicamente *la prima in una prospettiva esclusivamente penalistica*, in una visione globale e unitaria dell’ordinamento giuridico (che, si ricordi, aveva portato non a caso la dottrina più risalente a parlare, conseguentemente, anche di “unità della giurisdizione”, con la relativa interfe-

mancanza assoluta *ab origine* di una norma incriminatrice sotto cui ricondurre un certo fatto normativamente qualificabile come “illecito penale” – anche dalla “non previsione” del fatto come reato da parte di una norma incriminatrice ricavata interpretativamente *soltanto* da una “legge formale” del Parlamento o da un atto del Governo ad essa equiparato (con violazione quindi del principio costituzionalizzato della “riserva di legge statale”: artt. 13 e 25 comma 2 Cost.)<sup>452</sup>; o ancora dalla c.d. *abolitio criminis*, ossia dalla abrogazione della norma incriminatrice vigente al momento della commissione del fatto qualificato come reato (art. 25 comma 2 Cost. e artt. 1 e 2 comma 2 c.p.), ovvero dalla intervenuta (nelle more del processo) dichiaratoria della sua incostituzionalità<sup>453</sup>. Situazioni alle quali va accostata, sul piano degli effetti, anche quella della “inapplicabilità” della norma incriminatrice che, pur prevedendo un certo fatto come reato, risulta “invalida” dal punto di vista “spaziale”<sup>454</sup>; nel senso che il fatto di reato, anche se accertato, sarebbe stato commesso “fuori” dai suoi limiti di applicabilità nello spazio (secondo quanto positivamente stabilito dalle norme – *rectius*: “me-

---

renza fra i diversi giudicati: Mortara, cit. retro nota 407), di cui proprio l’art. 652 costituisce una tipica espressione, detta formula debba viceversa “cedere” di fronte ad altre. Quanto detto trova poi una significativa conferma sistematica, sempre sul piano normativo, nella circostanza che, quando *non* si tratta di sentenza di assoluzione «*in seguito a dibattimento*» (o di sentenza ad essa *normativamente equiparata*, come la decisione che segue al giudizio abbreviato: arg. *ex* art. 442 comma 1 c.p.p., quando rinvia agli artt. 529 ss. c.p.p.) – e quindi *non ci possa essere preclusione* in sede civile o amministrativa, valendo solo “all’interno” dell’ordinamento penale – come avviene per la sentenza di “non luogo a procedere”, la formula «il fatto non è previsto dalla legge come reato» *precede* viceversa le altre formula di merito (art. 425 comma 1 c.p.p.). Vedi anche retro nota 447.

Si noti poi anche come l’art. 530 comma 2 c.p.p. non contempra la formula «il fatto non è previsto dalla legge come reato» fra quelle per cui si deve pronunciare sentenza di assoluzione altresì quando la “prova” «manca, è insufficiente o è contraddittoria», posto che in questo caso la prova – con conseguente ripartizione del relativo “onere” – attinge appunto al “fatto” e *non al “diritto”* (da cui il principio generale espresso nei brocardi latini *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*: fondamentale in questa direzione, nel sistema penale, l’art. 521 comma 1 c.p.p., laddove attribuisce al giudice il potere-dovere di dare al fatto accertato in seguito a dibattimento anche una «definizione giuridica *diversa* da quella enunciata nell’imputazione»: vedi anche retro nota 446); per cui – ragionando sistematicamente *ex adverso* – *non* si può parlare di “dubbio” sulla previsione del fatto sotto un “tipo” di reato; nel senso che, anche per assolvere (a differenza di quanto accade per gli elementi del fatto di reato: *infra* cap. IV, 1), il giudice deve essere “certo” che il fatto contestato non ricada sotto la previsione di nessun “tipo” di “illecito penale”.

<sup>452</sup> *Infra* cap. III, 2.1.

<sup>453</sup> *Infra* cap. III, 2.2.

<sup>454</sup> *Infra* cap. III, 2.2.

tanorme” – del c.d. diritto penale internazionale<sup>455</sup> di quel certo ordinamento). In tutti questi casi, siamo in presenza di “*cause di non punibilità*” *atinenti in via diretta alla “norma”* (e dunque quali “limiti” della “qualificazione giuridica” di un certo fatto come “illecito penale”) e non al “fatto di reato” o agli altri elementi della “fattispecie di punibilità” (“oggetto della qualificazione”)<sup>456</sup>.

Data dunque la presenza nell’ordinamento penale del *principio di “stretta legalità”* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), da considerare, in particolare, in quel suo profilo specifico costituito dalla “tassatività-determinatezza” dell’incriminazione, ciò significa che – già dal punto di vista della teoria generale delle norme – si deve allora ritenere come esistente, sia pure *implicitamente*, una “*norma generale esclusiva di liceità penale*”<sup>457</sup>, nel senso che

<sup>455</sup> A questo proposito, è dommaticamente necessario superare in modo definitivo una certa confusione che ancora resiste in parte della dottrina, distinguendo chiaramente tra ciò che, stipulativamente e quindi per convenzione linguistica, possiamo definire “diritto penale internazionale”, che è dato dall’insieme delle “metanorme” – ossia norme che hanno ad oggetto l’applicabilità di *altre* norme – di diritto penale *interno* che disciplinano l’ambito di validità “spaziale” delle “norme incriminatrici” previste dall’ordinamento italiano (artt. 6-10 c.p.), e “diritto internazionale penale”, che viceversa costituisce propriamente una branca del *diritto internazionale* avente ad oggetto i “crimini internazionali” previsti dal c.d. Statuto di Roma, in particolare il crimine di genocidio, i crimini di guerra, i crimini contro l’umanità e il crimine di aggressione (oltre specifiche “metanorme” che disciplinano, a loro volta, l’ambito applicativo delle norme incriminatrici che prevedono queste tipologie di illeciti penali internazionali). Il c.d. “diritto penale internazionale” è infatti costituito propriamente da quelle norme di diritto penale “interno”, in genere desumibili da disposizioni collocate topograficamente nel codice subito dopo quelle che disciplinano i principi di legalità e irretroattività, nella parte dedicata alla “legge penale”, la cui funzione – attraverso la previsione di criteri di “collegamento” che presentano una dimensione “extranazionale”, sia territoriale che personale – è quella di consentire l’applicazione del diritto penale statale anche a fatti di reato realizzati “fuori” del territorio dello Stato persino da stranieri e contro stranieri (c.d. limiti di “efficacia” – o di “validità esterna” – della norma penale nello spazio).

<sup>456</sup> Su questi aspetti vedi *amplius* infra cap. III, 2.1, 2.2 e 2.3. Si noti tuttavia come la “tassatività” attenga, in particolare, all’ambito di “validità materiale esterno” della norma incriminatrice (infra cap. III, 2.4 lett. a); e che tutti i limiti del “fatto” sono comunque *anche* limiti della “norma” in quanto da essa previsti (retro nota 205 e infra cap. III, *passim*).

<sup>457</sup> Sulla esistenza, in generale, di “norme generali esclusive di liceità” retro nota 424. In particolare, sulla “norma generale esclusiva di liceità penale” vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 135 ss. Parte della dottrina tuttavia limita l’esistenza di norme generali esclusive di liceità *al solo settore penale* dell’ordinamento, data la presenza *espressa* del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (e quindi della “tassatività” e del conseguente *numerus clausus* dei comportamenti vietati: POGGI, *Norme permissive*, cit., p. 51 ss., spec. 55 ss.). Occorre per contro osservare come, se così stessero effettivamente le cose, non si comprenderebbe anzitutto perché lo stesso discorso non potrebbe essere fatto, e quindi pervenire alle stesse conclu-

tutto ciò che *non* è espressamente e tassativamente vietato dalla legge penale deve essere considerato, sempre – ed *esclusivamente* – dal punto di vista giuridico-penale, come *penalmente lecito*<sup>458</sup>.

---

sioni, quantomeno *anche* per il diritto punitivo amministrativo (data la presenza dell'art. 1 comma 2 legge n. 689/1981 che stabilisce, sia pure solo a livello di legislazione ordinaria, il principio di stretta legalità: «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano *soltanto nei casi* e per i tempi in esse considerati», riprendendo la formulazione dell'art. 14 preleggi). In realtà mi sembra che chi ragiona in questi termini finisca per confondere, a ben vedere, i concetti di “tipicità” e “tassatività”, ritenendoli *normativamente equivalenti* (sulla netta distinzione tra “tipicità” e “tassatività” si vedano viceversa le mie osservazioni retro nota 428).

<sup>458</sup> Per un'applicazione particolare di questo principio con riferimento al fenomeno dell'“abrogazione” di norme penali, vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 137; vedi anche ID., *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., p. 17 ss.

NORMA PENALE INCRIMINATRICE E TEORIA DEL REATO

SOMMARIO: 1. Prolegomeni sulla “esistenza” e sugli “ambiti di validità” della norma giuridica (in generale). – 2. Gli “ambiti di validità” della “norma penale incriminatrice” e i suoi “limiti”. La collocazione dottrinale delle diverse “cause di non punibilità” nella “teoria del reato e della pena criminale” alla luce della “teoria della norma”. – 2.1. Introduzione. I “limiti” della “norma incriminatrice” considerata nella sua “integralità”. – 2.2. I quattro “ambiti di validità” della “norma penale incriminatrice”. L’“ambito di validità temporale” e l’“ambito di validità spaziale” della norma incriminatrice e i loro limiti. – 2.3. L’“ambito di validità personale” della norma incriminatrice. – a) La “validità personale esterna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. I concetti di “capacità attiva e passiva” al reato e le “immunità” come “limiti” alla “obbligatorietà” della norma incriminatrice. – b) La “validità personale esterna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Il concetto di “capacità di pena”. – c) La “validità personale interna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. Il concetto di “capacità speciale al reato”, attiva e passiva. Le “immunità funzionali” e le “immunità parziali” come loro limiti. – d) La “validità personale interna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Il concetto di “capacità speciale alla pena”. – 2.4. L’“ambito di validità materiale” della norma incriminatrice. – a) La “validità materiale esterna” con riferimento al “fatto di reato”. La “tassatività” nella “descrizione” del fatto. – b) (segue) La “conoscibilità” del “disvalore penale” del fatto. – c) La “validità materiale esterna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Limiti alla “tipologia” di pene. “Tassatività” della pena con riferimento al suo “contenuto afflittivo”; “proporzionalità” tra pena e gravità del reato; “divieto di trattamenti contrari al senso di umanità”. – d) La “validità materiale interna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. La possibile specifica “dimensione” temporale e spaziale del “fatto di reato”. La necessaria “dimensione personale”. Condizioni di punibilità e condizioni di procedibilità. – e) (segue) La “dimensione personale” del “fatto di reato”. Il concetto di “legittimazione attiva” al reato. Reati “comuni” e reati “propri”. – f) (segue) La “legittimazione passiva” al reato. – g) (segue) I concetti di “legittimazione

attiva” e “legittimazione passiva” con riferimento alle “cause di giustificazione”. – h) La “validità materiale interna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Il concetto di “legittimazione speciale alla pena”. – 2.5. La categoria delle “cause personali di non punibilità” tra “limiti della norma incriminatrice” e “limiti del fatto di reato”. Differenziazione dommatica, sistematica e di disciplina. – 2.6. La portata della categoria codicistica delle “circostanze di esclusione della pena” ai sensi degli artt. 59 e 119 c.p.

1. *Prolegomeni sulla “esistenza” e sugli “ambiti di validità” della norma giuridica (in generale)*

Abbiamo visto come, logicamente, la prima “causa di non punibilità” sia data dalla “non previsione” del fatto per cui si procede come “costitutivo” di un “tipo” di reato. Ma che si deve propriamente intendere per “fatto di reato”? Come è evidente, si tratta della domanda centrale intorno a cui ruota la costruzione di un qualunque “sistema di diritto criminale”, anche ai fini della integrazione delle “fattispecie di responsabilità *da reato*” diverse dalla “fattispecie di punibilità” in senso stretto.

Prima però di affrontare *funditus* l’analisi della struttura del fatto di reato e della fattispecie di punibilità, e quindi dei loro elementi essenziali-costitutivi, è comunque necessario, a mio avviso, sempre in una prospettiva sistematica, chiarire preliminarmente – sia pure nel modo, per quanto possibile, più semplice e sintetico – i rapporti intercorrenti tra la “norma penale incriminatrice” e la “teoria del reato”; ciò anzitutto ai fini di un più corretto e preciso inquadramento dommatico della “natura giuridica” delle “cause di non punibilità”. Infatti le diverse “cause di non punibilità” previste dall’ordinamento positivo possono costituire – almeno *prima facie*<sup>459</sup> – da un lato “limiti della norma”, dall’altro “limiti del fatto di reato” ovvero “limiti della fattispecie di punibilità” (questi ultimi diversi e *ulteriori* rispetto ai limiti del fatto di reato).

Alcuni fondamentali riferimenti alla “teoria generale della norma giuridica” appaiono a questo punto indispensabili in quanto prodromici all’ulteriore svolgimento della trattazione.

---

<sup>459</sup> Vedremo infatti nel prosieguo della trattazione come i “limiti del fatto” o i “limiti della fattispecie di punibilità” si risolvano, in realtà, sempre comunque in “limiti della norma incriminatrice”, in particolare nella prospettiva del suo “ambito di validità materiale”.

Una “norma giuridica” “esiste” e dunque “appartiene” ad un certo ordinamento in quanto sia stata “validamente” formata in conformità alle “metanorme” sulla “produzione giuridica” di quello stesso ordinamento”<sup>460</sup>. Solo di una norma “valida” in quanto validamente formata si può pertanto predicare che “esiste giuridicamente” ed è conseguentemente “applicabile” dagli organi di quell’ordinamento a ciò deputati<sup>461</sup>.

A seconda dei *differenti “settori” in cui si articola il “diritto positivo”* di un certo ordinamento giuridico, ci possono poi essere, sotto lo specifico profilo delle “regole sulla produzione normativa”, *anche discipline diverse*; il che, come noto, si verifica in particolare proprio con riferimento al diritto penale-criminale (arg. ex artt. 13 comma 2 e 25 comma 2 Cost., laddove sta-

<sup>460</sup> “Metanorme sulla produzione giuridica” di un certo ordinamento positivo che hanno ad oggetto le “regole procedurali” di creazione delle norme.

<sup>461</sup> Sulla identificazione tra i concetti normativi di “esistenza” e “validità” di una “norma giuridica” vedi KELSEN, *La dottrina pura*, cit., p. 19 ss. e ID., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 5 e 54. *Contra*, distinguendo in particolare tra “validità” ed “esistenza” della norma, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 129-132. Chi distingue tra i concetti di “esistenza” e “validità” della norma mi sembra che confonda palesemente il concetto di “esistenza” dal punto di vista “naturale” (quasi “antropomorfo”) rispetto a quello “giuridico”: non dovrebbe esservi dubbio infatti che, quando si parla di “esistenza” di una “norma”, questa vada intesa dal punto di vista strettamente giuridico; e *cio che giuridicamente non è “valido”*, non producendo – per definizione – gli “effetti giuridici” previsti da quell’ordinamento (*salvo* la presenza di un’altra norma che, *sostituendo* all’elemento mancante che determina l’invalidità della prima norma un altro elemento, dispone gli *stessi effetti giuridici* della prima; fenomeno conosciuto come “invalidità sanabile”, tipico degli “atti giuridici”), è, *sempre dal punto di vista giuridico*, “inesistente”, posto che è dagli “effetti giuridici” (ricollegati ad una certa “situazione di fatto”) che si può, *normativamente*, affermare la “rilevanza” e quindi la “esistenza giuridica” di un certo fenomeno.

Si consideri, a sua volta, come il termine “efficacia” abbia una *polivalenza di significati*. A parte, come vedremo, l’uso convenzionale che faccio in questo lavoro del termine “efficacia” per indicare ciò che individuo come “validità interna” di una norma, per come viceversa esso è adoperato da Kelsen, l’“efficacia” sarebbe *condizione* (e quindi sempre “limite”) di “validità” della norma, ma *nella sua concreta operatività*: nel senso, in particolare, che «l’efficacia di una norma consiste nel fatto che essa è *a grandi linee effettivamente osservata* [ossia nella dimensione della “realtà” empiricamente verificabile] e, *se non osservata, applicata a grandi linee*» (KELSEN, *La dottrina pura*, cit., pp. 20-21 e ID., *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 217-218). Il che spiega, fra l’altro, perché Kelsen parli sempre, dal punto di vista “formale”, di “validità” – temporale, spaziale, personale e materiale – della norma, mai di “efficacia”, termine che viceversa usa per riferirsi al momento “di incontro” tra il mondo – *normativo* – del “dover essere” e il mondo della *realtà*, ossia dell’“essere”. Il che significa allora, alla fine, che il concetto kelseniano di “efficacia” sarebbe meglio individuabile – e definibile – come “*effettività della “norma” in concreto*, ossia nella sua pratica applicazione. Nel senso che la “norma” sul piano della “realtà” (*cui appartiene anche il “mondo del diritto”*) non è un “dover essere” ma un “essere dovuto” GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 28.

biliscono il principio della “riserva assoluta di legge”<sup>462</sup>.

Una volta che la “norma giuridica”, *considerata nella sua “integralità”, “esiste”* in quanto “validamente” introdotta nell’ordinamento, è allora logicamente possibile *analizzarne* gli “ambiti di validità” che ne costituiscono la “struttura”, ossia il suo “contenuto sostanziale”.

Sempre muovendo da una prospettiva di teoria generale, come noto, e seguendo l’insegnamento kelseniano (che mi sembra qui utile riprendere)<sup>463</sup>, nella “struttura” della norma occorre distinguere quattro “ambiti di validità”, che concorrono ad individuarne la specifica “dimensione giuridica”: il “temporale”, lo “spaziale”, il “personale” e il “materiale”<sup>464</sup>. Ciò significa che la “invalidità” della norma *anche solo sotto uno di questi profili* ne determina, *giuridicamente*, l’“inesistenza” e quindi la “inapplicabilità” (essendo “applicabile” – se si tratta di norma di diritto pubblico, dagli organi dello Stato a

<sup>462</sup> Infra cap. III, 2.1.

<sup>463</sup> Dice Kelsen, *La dottrina pura*, cit.: «Se con l’espressione “la norma si riferisce ad un certo comportamento” si intende parlare del *comportamento che costituisce il contenuto della norma*, allora la norma può riferirsi *anche a situazioni diverse dal comportamento umano, ma soltanto nella misura in cui esse sono condizioni e effetti di un tale comportamento*. [...] Poiché un comportamento umano, come pure le sue condizioni ed i suoi effetti, si svolgono nello spazio e nel tempo, *nel contenuto della norma deve essere determinato tanto il luogo quanto il tempo in cui avvengono i fatti determinati dalla norma*» (p. 21). «Ciò che le norme di un ordinamento regolano è sempre un comportamento umano; *solo un comportamento umano è regolabile mediante norme*. Fatti diversi dal comportamento umano possono formare il contenuto di norme *soltanto in connessione con un comportamento umano*, come si è già osservato, soltanto come condizione o effetto di un comportamento umano» (p. 24). E ancora: «in ogni comportamento determinato da una norma, bisogna *distinguere un elemento personale ed uno materiale*, cioè la persona che deve comportarsi in un certo modo ed il modo in cui essa deve comportarsi» (p. 23) (corsivi miei). Ciò significa allora che *tutti gli elementi “estranei” rispetto al “comportamento”, ossia le sue “condizioni”* (ad es., trattandosi di “fatto di reato”, i presupposti della condotta) e *i suoi “effetti”* (ad es., l’evento naturalistico costitutivo del reato), servono a “qualificare” comunque la “rilevanza giuridica” del comportamento stesso secondo una certa “norma”. Che però *non sempre* alla base di una norma ci sia un comportamento umano – salvo che non si ritenga che l’ordinamento giuridico si esaurisca nelle c.d. “norme secondarie”, ossia in quelle che hanno come destinatari gli organi competenti all’applicazione delle sanzioni (definite viceversa da Kelsen, non a caso, “norme primarie”: vedi retro cap. I, 2) – è dimostrato da quelle norme che ad es., in tema di responsabilità civile, “imputano” la “conseguenza sanzionatoria” del risarcimento del danno ad un soggetto (persona fisica *ma anche giuridica*) che non tiene alcun comportamento, ma semplicemente *si trova in una “relazione giuridica” con una cosa o un animale o anche un’altra persona fisica* direttamente produttivi del “danno risarcibile”, per cui questo soggetto è ritenuto giuridicamente “responsabile” (espressioni del principio *cuius commoda eius et incommoda*: vedi retro cap. I, 17; e per cui il fatto a lui imputabile ai fini sanzionatori è qualificabile, convenzionalmente, non come “illecito” ma *tout court* come “fatto antiggiuridico”: retro cap. I, 17).

<sup>464</sup> Vedi Kelsen, *La dottrina pura*, cit., p. 19 ss.

ciò deputati – esclusivamente una norma “giuridicamente esistente” in quanto “valida” in tutti i suoi aspetti).

Ciascuno di questi “ambiti di validità” può poi, per maggior chiarezza dommatica, essere ulteriormente considerato in una duplice prospettiva: “*esterna*” ed “*interna*”. Per evitare qualsiasi equivoco terminologico (che potrebbe dar luogo a gravi fraintendimenti), si potrebbero *stipulativamente* definire la dimensione “esterna” come “ambito di *validità*” della norma “*in senso stretto*” e la dimensione “interna” anche come suo “ambito di *efficacia*”.

Venendo ad analizzare, più in particolare, i quattro profili che identificano la “dimensione giuridica” di una norma, sia nella prospettiva dell’“ambito di validità esterno” che dell’“ambito di validità interno”, ossia di “efficacia”, iniziando dalla “*dimensione temporale*”, una norma è “temporalmente valida” (dal punto di vista “*esterno*”) nell’arco di tempo che va dall’inizio della sua esistenza (definibile anche come “vigenza”) fino al momento in cui cessa di appartenere all’ordinamento (momento normalmente identificabile, negli ordinamenti giuridici moderni, con quello della sua “abrogazione”)<sup>465</sup>. Viceversa, la sua “efficacia” (da intendere come “validità temporale *interna*” della norma) è “condizionata” – ossia “limitata” – dall’“arco temporale” in cui la “situazione di fatto” prevista dalla “fattispecie condizionante” (come presupposto della conseguenza giuridica) deve essersi verificata; “ambito temporale” che è determinato dall’operare delle “regole” della “irretroattività”, della “retroattività” o della valenza temporale “illimitata” della sua “efficacia qualificatoria”<sup>466</sup>.

<sup>465</sup> TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 13 ss.

<sup>466</sup> Più specificamente, l’“ambito di validità temporale esterno” di una norma è costituito dall’*arco temporale* di “validità” e quindi di “giuridica esistenza” e di “applicabilità” della norma in quanto “appartenente” ad un certo ordinamento. “Arco temporale” che va, secondo il diritto positivo italiano (e con riferimento alle norme *diverse dalle consuetudinarie*, e quindi prodotte da c.d. “fonti-atto”: sul punto CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 31 ss. e 129 ss.), dal momento in cui la norma può essere interpretativamente ricavata da una disposizione o da un insieme di disposizioni di cui esprime il senso, e quindi dall’“entrata in vigore” dell’“atto normativo” che le contiene, fino al momento in cui è intervenuto uno dei “fatti abrogativi” previsti in via generale dall’art. 15 preleggi. Più in particolare, l’abrogazione determina la “revoca” – con efficacia quindi *ex nunc* – della “validità” di una norma e quindi della sua “esistenza” intesa come “appartenenza” ad un sistema giuridico; da ciò deriva logicamente che l’abrogazione costituisce un’*ipotesi di “invalidità sopravvenuta”* della norma che, a differenza della declaratoria di incostituzionalità, dipende solo da una *sopravvenuta valutazione della sua “inopportunità politica”* (TRAPANI, *Abrogatio*, cit., pp. 86-87).

L’altra “dimensione temporale” della norma, quella della “validità *interna*”, per convenzione definibile anche come di “*efficacia*”, attiene viceversa all’arco di tempo nel quale si deve verificare la “situazione di fatto” riconducibile sotto la c.d. “fattispecie condizionante”

Quanto alla “*dimensione spaziale*” della “validità” di una norma, il suo “ambito di validità spaziale *esterno*” è costituito da quella “parte dello spazio” – terrestre, marittimo e aereo<sup>467</sup> – nel quale lo Stato esercita la sua “sovrانيتà” e può quindi fare legittimamente “applicare” le sue norme dai suoi organi (*in primis* dai titolari della “funzione giurisdizionale”). “Parte dello spazio” che *si identifica col “territorio dello Stato”*<sup>468</sup>, nel quale possono essere legittimamente esercitate dagli organi pubblici *anche tutte le “attività di coercizione”*, in particolare su persone fisiche. A sua volta, la “validità spaziale in-

ipotizzata dalla norma (costitutiva del suo ambito di validità “materiale”: infra in questo paragrafo) perché si verifichi la “conseguenza giuridica” (collegata dalla stessa norma alla verifica di quella situazione di fatto). “Ambito temporale” che può essere “*indefinito*” o “*indeterminato*” (nel senso di “*illimitato*”), laddove la norma sia idonea ad esprimere la sua “efficacia qualificatoria” con riferimento a tutte le situazioni di fatto riconducibili sotto la fattispecie condizionante *a prescindere dal momento in cui si sono verificate*, se “prima” o “dopo” l’inizio di esistenza della norma; ovvero essere la sua efficacia qualificatoria “*limitata*” alle situazioni di fatto verificatesi o *solo “dopo”* o *solo “prima”* l’inizio della sua esistenza (come avviene con le c.d. “norme transitorie”). Così intesa, la dimensione temporale “interna” della norma fa riferimento allora, propriamente, alla “irretroattività” o “retroattività” ovvero “indifferenza temporale” della “qualificazione normativa” da essa operata in funzione dell’applicazione del tipo di disciplina da essa previsto.

A questo proposito, si consideri come, una volta che una norma inizi ad “esistere giuridicamente”, la “qualificazione” da essa operata sulla “situazione di fatto” da essa prevista, *di per sé considerata*, non dovrebbe dal punto di vista logico incontrare “limiti temporali”, posto che rappresenta la “disciplina” ritenuta “corretta”, e quindi politicamente “giusta”, dal fattore di produzione del diritto in quella certa società in quel determinato momento storico con riferimento a quella specifica situazione di fatto; viceversa, *ragioni “politiche” di “certezza” del diritto e di “sicurezza” dei rapporti giuridici* impongono, almeno negli ordinamenti contemporanei, come regola – *tendenzialmente* – generale il principio di “irretroattività” della “qualificazione” operata dalla “norma” (come avviene nell’ordinamento italiano con l’art. 11 preleggi). Su tutti questi aspetti vedi *amplius* TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 106 ss.

<sup>467</sup> “Spazio tridimensionale”, come ricorda puntualmente Kelsen, *La dottrina pura*, cit., p. 320.

<sup>468</sup> Si ricordi a questo proposito come il “territorio” costituisca “elemento “essenziale” per l’esistenza di qualunque società organizzata a Stato, e dunque di qualunque ordinamento giuridico qualificabile come organizzazione statale; territorio entro i cui “confini” vive la “popolazione” su cui si esercita la “sovrانيتà” dello Stato stesso, sovranità che si manifesta attraverso l’esercizio delle tre “funzioni” in cui si articola, della “legislazione”, “amministrazione” e “giurisdizione”, non a caso definite “sovrane”. “Sovranità”, “popolazione” e “territorio”, dunque, tradizionalmente identificati con gli “elementi costitutivi essenziali” del concetto giuridico di “Stato”. Non è un caso poi che chi oggi parla di “sovranism” in senso negativo ha come *prospettiva politica* ultima il superamento del concetto stesso di Stato – come ordinamento giuridico *superiorem non recognoscens* – in funzione di una visione “mondialista” di cui la c.d. “globalizzazione” rappresenta attualmente il più rilevante punto di emersione (una volta storicamente superata la visione marxista dello Stato fondata sulla base dell’ideologia dell’“internazionalismo proletario”).

*terna*” della norma, ossia la sua “efficacia spaziale”, è costituita dall’*ambito spaziale* nel quale si deve verificare la “situazione di fatto” prevista dalla c.d. “*fattispecie condizionante*”<sup>469</sup> perché si verifichi la “conseguenza giuridica”<sup>470</sup>.

Con riferimento poi alla “*dimensione personale*” della “validità” di una norma, l’ambito di “validità personale *esterno*” è costituito dai “soggetti giuridici” (che possono essere legittimamente) “*destinatari*” della norma. “Destinatari” che si identificano con i soggetti che hanno la “*capacità giuridica*”, ossia la idoneità ad essere titolari di “situazioni giuridiche soggettive”, “attive” (diritto soggettivo, diritto potestativo, *status personale*) e/o “passive” (dovere-obbligo, soggezione, onere).

L’ambito di “validità personale *interno*”, ossia di “efficacia personale” della norma, è a sua volta costituito dall’*ambito dei “soggetti giuridici”* (persone fisiche o giuridiche o anche enti non riconosciuti<sup>471</sup>) che possono (legitti-

<sup>469</sup> Quanto all’ambito di validità spaziale “interno” della norma, ossia di “efficacia nello spazio”, occorre sottolineare come, con riferimento allo “spazio” entro cui si deve verificare la situazione di fatto prevista dalla “fattispecie condizionante” perché si integri la norma, contrariamente a quanto spesso si ripete, *non vi siano limiti di “diritto internazionale*” che vincolino l’operatività delle previsioni normative “statali” alla verifica della fattispecie condizionante esclusivamente nel “territorio dello Stato” (vedi C.P.J.I. 7 settembre 1927, n. 9, in C.P.J.I., Série A, n. 10, in partic. p. 20; ad eccezione delle norme che autorizzano o impongono l’esercizio di “attività coercitive”). Ciascun ordinamento giuridico “statale”, appunto in quanto “sovrano”, può infatti *liberamente scegliere* se utilizzare, per la “efficacia spaziale” delle sue norme (non solo “penali”, su cui vedi in particolare infra cap. III, 2.2 e nota 506 e *amplius* TRAPANI, voce *Legge penale. II) Limiti spaziali*, cit., p. 1 ss.), il *criterio dell’“universalità”* (nel senso che la fattispecie condizionante assume rilevanza giuridica “*dovunque*” la situazione di fatto ivi prevista si sia realizzata) ovvero il *criterio opposto della “territorialità”* (nel senso che la fattispecie condizionante, per assumere rilevanza giuridica, si deve essere verificata *nel solo “territorio dello Stato”*). Di più, ben potrebbe l’ordinamento statale “*limitare*” la *rilevanza spaziale di certe norme solo ad una “porzione” dello stesso “territorio dello Stato”*, ad es. laddove si sia in presenza di uno Stato federale composto da un insieme di Stati federati o anche laddove lo Stato si articoli in un insieme di Regioni (a quest’ultimo proposito, si pensi, nell’ordinamento penale italiano, alle norme incriminatrici sull’“abigeato”, quando era previsto come titolo autonomo di reato, originariamente riferibili *solo* ai territori delle c.d. “province meridionali”).

<sup>470</sup> Occorre tuttavia a questo proposito sottolineare come, laddove la “conseguenza giuridica” sia *costitutiva di una “sanzione”*, questa può essere applicata *solo da “organi dello Stato” nel “territorio dello Stato”*; nel senso quindi che, a *differenza* della “fattispecie condizionante” prevista dalla norma (più precisamente: dall’ambito “materiale” della norma), che può essere realizzata anche “fuori” del territorio dello Stato, con riferimento alla “conseguenza sanzionatoria” l’ambito di validità spaziale “interno” ed “esterno” *coincidono*.

<sup>471</sup> Soggetti questi ultimi che sono però comunque da qualificare come “persone giuridiche” in quanto *normativamente*, sia pure entro certi limiti, “giuridicamente capaci”. Si ricordi, a questo proposito come per Kelsen anche la persona “fisica” *giuridicamente* debba essere considerata *solo nei limiti in cui viene presa in considerazione dalla singola norma*, ossia in quanto

mamente) porre in essere la situazione prevista dalla “*fattispecie condizionante*” della norma affinché si verifichi la conseguenza giuridica (e che quindi hanno ciò che si può convenzionalmente definire come “*capacità attiva*” o anche come “*capacità d’agire*”)<sup>472</sup>; ovvero che possono (legittimamente) essere *direttamente destinatari della “conseguenza giuridica”*, anche *senza* avere personalmente realizzato la “fattispecie condizionante” (e che quindi hanno la sola “*capacità passiva*”)<sup>473</sup>.

Quanto infine alla “*dimensione materiale*” della “validità” di una norma, ossia al suo “contenuto” con riferimento anzitutto – ma non solo – al “comportamento” regolato<sup>474</sup>, il suo “ambito di validità materiale *esterno*” è costituito da tutto ciò che caratterizza, *in generale*, sia dal punto di vista “formale” che “sostanziale/materiale”<sup>475</sup>, la “descrizione” (ossia la “previ-

---

autore del comportamento ivi descritto (KELSEN, *La dottrina pura*, cit., pp. 196-198 e ID., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 93-97). In questa stessa direzione sembra muoversi, nella dottrina penalistica, anche Jakobs (JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Auf., Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 9 ss. e 29 ss.), quando distingue tra “persona” e “individuo” a seconda del diverso “patrimonio giuridico”, nel senso di insieme di “diritti” e “doveri”, di cui ciascuna delle due entità è giuridicamente titolare (distinzione, funzionale alla teoria avanzata da questo Autore del c.d. “diritto penale del nemico”, tra persona-cittadino e mero individuo-nemico, che si riflette anche nel tipo di risposta sanzionatoria applicabile: pena per il cittadino, misura di sicurezza per il nemico).

<sup>472</sup> Si pensi ad es. alla maggiore età richiesta dall’ordinamento civile, almeno come regola, per stipulare validamente un contratto.

<sup>473</sup> Si pensi ad es., nel sistema civile, agli istituti della “rappresentanza” o della “*utiliter gestio*”, attraverso cui gli “effetti giuridici” di un determinato comportamento integrativo di una fattispecie costitutiva di una norma ricadono nel “patrimonio giuridico” di un soggetto *diverso* da quello che ha realizzato la fattispecie condizionante. Ma si pensi anche ai casi in cui destinatario della sanzione del risarcimento del danno è un soggetto (persona fisica o giuridica) cui è *normativamente imputato* un mero “fatto antiggiuridico”, non causato – se persona fisica – da un suo comportamento illecito, ma di cui risponde solo per trovarsi in una determinata “posizione funzionale” rispetto ad una cosa, un animale o altra persona direttamente produttivi del danno risarcibile (vedi retro cap. I, 17).

<sup>474</sup> Sul concetto di “ambito di validità materiale” (o “oggettivo”) di una “norma” come «il *comportamento* che la norma statuisce come dovuto e le *condizioni* in cui esso è statuito dalla norma» (corsivi miei) KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 178 e 228-229. Vedi anche retro nota 463 (anche, in generale, per alcune considerazioni critiche su questa tesi).

<sup>475</sup> Si pensi ad es. ai profili della “generalità” e “astrattezza” come elementi caratterizzanti la “struttura” di qualsiasi “fattispecie condizionante” (quali aspetti inerenti alla sua “tecnica di costruzione” da parte del fattore legislativo) o/e al momento della rilevanza o meno della “conoscenza” dell’aspetto “precoattivo” della norma da parte del suo destinatario (ossia, nel diritto positivo italiano, il problema del significato e della rilevanza della regola della *ignorantia legis non excusat* in tutti i settori dell’ordinamento diversi dal penale).

sione” del “contenuto”) tanto della “fattispecie condizionante” quanto della “conseguenza giuridica”, ossia dei due “momenti” di cui è composta qualunque “norma giuridica”.

L’ambito di “validità materiale *interno*”, ossia di “efficacia materiale”, è viceversa a sua volta rappresentato da ciò che caratterizza il “contenuto specifico” dei singoli particolari “tipi” di “fatti” costitutivi delle singole “fattispecie condizionanti” e delle correlative specifiche “conseguenze giuridiche”. In particolare, occorre qui sottolineare come le singole “fattispecie condizionanti” (aventi come “oggetto di regolamentazione”, secondo Kelsen, necessariamente un “comportamento umano”)<sup>476</sup> possono anche prevedere, nella loro specifica “descrizione”, delle caratteristiche concernenti una loro particolare “dimensione”, “temporale” (ad es., “in tempo di guerra”), “spaziale” (ad es., “fuori del territorio dello Stato”) o “personale” (ad es., il “pubblico impiegato” o il “datore di lavoro”), requisiti che ne “delimitano” la rilevanza giuridica e quindi la sfera di operatività. Tali peculiari “dimensioni” temporali, spaziali e personali non debbono tuttavia essere confuse con ciò che attiene all’“ambito di validità” “temporale”, “spaziale” e “personale” della “norma giuridica”, inerendo viceversa al suo “ambito materiale”, sia pure come “aspetti specifici” della “fattispecie condizionante”<sup>477</sup>.

Se dunque *solo una norma “valida” ed “efficace” in tutti i profili che ne definiscono la “dimensione giuridica”, esterna e interna, è “applicabile”,* ne consegue che tutte le situazioni che determinano l’“invalidità” o l’“inefficacia” di una certa norma ne rappresentano altrettanti “limiti”.

Questi “*limiti della norma*”, che ne precludono l’“applicabilità”, escludono la sua “validità” o “efficacia” (= validità “interna”) o perché, trattandosi di “elementi negativi”, ossia che debbono “mancare”, sono viceversa “pre-

<sup>476</sup> Retro nota 463, anche per una parziale critica alla concezione, di teoria generale, che dietro qualunque norma ci sia necessariamente un “comportamento umano” (tesi viceversa corretta solo ritenendo, con Kelsen, che unica vera norma sia quella rivolta al giudice o comunque solo agli organi deputati alla sua applicazione: retro cap. I, 2). Idea questa, che vede in un “comportamento umano” l’unico possibile oggetto di regolamentazione normativa, che si adatta perfettamente, viceversa, proprio al sistema penale in cui le “norme incriminatrici” (*rectius*: i loro “ambiti di validità materiale” con riferimento a quel “fatto di reato” che ne costituisce contenuto fondamentale) hanno struttura di “imperativo” (retro note 114 e 369).

<sup>477</sup> Il che, come vedremo a breve (infra cap. III, 2.4 lett. d, e, f e 2.5), assume una importanza fondamentale anzitutto, per quanto specificamente ci interessa, ai fini di una corretta costruzione della “teoria del reato” e della rilevanza delle diverse “cause di non punibilità” proprio in conseguenza della loro diversa “natura giuridica” come “limiti” dell’“ambito di validità” temporale, spaziale o personale della “norma incriminatrice” ovvero, viceversa, come “limiti” del “fatto di reato” (o della “fattispecie di punibilità”).

senti”; o, specularmente, perché, trattandosi di “elementi positivi”, ossia che debbono “esistere”, sono viceversa “mancanti”. Più in particolare, si potrebbe anche dire, sia pure convenzionalmente, che detti “limiti della norma” costituiscono *tutti*, dal punto di vista logico, altrettanti “*elementi negativi*” dei diversi profili in cui si sostanziano l’“ambito di validità” e l’“ambito di efficacia” della norma stessa, sempre però che si abbia cura di precisare come lo stesso termine “elemento negativo”, inteso *in senso lato*, possa essere usato per indicare situazioni radicalmente diverse dal punto di vista strutturale: da un lato, come “elemento negativo in senso stretto”, così definibile in quanto *si “aggiunge”*, sia pure *con valenza “negativa”*, agli “elementi positivi” che caratterizzano ciascuno dei profili della validità e dell’efficacia della norma stessa, requisito “negativo” cui è assimilabile – sia pure entro certi limiti – l’“elemento positivo costruito negativamente” così denominato perché, per la sua operatività, deve essere “presente” la sua “mancanza”<sup>478</sup>; dall’altro, come *mero “risvolto negativo”* di un “elemento positivo”, da intendere cioè, semplicemente, come sinonimo di sua “mancanza” (si pensi ad es. alla mancanza dei requisiti positivamente richiesti per l’esistenza della “capacità di agire”). “Limiti della norma” che, *nel sistema penale*, come vedremo, si traducono tutti indistintamente in altrettante “*cause di non punibilità*”.

Concludendo e ricapitolando, e sempre muovendo dalla prospettiva di ciò che “esclude” la “esistenza” di una qualunque “norma giuridica” e quindi la sua “appartenenza” ad un certo ordinamento giuridico e la sua “applicabilità”, “*limite di validità*” e dunque “presupposto di esistenza” della “norma giuridica” vista *nella sua “integralità”* è che essa sia stata formulata (= “creata”) *secondo quanto stabilito dalle “metanorme” sulla produzione giuridica* previste da quel certo ordinamento. “Limite di validità della norma” nella sua “integralità” *da distinguere* dunque nettamente, sul piano concettuale, dai “*limiti degli ambiti di validità*”, “temporale”, “spaziale”, “personale” e “materiale”, che ne compongono la “*struttura*”. Anche se, per la “validità” e quindi la “applicabilità” della norma, *tutti questi limiti logicamente si equivalgono* dal punto di vista della loro rilevanza giuridica, in quanto, per l’operatività della norma, ne occorre comunque la “mancanza”.

<sup>478</sup> L’“elemento negativo in senso stretto” e l’“elemento positivo costruito negativamente” non si distinguono dal punto di vista della loro rilevanza “oggettiva” (algebricamente, rispettivamente, – [+X] e + [-X]), ma debbono viceversa essere *nettamente distinti* laddove la “fattispecie condizionante” richieda per la sua integrazione anche un requisito di natura “soggettivo-psicologica”. Si pensi ad es. alla loro diversa rilevanza, anzi *opposta*, con riferimento all’integrazione del “dolo” di un “fatto di reato”: vedi retro nota 11 e infra cap. IV, 2 lett. a.

2. *Gli “ambiti di validità” della “norma penale incriminatrice” e i suoi “limiti”. La collocazione dommatica delle diverse “cause di non punibilità” nella “teoria del reato e della pena criminale” alla luce della “teoria della norma”*

2.1. *Introduzione. I “limiti” della “norma incriminatrice” considerata nella sua “integralità”*

Abbiamo visto come, solo se una “norma” considerata nella sua “integralità” “esiste giuridicamente”, sia logicamente possibile analizzarne sul piano della “struttura”, ossia del suo “contenuto sostanziale”, i corrispondenti “ambiti di validità”, “temporale”, “spaziale”, “personale” e “materiale”. E “presupposto formale” di “esistenza” della norma e quindi di sua “appartenenza” ad un certo ordinamento giuridico è che essa sia stata “legittimamente”, e dunque “validamente”, formata secondo le “regole sulla produzione normativa” stabilite da quello stesso ordinamento<sup>479</sup>. “Validità” della norma nella sua “integralità” che, *a seconda dei differenti settori in cui si articola il “diritto positivo” di un certo ordinamento e quindi a seconda della sua specifica “natura giuridica”* (civile, amministrativa, penale), può poi dipendere, sotto lo specifico profilo delle “fonti di produzione”, *anche da discipline diverse*. Così come, a loro volta, i quattro “ambiti di validità” che ne definiscono la “struttura” possono assumere caratteristiche diverse a seconda della specifica “natura giuridica” di una certa “norma”.

Trasferendo queste considerazioni allo specifico settore del “diritto penale-criminale” e tenendo conto delle peculiarità della sua “disciplina giuridica”, con riferimento in primo luogo ai *“limiti della norma incriminatrice”* considerata *nella sua “integralità”*, occorre anzitutto sottolineare come, dal punto di vista del “diritto positivo”, l’ordinamento costituzionale italiano stabilisca, in materia di “fonti di produzione” (o meglio: “regole sulla produzione normativa”), il principio della *“riserva assoluta di legge statale”*, come si argomenta dal combinato disposto degli artt. 13 comma 2, 25 comma 2

<sup>479</sup> “Regole sulla produzione normativa” che, dal punto di vista “formale”, si sostanziano nelle “regole procedurali” stabilite dalle “metanorme” sulla formazione degli “atti normativi”. Quanto viceversa, in un sistema a costituzione “rigida” come quello italiano, ai “limiti materiali”, ossia di “contenuto”, delle norme incriminatrici, essi non attengono, propriamente, alla stessa “esistenza” della norma considerata nella sua “integralità”, ma solo, appunto, al suo “ambito di validità materiale”, in particolare “esterna”: oltre a quei limiti contenutistici valevoli per tutte le norme dell’ordinamento, come anzitutto il principio di uguaglianza, si pensi ad es., con riferimento specifico alla “materia penale”, al principio di “tassatività” delle incriminazioni ricavabile dal combinato disposto degli artt. 13 comma 2 e 25 comma 2 Cost.; vedi infra cap. III, 2.4 lett. a.

e 117 comma 2 lett. /Cost.<sup>480</sup>. Ciò significa che la “norma penale incrimi-

<sup>480</sup> La assoluta inammissibilità, e conseguente incostituzionalità, di leggi penali “regionali” sembrerebbe oggi – almeno a prima vista – definitivamente imposta dall’introduzione nel 2001 con la riforma del Titolo V della Costituzione del nuovo testo dell’art. 117 comma 2 Cost. laddove, fra le materie di competenza “esclusiva” dello Stato, indica esplicitamente, accanto alla «giurisdizione e norme processuali», l’«ordinamento civile e penale» (lettera l). Muovendo da una simile premessa, un grave problema, anche alla luce del complessivo sistema delle fonti del diritto delineato dalla stessa Costituzione, si porrebbe quantomeno per le “materie” di competenza regionale “esclusiva”, posto che, almeno per le regioni a Statuto speciale, tali materie sono indicate esplicitamente da “leggi costituzionali” con le quali sono approvati i relativi “statuti” (art. 116 comma 1 Cost.). A ben vedere tuttavia il riferimento all’art. 117 comma 2 lett. /Cost. per escludere che le Regioni abbiano qualunque competenza in materia penale non è, a mio parere, di per sé considerato assolutamente risolutivo. Infatti, si potrebbe anzitutto dire che l’art. 117 cit. debba comunque, come tutte le altre disposizioni “legislative” – anche quindi se di rango costituzionale –, essere interpretato “sistematicamente” (con le altre disposizioni della Costituzione o di rango costituzionale). Per cui, considerando che la stessa Costituzione prevede “materie” di competenza “esclusiva” delle Regioni, in particolare di quelle a “statuto speciale”, un’interpretazione sistematicamente corretta potrebbe anche pervenire alla conclusione che l’art. 117, in quanto disposizione “generale”, pone *come regola appunto “generale”* una “preclusione” alla legittimità della previsione (e quindi all’ammissibilità) di “norme incriminatrici” da parte delle Regioni; *a meno che non venga “derogata” da disposizioni “speciali”* come appunto quelle, sempre di rango costituzionale, che prevedono per alcune “materie” la “competenza esclusiva” delle Regioni o, meglio, di certe Regioni (a statuto speciale). Ed essendo la “materia penale” propriamente, più che un vero e proprio “campo di materia” un “modo di disciplina” (facendo riferimento alla “pena criminale” come “effetto giuridico” della commissione di un “fatto” di per sé riferibile a qualunque “materia”: vedi anche retro nota 137), questo “modo di disciplina” deve ritenersi ricompreso nelle “materie” di competenza esclusiva delle Regioni.

E non varrebbe poi dire che, essendo l’attuale art. 117 intervenuto *successivamente* rispetto alle altre disposizioni della Costituzione del 1948, *lex posterior derogat priori*, posto che qui si potrebbe anche affermare che *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. E le disposizioni che prevedono le “competenze esclusive” delle Regioni a statuto speciale sono sì antecedenti, ma sono appunto “speciali” rispetto alla modifica costituzionale dell’art. 117. Al massimo, si potrebbe forse allora concludere nel senso che, sempre con riferimento alle “materie” di competenza “esclusiva” delle Regioni “a statuto speciale”, la – apparentemente “assoluta” – “preclusione” alla competenza regionale in “materia penale” (per questo concetto di “materia penale” vedi *infra* cap. V, 8) da parte dell’art. 117 comma 2 lett. /Cost. dovrebbe valere soltanto per gli istituti di “parte generale”, *ma non per la previsione di singoli “fatti di reato”* (o comunque anche di situazioni di “non punibilità” con riferimento alle “materie” di competenza esclusiva regionale: si pensi ad es. ad un condono edilizio con relativa non punibilità adottato da una Regione a statuto speciale che abbia competenza *esclusiva* sulla materia dell’edilizia e dell’urbanistica, come la Sicilia. Dispone infatti l’art. 14 dello Statuto della Regione Siciliana, adottato con legge cost. 26 febbraio 1948, n. 2, che «L’Assemblea, nell’ambito della Regione e nei limiti delle leggi costituzionali dello Stato, senza pregiudizio delle riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente del popolo italiano, ha la *legislazione esclusiva* sulle seguenti materie (...) lett. f) *urbanistica*»; la Corte costituzionale, con sentenza del 25 ottobre 1989 n. 487, ha tuttavia dichiarato la il-

natrice” può essere “validamente” formata, e quindi “esistere” giuridicamente ed essere “applicabile” dal giudice penale, solo se prodotta attraverso una “legge formale del Parlamento” o un “atto del Governo avente valore di legge” (statale). Con la conseguenza che un soggetto, autore di un “fatto di reato” introdotto nell’ordinamento attraverso una “norma incriminatrice” ricavabile – si noti: *anche solo parzialmente* – da una “fonte” *diversa* da una “primaria” avente “valore di legge” (statale), non sarebbe “punibile” non essendo la norma incriminatrice “valida” dal punto di vista del “livello gerarchico” della sua “fonte di produzione” e quindi in quanto tale non “appartenente” al sistema.

“Limite” (meglio: “*eterolimit*” per lo stesso legislatore), questo, che, se “violato”, si traduce nella prima, sul piano logico, “causa di non punibilità” di cui mi sembra possibile trovare un esplicito riscontro normativo, sulla base di una corretta lettura sistematica, oltre che nella formula «*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge*», di cui all’art. 25 comma 2 Cost.<sup>481</sup>, anche sul piano delle “formule assolutorie” indicate dall’art. 530 comma 1 c.p.p. (esplicitamente qualificate altresì proprio come «Cause di non punibilità» dalla rubrica dell’art. 129 c.p.p.), laddove in particolare si parla di fatto che «non è previsto *dalla legge* come reato». Formula, come vedremo, utilizzabile a mio avviso altresì quando il fatto imputato non sia proprio previsto come reato da alcuna norma incriminatrice (anche se prodotta da fonte di rango gerarchico “inferiore” ad un atto normativo con valore di “legge”) ovvero,

---

legittimità costituzionale dell’art. 3 legge reg. Sicilia n. 26 del 1986 in materia di controllo sull’attività urbanistico-edilizia e di sanatoria delle opere abusive che *estendeva* ai casi ivi ipotizzati la causa estintiva dei reati edilizi prevista, a livello di legislazione statale, dall’art. 31 legge n. 47/1985 in tema di sanatoria delle opere abusive). Ovvio poi, a sua volta, che, ritenendo – sia pure nei limiti indicati – legittima una competenza penale delle Regioni, gli eventuali “illeciti penali” da esse introdotti avrebbero logicamente un “ambito di validità spaziale” *limitato* al “territorio” della Regione. Per un quadro sintetico sul problema della potestà legislativa penale delle Regioni vedi anche TRAPANI, voce *Legge penale*. I) *Fonti*, cit., pp. 9-10.

<sup>481</sup> Quanto all’art. 1 c.p., secondo cui «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente preveduto come reato dalla legge, ...*», essendo il “limite” della riserva di legge – e la conseguente causa di non punibilità in caso di suo superamento – contenuto in una disposizione avente valore di legge ordinaria (in particolare, un regio decreto legislativo), questo limite potrebbe allora essere “derogato” da un’altra disposizione avente sempre valore di legge ordinaria che rimettesse *espressamente* ad un “regolamento dell’esecutivo” (governativo o addirittura ministeriale) la previsione, in tutto o in parte, della fattispecie condizionante la pena criminale. L’art. 1 c.p. infatti, come tutte le disposizioni aventi valore di legge, può limitare direttamente solo la autonoma funzione normativa del potere esecutivo (sulla base del principio di “gerarchia delle fonti”), oltre il potere degli organi deputati alla sua applicazione (nel sistema penale, i giudici).

seppure formalmente previsto, il fatto di reato non sia descritto dalla legge in modo “tassativo”<sup>482</sup>.

Il principio della “riserva assoluta di legge statale” come “limite di validità” della “norma incriminatrice” considerata nella sua “integralità” vale poi anche, *mutatis mutandis*, con riferimento al suo “effetto giuridico” costituito dalla “pena criminale”: anch’essa, infatti, quale “conseguenza sanzionatoria” astrattamente collegata alla realizzazione di un “fatto di reato” (e della relativa “fattispecie di punibilità”), deve essere prevista *esclusivamente* da un atto normativo con valore di legge statale con riferimento sia alla “specie” di pena (tanto “principale” quanto “accessoria”)<sup>483</sup> che alla sua “quantità”<sup>484</sup>.

<sup>482</sup> Infra cap. III, 2.4 lett. a.

<sup>483</sup> Ma anche “sostitutiva” di pene detentive. Se infatti, ancora attualmente, le sanzioni sostitutive – oggi, anche legislativamente, “pene” sostitutive: art. 20-*bis* c.p. – non sono formalmente previste come sanzioni “principali” utilizzabili astrattamente dal legislatore per i reati meno gravi (*ad eccezione* della “permanenza domiciliare” e del “lavoro di pubblica utilità” per i reati di competenza del giudice di pace: infra nota 674), potendo essere applicate solo dal giudice di cognizione nel momento di commisurazione della pena in concreto, deve essere comunque la “legge del Parlamento” o un “atto del Governo con forza di legge” a prevederle, *in astratto*, la “tipologia” e i “presupposti applicativi”.

<sup>484</sup> Il *quantum* di pena raramente è determinato in misura “fissa” (si pensi ad es. all’art. 630 comma 2 c.p.: «Se dal sequestro [di persona a scopo di estorsione] deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta»; trenta anni che, si noti, costituiscono fra l’altro *il massimo*, normativamente stabilito, di questo tipo di pena detentiva *comunque* applicabile a una persona anche in caso di “concorso” di reati o di circostanze aggravanti: rispettivamente, artt. 78 comma 1 n. 1 e 66 n. 1 c.p.). Di regola, viceversa, la legge commina astrattamente per ciascuna figura di reato una pena (principale) variabile tra un minimo e un massimo, spettando poi al giudice in sede di condanna applicare discrezionalmente in concreto una pena compresa in quest’arco edittale tenendo conto degli indici di cui all’art. 133 c.p. Se e come ciò rilevi ai fini del rispetto del principio di “tassatività” della pena, vedi infra cap. III, 2.4 lett. c) e nota 602 (in particolare, quando l’arco della pena edittale è troppo ampio vedi Corte cost., sent. 17 luglio 1986, n. 171; Corte cost., sent. 18 giugno 1991, n. 285; Corte cost., sent. 24 giugno 1992, n. 299). Si ricordi anche come la stessa Corte costituzionale, pur ammettendo una certa “relatività” della “riserva di legge” con riferimento alla definizione del “fatto di reato” (e si deve conseguentemente ritenere anche della “fattispecie di punibilità”), ne abbia viceversa sempre riaffermato la “*assolutezza*” con riferimento alla “conseguenza sanzionatoria” della pena criminale. In dottrina vedi Corte cost., sent. 12 marzo 1962, n. 15; Corte cost., sent. 23 marzo 1966, n. 26; Corte cost., sent. 5 aprile 1971, n. 69; Corte cost., sent. 14 giugno 1990, n. 282). Per quanto concerne poi, in particolare, le “pene accessorie”, che, come dice l’art. 20 c.p., «conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa», a seconda dei casi, o a qualunque condanna ad una pena principale di una certa durata ovvero alla condanna per certi tipi di reati o anche alla condanna ad una pena principale di una certa durata per tutti i reati commessi con certe modalità (ad es., abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti all’ufficio), la loro

Occorre tuttavia sottolineare come, laddove la “validità” della norma incriminatrice considerata nella sua “integralità”, sotto il profilo sia del “fatto di reato” (meglio: della “fattispecie di punibilità”) che della “pena criminale”, dipenda dal rispetto di principi costituzionali o comunque supralegislativi (come quello della riserva assoluta di legge statale), la “non punibilità” come conseguenza della sua “invalidità” per violazione dei suddetti “limiti” non possa – secondo l’ordinamento italiano – essere dichiarata direttamente dal giudice penale, ma *solo dopo* la eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice da parte della Corte costituzionale<sup>485</sup>.

---

*durata* può essere o “perpetua” o “temporanea” e, in quest’ultimo caso, o determinata in via autonoma ovvero agganciata alla durata della pena principale. Chiaro che, nel caso di pena accessoria “perpetua”, si pone un problema di legittimità con riferimento al principio costituzionale di “rieducazione del condannato” di cui all’art. 27 comma 3 Cost., *analogamente* a quanto si deve dire rispetto alla pena detentiva “principale” dell’ergastolo (anch’essa, almeno formalmente, perpetua; infra nota 579).

<sup>485</sup> Detto altrimenti, il giudice che ritenesse la “non manifesta infondatezza” della questione di “validità” della norma incriminatrice per violazione di uno dei principi costituzionali o supralegislativi (arg. *ex* art. 117 comma 1 Cost., a tenore del quale «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario [oggi: della Unione Europea] e dagli obblighi internazionali», oltre che dalle norme internazionali consuetudinarie *ex* art. 10 comma 1 Cost.) insieme alla sua “rilevanza” ai fini della decisione nel caso concreto, dovrebbe sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale. Si noti poi come tale “questione pregiudiziale” dovrebbe essere sollevata non solo dal giudice penale (in sede di accertamento di responsabilità per la pena, di responsabilità per la misura di sicurezza o di responsabilità amministrativa dell’ente da reato), ma *anche dal giudice civile* laddove debba decidere (sia pure *incidenter tantum*) su una questione di responsabilità civile da reato (ovviamente, in tal caso, solo laddove la supposta “invalidità” della norma incriminatrice concernesse il “fatto di reato”, ad es. in caso di violazione del principio della “riserva assoluta di legge”, nel caso in cui la “descrizione” del reato fosse rimessa anche se parzialmente a “fonti regolamentari”). Ovviamente, quanto detto vale solo nei limiti in cui sia previsto il sindacato di legittimità della Corte costituzionale: così, se il “fatto di reato”, *senza alcuna “base normativa” contenuta in un atto con valore di legge*, fosse direttamente e *integralmente* previsto da una norma di fonte *esclusivamente regolamentare*, come tale non sindacabile dalla Corte (arg. *ex* art. 134 primo alinea Cost.), il giudice – penale o civile, non importa – dovrebbe immediatamente e direttamente “disapplicarla”, in quanto “invalida” alla stregua del principio di “gerarchia delle fonti” (per contrasto con quanto disposto dagli artt. 13 comma 2 e 25 comma 2 Cost.; ma anche con lo stesso art. 1 c.p.). Questo problema si è posto recentemente, in particolare, con riferimento alle norme incriminatrici introdotte con la tecnica della norma penale c.d. “in bianco” nella prima fase del periodo del c.d. Coronavirus, dal 23 febbraio 2020 al 25 marzo 2020, con i c.d. D.P.C.M. (Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri), oltretutto neppure direttamente fonti del “diritto oggettivo” in senso tecnico ma meri “atti amministrativi” (ancorché nel nostro caso ad efficacia generale); ciò anche senza contare, di per sé, l’uso più che incostituzionale, addi-

Un'ultima, ma fondamentale, notazione. Se, come sappiamo, la “pena criminale” può essere applicata solo attraverso un “processo penale” (*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*), la “legalità procedimentale-processuale” in “materia” criminale entra a far parte della “legalità sostanziale”, e quindi costituisce “requisito di validità” della stessa “norma incriminatrice” sotto il profilo sanzionatorio.

Ciò trova conforto nella “riserva assoluta di legge statale” stabilita *anche per le modalità del procedimento-processo penale* dall'art. 13 comma 2 Cost., laddove si riferisce – in presenza di qualunque limitazione o restrizione della libertà personale e quindi anzitutto alla “pena criminale” – ai “modi previsti dalla legge”<sup>486</sup>. Art. 13 da leggere in combinato con l'art. 117 comma 2 lett. / Cost., laddove affida alla competenza “esclusiva” della “legge” dello “Stato” non solo la materia penale, ma altresì l'ordinamento processuale (anche) penale.

Ciò significa allora che tutte le “garanzie” previste in sede di “giusto processo” dall'art. 111 Cost, e specialmente quelle specificamente dettate per il procedimento-processo penale, costituiscono requisiti per la “validità” di qualunque “norma incriminatrice”.

Breve: la strettissima interrelazione tra “legalità sostanziale” e “legalità processuale” in materia criminale, per cui la seconda può alla fine considerarsi un “aspetto” della prima (meglio: il suo profilo processuale) fa sì che anche la “legalità processuale” incida direttamente sulla “validità” della norma incriminatrice” come suo requisito essenziale.

Non si dimentichi poi che quanto detto trova un ulteriore riscontro normativo supralegislativo nell'art. 5 comma 1 lett. a CEDU, laddove si

---

rittura *abnorme*, di “provvedimenti normativi” di rango *sostanzialmente “primario”, “concorrenziali”* rispetto alle leggi del Parlamento e agli atti del Governo con valore di legge, sia pure formalmente basati su decreti-legge (come avvenuto appunto con i citati D.P.C.M.), in un sistema di fonti primarie “a numero chiuso” come quello previsto dalla Costituzione italiana (a meno di non fondare la legittimità di questo *eccezionale* ricorso ai D.P.C.M., nonostante la mancata previsione da parte della Costituzione o di leggi costituzionali di “eventi eccezionali” come fondamento di “deroghe” ai principi costituzionali in situazioni *diverse* dallo “stato di guerra” – che comunque deve essere deliberato dalle Camere *ex art. 78 Cost.* come presupposto per conferire «al Governo i poteri necessari» –, sul “principio generale di ordinamento” secondo cui *necessitas non habet legem*; nei limiti però, in tal caso, stabiliti *in via generale* dall'art. 54 c.p. per qualunque situazione di necessità).

<sup>486</sup> «Modi previsti dalla legge», termine da riferire sia alle “*modalità procedimentali*” di accertamento della responsabilità punitiva e della correlativa applicazione ed esecuzione della pena criminale (cap. III, 2.1 e note 325, 584 e 585), sia, come vedremo *amplius* infra cap. III, 2.4 lett. c (ma vedi anche retro nota 325), alle *concrete “modalità esecutive” delle pene criminali* (legislativamente previste nella loro astratta “tipologia”), in particolare di quelle detentive-carcerarie.

sottolinea che qualunque privazione della libertà personale per la commissione di un reato può avvenire esclusivamente «in seguito a condanna da parte di un tribunale competente»; e nell'art. 9 comma 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, laddove si specifica la necessità, per la "legittimità" della privazione della libertà personale, che essa sia avvenuta «per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge». Fermo, ovviamente, che quando questi trattati internazionali fanno riferimento alla "legalità processuale" come condizione per la legittima applicazione di una pena criminale, qui "legalità" significa semplicemente e genericamente che deve essere il "diritto" a predeterminare le modalità del processo, a prescindere da quale sia la "fonte formale" dalla quale provenga. Ciò evidentemente per ricomprendere sotto questa specifica garanzia sia i sistemi di *civil law* che quelli di *common law*. Fonte "formale" che viceversa viene espressamente indicata in modo specifico nella Costituzione italiana laddove prevede anche per il procedimento-processo penale la "riserva assoluta di legge".

Anche da queste considerazioni emerge allora una ulteriore conferma della correttezza dommatica (e sistematica) del concetto di "norma penale reale"<sup>487</sup>.

2.2. *I quattro "ambiti di validità" della "norma penale incriminatrice". L'"ambito di validità temporale" e l'"ambito di validità spaziale" della norma incriminatrice e i loro "limiti"*

Passando poi dai "limiti di validità della norma incriminatrice" considerata nella sua "integralità" ai "limiti degli *ambiti* di validità", temporale, spaziale, personale e materiale, che ne compongono la "struttura", occorre con ogni evidenza ancora una volta analizzare, in particolare, quei "limiti" che discendono da una *diversa "disciplina" specificamente prevista per la materia penale-criminale* dal "diritto positivo" italiano.

Si deve infatti sottolineare come anche i quattro "ambiti di validità" di cui si compone la "struttura" di una "norma giuridica" possano assumere *caratteristiche diverse (o parzialmente diverse) a seconda della "specificità natura giuridica" di una certa "norma"*; in particolare, per quanto ci riguarda, se si tratta di una "norma penale incriminatrice"<sup>488</sup> (rispetto, ad es., ad una norma costitutiva

<sup>487</sup> Sul fondamentale concetto di "norma penale reale" vedi cap. II, 1 e note 58 e 389.

<sup>488</sup> Come già abbiamo accennato in precedenza (note 42, 263; vedi anche infra nota 744), un primo problema è se, accanto alla norma penale "incriminatrice" – ossia a quella che prevede un "fatto di reato" e la relativa "pena criminale" come "conseguenza sanzionatoria",

del sistema “civile” o “amministrativo”).

Così, iniziando dai “*limiti di validità temporale*” della “norma incriminatrice”, dal punto di vista della “validità *esterna*” non ci sono particolarità rispetto alla disciplina generale, per cui anche una “norma incriminatrice” cessa di “esistere giuridicamente”, con conseguente sua “inapplicabilità”, per “revoca” *ex nunc* della sua “validità”, allorché si verifichi uno dei “fatti abrogativi” previsti dall’art. 15 preleggi, ovvero laddove intervenga una declaratoria di “illegittimità costituzionale”<sup>489</sup>; “inesistenza” per “invalidità temporale” della norma incriminatrice che si trasforma in “causa di non punibilità” dell’autore del fatto. In una parola, per essere “applicabile”, la “norma penale”, che può essere o “incriminatrice” o “generale esclusiva di liceità penale”, deve essere “*esistente*” *al momento del giudizio*; conformemente d’altronde a quanto stabilito dallo stesso art. 1 c.p., quando fissa il principio di “legalità”, a tenore del quale «*Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite*», sottinteso: dalla legge *vigente*, e quindi dalla “norma penale” *esistente*, al momento in cui deve essere applicata, ossia del giudizio.

Viceversa, dal punto di vista della “validità *interna*” (ossia della sua “efficacia temporale”), la norma incriminatrice presenta all’art. 2 c.p. una *disciplina parzialmente diversa* rispetto a quella dell’art. 11 preleggi, disposizione quest’ultima che stabilisce, come regola generale (*salvo deroghe espresse*)<sup>490</sup>, la “irretroattività” della “qualificazione giuridica” operata da una *qualsiasi* norma, “appartenente” all’ordinamento giuridico italiano, a fatti verificatisi *prima* dell’entrata in vigore della legge dalle cui disposizioni detta norma si

---

denominata anche ad efficacia “costitutiva” della “punibilità” –, esista anche, *con una sua precisa “autonomia”*, la norma penale “*estintiva*” (della “punibilità”: se A deve essere B; se C deve essere non-B). Così Gallo, che parla *anche* di norme, sempre “autonome”, ma solo ad efficacia “*modificativa*” della “punibilità” (ossia quelle che prevedono “circostanze” del reato, più esattamente: fattispecie di reato “circostanziate”). Ritengo viceversa che qualunque situazione di “non punibilità”, *anche successiva* alla commissione del reato, possa *direttamente* essere ricompresa, sia pure come “elemento negativo”, già sul piano della “struttura” della “fattispecie di punibilità”: vedi retro cap. I, 11. Accanto alla norma penale “incriminatrice” esiste, *con perfetta simmetria*, anche la norma “generale esclusiva di liceità penale”: retro note 424 e 457 e *infra* subito dopo.

<sup>489</sup> TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 77 ss.

<sup>490</sup> L’art. 11 preleggi è infatti una disposizione avente valore di legge ordinaria in quanto contenuta in un decreto legislativo e quindi “derogabile” da disposizioni di pari rango gerarchico. “Deroghe espresse” di cui la principale, stabilita in generale proprio per la materia criminale, è quella dell’art. 2 commi 2-4 c.p. (TRAPANI, *Abrogatio*, cit., pp. 120-121).

ricava in via interpretativa<sup>491</sup>. In materia criminale, viceversa, ferma – conformemente a quanto stabilito come regola in via generale dall’art. 11 preleggi – la “non punibilità” del fatto in caso di sua commissione “prima” della giuridica “esistenza” della “norma incriminatrice” che lo prevede come reato (art. 2 comma 1 c.p.: “irretroattività” della qualificazione operata dalla *nuova* norma incriminatrice), “non è punibile” neppure l’autore di un fatto preveduto come reato al momento della sua commissione laddove la relativa “norma incriminatrice” venga *successivamente espunta* dall’ordinamento per intervenuta sua “abrogazione” (art. 2 comma 2 c.p.<sup>492</sup>: “retroattività” o, più correttamente, efficacia temporalmente “illimitata” della qualificazione operata dalla *nuova* norma “generale esclusiva” di “liceità penale”, comprensiva *anche* del “fatto” preveduto come reato *prima* dell’*abolitio criminis*)<sup>493</sup>; ovvero la norma incriminatrice venga espunta dall’ordinamento

<sup>491</sup> Vedi *amplius* TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 100 ss.

<sup>492</sup> Per approfondimenti sul punto si rimanda a TRAPANI, *Abrogatio*, cit., spec. par. 15 e 16. A questo proposito, occorre tuttavia ricordare come la *deroga* all’art. 11 preleggi operata dall’art. 2 comma 2 c.p. non operi, *ritornandosi così alla “regola generale” dell’irretroattività* (della nuova “norma generale di liceità penale”), laddove la norma incriminatrice “abrogata” sia prevista da una c.d. legge *ad tempus*, ossia “eccezionale” o “temporanea” (art. 2 comma 5 c.p.: «Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti»). “*Deroga alla deroga*”, con conseguente ritorno alla “regola” della irretroattività della nuova norma, *costituzionalmente legittima* in quanto congruente e quindi “ragionevole” rispetto alla “*ratio*” propria delle leggi *ad tempus* in quanto, per loro “natura”, legislativamente destinate ad operare esercitando la loro “efficacia qualificatoria” *solo* per le situazioni verificatesi in un arco di tempo *determinato o determinabile* (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 116 ss.).

<sup>493</sup> Per la dimostrazione che, a differenza di quanto sostiene la dottrina dominante, in caso di “abrogazione” della norma incriminatrice con conseguente *abolitio criminis* la *nuova* “norma generale di liceità penale” non abbia, propriamente, efficacia “retroattiva” *ma temporalmente “illimitata”* (sia al passato che al futuro) vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 141. Alla stessa conclusione si deve a sua volta pervenire in caso di declaratoria di “illegittimità costituzionale” della norma incriminatrice: solo che qui la “norma generale di liceità penale” *non* “subentra”, *ma “esiste” fin dall’origine*, non essendo mai stata abrogata per effetto di una norma incriminatrice *ab origine* “inesistente”: vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 20 nota 35. Si consideri poi come, in caso di *abolitio criminis* per intervenuta abrogazione della norma incriminatrice che lo prevede, la efficacia della nuova norma di liceità penale anche ai fatti realizzati *prima* della sua esistenza non contrasta col principio di “irretroattività” sancito anche a livello costituzionale dall’art. 25 comma 2 Cost., dal momento che la situazione ipotizzata dall’art. 2 comma 2 c.p. non può neppure astrattamente essere ricondotta sotto l’ambito applicativo dell’art. 25 comma 2 Cost., facendo questo esclusivo riferimento ad una vicenda di “punibilità” («Nessuno può essere *punito* se non in forza di una legge che sia entrata in vigore *prima* del fatto commesso»), mentre l’art. 2 comma 2 c.p. fa viceversa riferimento diretto alla vicenda opposta di “non punibilità” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 98). Il problema si potrebbe teoricamente porre solo per la situazione ipo-

per declaratoria di illegittimità costituzionale (art. 30 comma 4 legge 11 marzo 1953, n. 87: riconoscimento della *originaria* “*non qualificazione*” del fatto come reato, con conseguente esistenza *solo apparente* della norma incriminatrice al momento della commissione del fatto)<sup>494</sup>. Vicende normative, queste ultime, che travolgono *anche* il giudicato di condanna, facendo cessare la eventuale esecuzione della pena già in corso e gli altri effetti penali della condanna<sup>495</sup>.

Le stesse regole, *mutatis mutandis*, valgono poi anche con riferimento al profilo specifico (non del “fatto di reato”, ma) della “pena criminale”. Solo occorre evidenziare come, laddove la nuova norma incriminatrice *si limiti ad una modifica del (complessivo) “trattamento sanzionatorio”* previsto astrattamente per un certo “tipo” di reato, senza tuttavia incidere sulla “fattispecie di punibilità”, per i fatti realizzati *prima* della sua esistenza varrà l’efficacia qualificatoria della nuova norma incriminatrice ovvero quella della norma abrogata (*rectius*: della *nuova norma* che ha un contenuto *identico* a quello della norma incriminatrice abrogata)<sup>496</sup> a seconda di quale trattamento sanzio-

---

tizzata dall’art. 2 comma 4 c.p., dal momento che questa disposizione prevede comunque la *punizione* ad opera di una norma incriminatrice entrata in vigore *dopo* la commissione del fatto. Sulla piena compatibilità di questa disposizione col sistema delle garanzie costituzionali e sovranazionali vedi retro nota 369.

<sup>494</sup> Per la differenza tra l’“abrogazione” della norma incriminatrice e la “declaratoria di incostituzionalità” della stessa vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., pp. 20 nota 35 e 87.

<sup>495</sup> Abrogazione o declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice che, in materia penale, travolgono anche il provvedimento irrevocabile di condanna. Infatti, in applicazione, rispettivamente, dell’art. 2 comma 2 c.p. (retro nota 206) e dell’art. 30 comma 4 l. 11 marzo 1953, n. 87 (retro nota 335), l’art. 673 comma 1 c.p.p. stabilisce che, «Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell’esecuzione *revoca* la sentenza di condanna o il decreto penale *dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato* e adotta i provvedimenti conseguenti». Importante è poi il secondo comma dello stesso art. 673, laddove – in aggiunta e a completamento di quanto disposto negli artt. 2 comma 2 c.p. e 30 comma 4 l. n. 87/1953 – dispone che «Allo stesso modo provvede quando è stata emessa sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità». Occorre infine sottolineare come l’art. 2 comma 2 c.p. in caso di condanna irrevocabile si limiti ad eliminare gli “effetti penali”, ma non tocchi la precedente qualificazione del fatto come reato per tutti gli effetti *diversi* da quelli penali; e quindi *in primis* secondo le altre fattispecie di responsabilità da reato (come ad es. quelle civili da reato di cui all’art. 185 c.p.) che abbiano in precedenza già operato la loro qualificazione normativa: sul punto vedi *amplius* TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 146 ss.

<sup>496</sup> Per la dimostrazione che, nella situazione prevista dall’art. 2 comma 4 c.p. di semplice “modificazione del trattamento sanzionatorio”, la norma incriminatrice “più favorevole” applicabile ai fatti “*pregressi*” (laddove non sia la norma “abrogante”) non è quella “abrogata”, in quanto non più esistente nell’ordinamento, ma una “*nuova norma*” di contenuto “*iden-*

natorio risulti *in concreto* “più favorevole” per l’imputato/reo (art. 2 comma 4 c.p.<sup>497</sup>; ferma tuttavia una eventuale sentenza irrevocabile<sup>498</sup>). In questo caso di mera “successione di norme incriminatrici” aventi ad oggetto la *stessa ipotesi di reato ma diversamente sanzionata*, c’è dunque sempre “punibilità”

*tico*” a quella abrogata e di natura “transitoria”, vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 141.

Per la dimostrazione che, nonostante l’art. 2 comma 4 c.p. preveda comunque la “punizione” ad opera di una norma *successiva* rispetto alla commissione del fatto di reato (la “più favorevole” tra la nuova norma incriminatrice abrogante e la nuova norma incriminatrice di contenuto identico a quella abrogata), tale disciplina non contrasti, nonostante la “non conformità” letterale, con l’art. 25 comma 2 Cost. (che sembrerebbe viceversa stabilire in modo assoluto la “punibilità” di un fatto solo ad opera di una norma *già esistente* al momento della sua commissione), vedi GALLO, *Postille di un penalista*, cit., pp. 37-38; TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 149 ss. Piuttosto l’applicabilità della norma incriminatrice “più favorevole” anche ai “fatti pregressi” si deve ritenere oggi non solo compatibile con la Costituzione (sulla base della *ratio* di “garanzia” dell’art. 25 comma 2 e del *favor libertatis* di cui all’art. 13) ma addirittura *imposta* dall’art. 15 comma 1 Patto Internazionale sui Diritti civili e Politici e dall’art. 49 comma 1 Carta dei Diritti fondamentali UE (retro nota 369).

<sup>497</sup> Per la spiegazione dommatica del meccanismo di funzionamento dell’art. 2 comma 4 c.p. (secondo cui la nuova norma incriminatrice “abrogante” ad efficacia temporale “illimitata” si viene a *sovrapporre parzialmente* quanto ad ambito applicativo alla nuova norma incriminatrice – di natura “transitoria” – *di contenuto identico* a quello della norma incriminatrice “abrogata”) si rimanda a TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 130 ss.

<sup>498</sup> Come stabilisce infatti l’art. 2 comma 4 (originariamente comma 3) c.p., «Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, *salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*» (si noti: si parla *tout court* di sentenza “irrevocabile”, qualunque sia la sua natura, non solo quindi di “condanna”, *diversamente* da quanto viceversa previsto dal comma 2 dello stesso articolo: sul punto si veda GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 103; TRAPANI, *Abrogatio*, cit., pp. 134-135 e nota 169). A questo “limite” all’applicabilità della norma “più favorevole” costituito dall’“irrevocabilità” della sentenza pone però una *deroga espressa* l’attuale comma 3 dell’art. 2 (inserito dall’art. 14 legge 24 febbraio 2006 n. 85), a tenore del quale, «Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’articolo 135». Si noti in particolare anche la pessima tecnica legislativa dimostrata dal legislatore del 2006 nell’operare l’“innesto” di questo comma nel corpo “originario” dell’art. 2 c.p., posto che questa nuova disposizione, prevedendo un’*eccezione alla irretroattività* della disciplina più favorevole in caso di “sentenza irrevocabile”, avrebbe dovuto logicamente e quindi sistematicamente essere collocata *dopo* la previsione della disciplina applicabile in caso di successione di norme incriminatrici comportanti la *modifica del solo trattamento sanzionatorio*, ossia come comma 4 dell’(originario) art. 2 (e non come comma 3!). Senza considerare, a sua volta, come l’introduzione dell’attuale comma 3 dell’art. 2 non risolve affatto, in ogni caso, il problema della sicura illegittimità costituzionale della “preclusione” alla retroattività della legge più favorevole operata, in generale, dall’attuale comma 4 in caso di intervenuta “sentenza irrevocabile” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 98 ss.; TRAPANI, *Abrogatio*, *loc. ult. cit.*); illegittimità della preclusione oggi *solo “attenuata”* dalla *parziale “deroga”* contenuta nell’attuale comma 3.

dell'autore del fatto di reato, alla stregua dell'una o dell'altra norma incriminatrice, a seconda di quale sia in concreto "più favorevole".

Con riferimento ai "limiti di validità spaziale", ferma, dal punto di vista della "validità esterna", l'applicabilità della norma incriminatrice, in particolare sotto il profilo della pena criminale, solo nel territorio dello Stato e solo da parte di "giudici" ritualmente investiti della "giurisdizione penale" (art. 13 comma 2 Cost., laddove stabilisce, per ogni limitazione della libertà personale, la "riserva di giurisdizione")<sup>499</sup>, quanto ai suoi "limiti di validità spaziale interna" – più precisamente, all'*ambito spaziale* nel quale si deve realizzare la situazione di fatto prevista dalla c.d. "fattispecie condizionante", ossia, nel caso della "norma incriminatrice", la "fattispecie di punibilità"<sup>500</sup>, perché

<sup>499</sup> Una eccezione introdotta nell'ordinamento italiano da una legge di esecuzione del trattato internazionale concernente il c.d. "Statuto di Roma", prevede la competenza penale, sia pure solo *in via sussidiaria* (articoli 1 e 17), della Corte Penale Internazionale dell'Aja per i c.d. "crimini internazionali" (esplicitamente indicati nell'art. 5: crimine di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimine di aggressione). Dove il vero problema, a mio avviso non adeguatamente arato, è quello della compatibilità con la Costituzione – al di fuori di una legge di revisione o di semplice modifica costituzionale – della introduzione di giudici non solo non appartenenti alla categoria di quelli previsti dall'ordinamento giudiziario italiano che hanno giurisdizione nel territorio dello Stato (in quanto investiti di una funzione "sovrana"), e quindi formalmente e sostanzialmente "stranieri", ma sicuramente da qualificare altresì come "giudici speciali" (in quanto appunto estranei a quelli "ordinari" previsti dall'ordinamento giudiziario), la cui istituzione (o riconoscimento) è *esplicitamente vietata* dall'art. 102 comma 2 Cost. In generale, per una critica a tutto il sistema del c.d. diritto internazionale penale, in particolare per il suo contrasto con tutto il sistema di "garanzie", sostanziali e processuali, previste dalla nostra Costituzione e dal diritto positivo, vedi retro note 184 e 343.

<sup>500</sup> Secondo il diritto positivo italiano (più precisamente, le "metanorme" costitutive del c.d. "diritto penale internazionale": retro nota 455), l'art. 6 comma 2 c.p. stabilisce – *ai soli fini* della determinazione dell'"ambito di validità spaziale interna" della norma incriminatrice – che «Il reato *si considera* commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione». Nel senso quindi che, per la sua rilevanza sul piano *normativo*, basta che, *all'interno* del territorio dello Stato, il "fatto di reato" sia stato realizzato *anche solo parzialmente*; con la conseguenza di rendere allora applicabili gli artt. 7-10 c.p. solo qualora il fatto di reato, previsto dalla legge penale italiana, sia stato realizzato *integralmente all'estero*. Per quanto concerne poi, in particolare, il "concorso di persone nel reato", basta che almeno uno dei partecipi abbia apportato nel territorio dello Stato un qualsiasi contributo alla verifica dell'offesa, e quindi realizzato una attività "tipica" ai sensi della "fattispecie plurisoggettiva eventuale" *ex* art. 110 c.p. (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 110), perché il reato in concorso si consideri commesso nel territorio dello Stato *per tutti i concorrenti*. Conclusione logica in quanto congruente rispetto alla *ratio* dell'art. 6 c.p., posto che, nell'ordinamento italiano – che, all'interno del concorso di persone nel reato di cui all'art. 110 c.p., non conosce (a differenza dell'ordinamento tedesco) la distinzione *normativa* tra "autore" e "partecipe" –, il contributo di ciascun "par-

si verifichi la conseguenza giuridica della “*pena criminale*”<sup>501</sup> –, da una corretta *interpretazione sistematica* degli artt. 6-10 c.p. si deve ritenere che, nell’ordinamento positivo italiano, viga come principio generale – *almeno tendenzialmente*<sup>502</sup> – quello dell’“*universalità*”; nel senso che è “giuridicamente qualificabile” come “reato” il fatto previsto da una norma incriminatrice “dovunque” commesso ma, se commesso all’“estero”, dovendosi tenere

---

tecipe” rappresenta comunque una “frazione” della *autonoma* “fattispecie plurisoggettiva eventuale” (retro nota 80). Più problematica è viceversa la soluzione del problema laddove nel territorio dello Stato si sia verificata solo la “condizione obiettiva di punibilità”, tutto dipendendo dalla risposta che si dà in ordine alla natura giuridica e conseguentemente alla posizione sistematica della condizione di punibilità nella struttura della “fattispecie di punibilità”, se da collocare all’interno o fuori del “fatto di reato” (su cui vedi infra cap. III, 2.4 lett. d) e nota 624; *contra*, nel senso della riconducibilità di questa situazione sotto l’art. 6 c.p. in ogni caso, sulla base della considerazione che l’art. 6 comma 2 parla solo genericamente di “evento”, senza distinguere il caso in cui detto evento sia elemento essenziale del reato o circostanza aggravante ovvero condizione di punibilità, GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 380, nota 72). Si noti infine che, quando il “reato” si considera *dal punto di vista normativo* commesso “nel territorio dello Stato”, è, in quanto tale, comunque *sempre* soggetto alla “giurisdizione italiana” «anche se sia stato giudicato all’estero», con conseguente “rinnovamento del giudizio” (art. 11 comma 1 c.p.).

<sup>501</sup> “Pena criminale” però – lo si ricordi – che può essere applicata *solo* dai giudici penali che hanno giurisdizione *nel “territorio dello Stato”* all’esito di un processo penale che può svolgersi solo nel “territorio dello Stato”; nel senso quindi che, *con riferimento alla “conseguenza sanzionatoria”* prevista dall’ambito di “validità materiale” della norma incriminatrice (su cui vedi infra cap. III, 2.4 lett. d), l’ambito di validità spaziale “interno” ed “esterno” *coincidono*. Detto altrimenti: se, con riferimento alla “norma incriminatrice”, la “fattispecie di punibilità” può riferirsi, come vedremo infra nel testo, *anche* a fatti realizzati all’“estero” (*interamente*; se solo parzialmente, ai sensi dell’art. 6 comma 2 c.p. questi *si considerano, dal punto di vista “normativo”, commessi nel territorio dello Stato*: retro nota 500); la “conseguenza sanzionatoria” della “pena criminale” può viceversa essere applicata solo nel territorio dello Stato e solo da parte di giudici ritualmente investiti della funzione giurisdizionale penale.

<sup>502</sup> *Salvo*, in genere, i reati meno gravi, ossia i *delitti puniti con la sola multa e le contravvenzioni*, per i quali vige il criterio di “territorialità”, nel senso che, per la “rilevanza penale” del fatto previsto dalla norma incriminatrice, occorre che questo si sia verificato nel “territorio dello Stato” (e sempre che la legge non disponga altrimenti, dandovi eccezionalmente rilevanza anche se commesso all’estero: arg. *ex* art. 7 n. 5 c.p., che fa genericamente riferimento a «ogni altro reato [che «il cittadino o lo straniero ... commette in territorio estero»] per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l’applicabilità della legge penale italiana»; vedi infra nota 506); nel qual caso la punibilità è “incondizionata”. Si ricordi tuttavia come, per la *vis attractiva* operata dall’art. 6 comma 2 c.p. (retro nota 500), è sufficiente che anche una semplice “frazione” del fatto di reato sia avvenuta nel territorio dello Stato perché il reato debba comunque ritenersi normativamente, *ai fini penali*, commesso *integralmente* nel territorio dello Stato, con la conseguente sua punibilità “incondizionata”. Per ulteriori approfondimenti sul tema dei limiti spaziali della norma incriminatrice si rimanda a GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 133 ss. e TRAPANI, voce *Legge penale*. II) *Limiti spaziali*, cit., p. 3 ss.

conto, se si tratta di delitti “comuni”, *anche* della “gravità della pena” astrattamente comminata a seconda che autore del fatto sia un cittadino o uno straniero<sup>503</sup> e soggetto passivo un cittadino o lo Stato italiano ovvero uno straniero o uno Stato estero o la Unione Europea, nei quali casi non la qualifica del fatto come reato, ma la mera “opportunità politica” della sua punizione risulta altresì subordinata al verificarsi di determinate “condizioni di procedibilità” (vedi in particolare gli artt. 9 e 10 c.p.)<sup>504</sup>. “Limiti” questi, poi, che, in caso di loro mancata integrazione, si traducono tutti, direttamente o indirettamente (ad es., laddove la legge richieda anche la presenza di condizioni di procedibilità)<sup>505</sup> in altrettante “cause di non punibilità”<sup>506</sup>.

<sup>503</sup> “Cittadino” o “straniero” cui è *normativamente equiparato*, rispettivamente, l’“apolide” se residente o non residente nel territorio dello Stato: art. 4 comma 1 c.p.

<sup>504</sup> Vedi retro nota 397.

<sup>505</sup> Vedi retro cap. II, 1.

<sup>506</sup> Se dunque, dal punto di vista della “validità spaziale esterna”, la norma incriminatrice, una volta “esistente”, può essere “applicata” *solo dai giudici penali* («Non è ammessa ... qualsiasi ... restrizione della libertà personale [in cui si sostanzia la “pena criminale”], *se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria*: c.d. “riserva di giurisdizione”, art. 13 comma 2 Cost.) *nel “territorio dello Stato”*, in quanto “porzione dello spazio” su cui possono *legittimamente* esercitare la loro “giurisdizione” (quale espressione della “sovranità” dello Stato) *anche attraverso “attività coercitive” sulle persone degli indagati/imputati* (provvedimenti materialmente eseguibili, anch’essi comunque sempre e solo nel territorio dello Stato, dagli organi di polizia competenti); non è però a sua volta vero, a differenza di quanto la maggioranza della dottrina comunemente ancora ripete, che la norma incriminatrice, *anche* per quanto concerne la sua “efficacia spaziale” (ossia la sua “validità spaziale interna”), qualifichi il fatto da essa previsto come “reato” solo se commesso nel “territorio dello Stato”, dandovi rilevanza se commesso in “territorio estero” solo in alcuni casi tassativamente previsti dalla legge che costituirebbero “eccezione” alla regola (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 119-121), come si argomenterebbe – sempre secondo questa dottrina – da una lettura sistematica dell’art. 6 comma 1 c.p. («Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana») con i due commi dell’art. 3 c.p. («1. La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano *nel territorio dello Stato* ... 2. La legge penale italiana obbliga *altresì* tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano *all'estero*, *ma limitatamente ai casi* stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale»). A ben vedere tuttavia l’“ambito di validità spaziale interna” di una qualunque norma incriminatrice, ossia l’ambito di efficacia spaziale della “qualificazione normativa” da essa operata, è *stabilito dal “diritto positivo”* dell’ordinamento al quale la norma appartiene come scelta di mera opportunità politica. *Né ci sono limiti discendenti dal “diritto internazionale”* che vietano allo Stato di qualificare, secondo il suo diritto interno, un fatto come reato anche se commesso fuori del suo territorio, come sancito dalla Corte dell’Aja già nel lontano 1927 con la *sentenza Lotus*, vero e proprio *leading case* (C.P.J.I. 7 settembre 1927, n. 9, in C.P.J.I., Série A, n. 10, spec. p. 20, dove tra l’altro si afferma esplicitamente che «la territorialità del diritto penale [...] non è un principio assoluto del diritto internazionale e non coincide affatto con la sovranità territoriale»); a meno che non si tratti di norme che auto-

rizzano o impongono l'esercizio di "attività coercitive". Su questa problematica vedi anche P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, pp. 462-464). L'inesistenza di una norma internazionale consuetudinaria sui limiti spaziali della legge e della giurisdizione penale esclude pertanto qualsiasi dubbio sulla costituzionalità delle norme penali che contemplano la punibilità di fatti commessi al di fuori del territorio dello Stato (in questo senso Corte cost., sent. 5 dicembre 1961 n. 67, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 1251-1258). Ciò significa altresì che è rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta del criterio in ordine all'ambito spaziale di validità della legge penale. Ed è proprio da una corretta lettura sistematica degli artt. 3 e 6-10 c.p. che si può affermare come, secondo il diritto positivo italiano, in particolare alla luce delle disposizioni che costituiscono il c.d. "diritto penale internazionale" (correttamente inteso, come complesso di disposizioni di diritto interno che stabiliscono l'ambito spaziale della "efficacia qualificatoria" delle norme incriminatrici previste dall'ordinamento italiano; da distinguere dal "diritto internazionale penale": vedi retro nota 455), l'ordinamento penale italiano abbia accolto, almeno tendenzialmente, come "regola" il criterio della c.d. "universalità", nel senso di considerare come "reato" il fatto previsto da una norma incriminatrice "dovunque" commesso. Il che rende il codice Rocco attualmente vigente, e dunque il nostro diritto penale "interno", sotto questo profilo, decisamente in linea con le "moderne" istanze di "politica criminale" dell'*aut dedere aut iudicare* di groziana memoria come meccanismo di contrasto dell'"impunità", almeno nei confronti degli autori degli illeciti penali più gravi in quanto più gravemente sentiti dalla comunità internazionale. Principio di "universalità" che vale, come detto, come "regola", almeno in linea tendenziale, posto che, per evidenti ragioni di "opportunità politica" legate, oltre che alla minore gravità di certi reati, anche ai costi del processo, la legge penale italiana considera come "reati" solo se commessi nel "territorio dello Stato" i fatti normativamente ritenuti *meno gravi*, ossia i *delitti puniti con la sola multa* e le *contravvenzioni* (e sempre, naturalmente, che non ritenga di disporre diversamente: vedi ad es. l'art. 7 n. 5 c.p. su cui vedi retro nota 502); ipotesi, con ogni evidenza, meramente "residuali". Il che *non significa* tuttavia che, ferma la qualificazione come "reati" della maggioranza dei fatti previsti da norme incriminatrici "dovunque" siano commessi, la loro "punibilità", ossia la astratta possibilità di applicare la pena da parte del giudice, sia altresì sempre "incondizionata": evidenti ragioni di opportunità politica o anche semplici difficoltà pratiche di persecuzione dei reati (legate, fra l'altro, alla indiscutibile difficoltà di acquisizione delle prove) hanno infatti indotto il legislatore italiano, accanto alla "perseguibilità incondizionata" per i fatti di reato commessi nel "territorio dello Stato" (anche nel senso di "considerati" tali solo dal punto di vista normativo in quanto non integralmente realizzati nel territorio dello Stato: art. 6 comma 2 c.p.; e ovviamente, sempre che si verifichino le eventuali "condizioni di punibilità" previste da singole norme incriminatrici – trattandosi di situazioni che comunque incidono sull'offesa: cap. III, 2.4 lett. d) e note 92 e 622 – ovvero sia presentata dalla persona offesa la querela nei reati perseguibili a querela), a prevedere, per i reati commessi all'"estero", da un lato ancora una volta la perseguibilità "incondizionata" per alcuni illeciti penali lesivi di interessi ritenuti politicamente fondamentali dallo Stato (art. 7 c.p.), ma dall'altro a "subordinare" alla presenza di certe "condizioni di procedibilità" – richiesta del Ministro di giustizia e/o querela della persona offesa – la persecuzione, e quindi la "punibilità", dei "delitti politici" commessi all'estero (art. 8 c.p.) e, se si tratta di "delitti comuni", accanto alle "condizioni di procedibilità" della richiesta del Ministro di giustizia ovvero dell'istanza o querela della persona offesa, della "presenza del reo nel territorio dello Stato" e della mancata estradizione del colpevole, altresì alla circostanza – "limite" alla "punibilità" indubbiamente di natura c.d. "sostanziale"

### 2.3. L'“ambito di validità personale” della norma incriminatrice

a) La “validità personale esterna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. I concetti di “capacità attiva e passiva” al reato e le “immunità” come “limiti” alla “obbligatorietà” della norma incriminatrice

Con riferimento alla “dimensione personale” della “validità” della “norma incriminatrice”, ossia al suo “ambito di validità personale”, essa è costituita dai “soggetti giuridici” (che possono essere legittimamente, e quindi “validamente”) “destinatari” della “norma incriminatrice” (meglio: di *qualunque* “norma incriminatrice”). “Destinatari” che *si identificano* con i “soggetti giuridici” che hanno la “capacità giuridico-penale”, ossia la “idoneità” ad essere titolari di “*situazioni giuridiche soggettive penalmente rilevanti*”, di regola in materia penale “*passive*”<sup>507</sup> (“*dovere*”, “*soggezione*” e “*onere*”<sup>508</sup>), ma anche “*attive*”<sup>509</sup>. Considerando poi che, *strutturalmente*, la “norma incriminatrice” si articola nei due elementi della “fattispecie di punibilità”, costituita, con riferimento al suo “nucleo centrale”, da un “fatto antiggiuridico”, in particolare da un “*fatto illecito*” in quanto basato su un “comportamento umano” in violazione di un obbligo di “fare” o di “non fare” (comando o divieto), quale “fattispecie condizionante”, e della “*sanzione punitiva-pena criminale*”, quale sua “conseguenza giuridica”, appare evidente l’opportunità, sul piano dommatico e sistematico, di analizzare separatamente l’“ambito di validità

---

– che la pena astrattamente prevista per quel fatto di reato superi una certa “soglia di gravità”; livello di gravità della pena che è indicato a sua volta in modo diverso, a seconda che “autore del reato” sia un cittadino o uno straniero ovvero “soggetto passivo” sia un cittadino o lo Stato italiano ovvero uno straniero o uno Stato estero o la Unione Europea, “mescolando” così aspetti “spaziali” con i criteri attinenti alla “personalità attiva” e alla “personalità passiva” (artt. 9 e 10 c.p.: su questo punto vedi *infra* cap. III, 2.3 lett. c). “Condizioni” tutte, “sostanziali” e “processuali”, che, rappresentando altrettanti “limiti” alla *persecuzione* dei reati commessi in “territorio estero”, si traducono, in via diretta o indiretta, laddove “manchino”, in altrettante “cause di non punibilità”. Su questi problemi, vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 143 ss. e TRAPANI, voce *Legge penale. II) Limiti spaziali*, cit., pp. 2-3.

<sup>507</sup> Più specificamente, come subito vedremo, “dovere-obbligo” con riferimento al “fatto di reato”, “soggezione” e “onere” con riferimento alla “conseguenza sanzionatoria-pena criminale”.

<sup>508</sup> Con riferimento, in particolare, alla rilevanza nel sistema penale vigente della situazione giuridica soggettiva *passiva* dell’“onere” vedi *infra* cap. V, 3 e 4.

<sup>509</sup> Si pensi al “diritto soggettivo” di “querela”, di cui è titolare la “persona offesa dal reato” nei reati perseguibili a querela (o di “istanza” per i reati perseguibili d’ufficio se commessi all’estero: art. 9 comma 2 e 10 comma 1 c.p.), e ai “diritti e facoltà” esercitabili all’interno del procedimento penale dalla “persona offesa dal reato” (art. 90 c.p.p.) e dagli “enti” e dalle “associazioni” rappresentativi di interessi lesi dal reato (art. 91 c.p.p.).

*personale*” della norma incriminatrice, *nella sua duplice “dimensione” sia “esterna” che “interna”*, con riferimento ad ambedue detti aspetti, ossia l’“illecito” e la “sanzione”.

Iniziando dall’ambito di “validità personale *esterna*” della norma incriminatrice, occorre anzitutto distinguere, all’interno della categoria della “capacità giuridico-penale” quale concetto di “genere”, tra i due profili “specifici” di ciò che, per chiarezza concettuale, possiamo stipulativamente definire della “capacità generale al reato” e della “capacità generale alla sanzione punitiva-pena criminale”.

Nell’ambito della “capacità penale *generale* al reato”, definibile come “generale” perché appunto riferibile a qualunque “tipo di reato”, si deve a sua volta suddividere tra due categorie: la “capacità attiva” o, meglio, la “capacità di essere soggetto attivo” del reato e la “capacità passiva” o, meglio, la “capacità di essere soggetto passivo”; soggetti “giuridici”, attivo e passivo, che *non possono mai mancare* in nessun illecito penale<sup>510</sup>, essendo qualunque reato definibile, come abbiamo visto, quale “fatto umano – tipico in quanto – “offensivo” dell’interesse tutelato dalla “norma incriminatrice”, interesse di cui è a sua volta titolare un “soggetto giuridico” *diverso* dall’autore dell’illecito<sup>511</sup>. Soggetto “passivo”, in particolare, che, a seconda della “natura” e

<sup>510</sup> Di reati privi di soggetto passivo, c.d. “delitti senza vittima”, parla viceversa MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 232-233.

<sup>511</sup> Se infatti il concetto di “interesse” è dato dall’idoneità di un certo “bene” – inteso in senso pre-giuridico – a soddisfare un “bisogno”, posto che di bisogno si può parlare solo con riferimento ad un “soggetto”, ne deriva logicamente che non può esistere un interesse – specie se “giuridico” (nel senso di “giuridicamente tutelato”) – senza il suo riferimento ad un soggetto determinato; per cui, se il reato è offesa ad un interesse e l’interesse è dato dalla relazione tra un soggetto e un bene (NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 10) *non può logicamente esistere reato senza “soggetto passivo”* inteso come titolare-portatore di questo interesse. Come poi limpidamente esplicitato sempre da NICOLÒ, *op. ult. cit.*, pp. 1-2, «poiché è possibile identificare interessi [...] che non abbiano il loro centro in un soggetto individuo, ma lo abbiano in un gruppo di uomini o si pongano essi stessi (interessi) come centro di imputazione delle conseguenze derivanti dalla norma, è possibile individuare, sul piano della realtà sociale, *entità soggettive diverse dall’uomo, anche se formate da uomini, attraverso una organizzazione più o meno complessa* (gruppi, collettività considerate nella loro unità organizzata, ossia come sintesi e non come somma o semplice pluralità di individui) ovvero operanti per gli uomini, cioè entità (sociali) che l’ordinamento qualifica in senso soggettivo proprio perché sono anch’esse centro di interessi e di attività, alle quali cioè sono da riferire immediatamente quegli interessi e da imputare quelle attività e le loro conseguenze» (corsivo mio), come appunto, nel sistema penale, i c.d. “enti esponenziali”. Diverso discorso va poi fatto nei confronti della tesi di Binding (oggi sostanzialmente ripresa anche da Jakobs quando afferma che fine della pena è riaffermare la vigenza della norma: JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 3 ss.) che vede nello Stato il “soggetto passivo” *costantemente presente* in tutti i reati in quanto titolare di un – preteso – “diritto soggettivo all’obbedienza” da parte dei

“struttura” dell’interesse tutelato, se “individuale” – direttamente riferibile allo Stato-persona o a una sua articolazione<sup>512</sup> ovvero a un soggetto “privato” – ovvero “collettivo” o “diffuso”<sup>513</sup>, viene sul piano del diritto positivo identificato, rispettivamente, col termine di “persona offesa dal reato” (artt. 120 c.p. e 90 c.p.p.) e di “ente o associazione” «rappresentativi di interessi lesi dal reato» (art. 91 c.p.p.: c.d. “enti esponenziali”)<sup>514</sup>.

destinatari di qualunque “norma incriminatrice”; tesi seguita in Italia anche da ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 556.

Da non confondere poi il soggetto passivo “del reato” col *soggetto passivo “della condotta”*, ossia con la persona su cui cade l’attività fisica del reo, che non solo non esiste in tutti i reati, ma, laddove sia previsto dal tipo di illecito, può *anche identificarsi con la persona fisica “soggetto attivo” del reato stesso*: si pensi al delitto di automutilazione per sottrarsi, permanentemente o temporaneamente, all’obbligo del servizio militare o per frodare l’assicurazione (rispettivamente, artt. 157 e 158 c.p.m.p. e art. 642 comma 2 c.p.). Al contrario, un “soggetto passivo del reato” (da non identificare con la “persona offesa”, che ne rappresenta solo una *species non può mai mancare*, posto che non ci può essere reato senza lesione dell’interesse oggetto di tutela, interesse che necessariamente deve far capo ad un soggetto giuridico, persona fisica o giuridica (quest’ultima da intendere in senso lato, comprensiva degli enti non riconosciuti c.d. “esponenziali”). La stessa confusione concettuale tra soggetto passivo del reato e della condotta si trova, non a caso, specularmente tra “oggetto materiale” e “oggetto giuridico” (retro note 206, 209 e 252).

<sup>512</sup> Si pensi, rispettivamente, ai delitti contro la personalità internazionale e interna dello Stato e ai delitti contro la pubblica amministrazione e contro l’amministrazione della giustizia.

<sup>513</sup> Seguendo una categorizzazione tradizionale, ricorda NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 10, schematizzando, sia pure in via di prima approssimazione, che, «avendo riferimento al *soggetto* che ne costituisce il centro [*scil.*: dell’interesse], può essere opportuno distinguere gli: a) *interessi individuali*, che fanno capo all’individuo; b) *interessi collettivi*, che si riferiscono a gruppi di individui, che possono addirittura diventare interessi pubblici, quando hanno come punto di riferimento soggettivo la stessa comunità sociale organizzata o anche comunità minori che di quella siano derivazioni» (corsivi miei).

<sup>514</sup> Questa distinzione nell’ambito della categoria generale dei “soggetti passivi” del reato trova un preciso riscontro normativo nel combinato disposto degli artt. 90 e 91 c.p.p. In particolare, occorre anzitutto notare come, ai sensi dell’art. 91 c.p.p., gli enti e associazioni – che devono essere «senza scopo di lucro» – sono quelli ai quali, «anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato». Questi “soggetti giuridici”, i quali, sempre in forza dell’art. 91 c.p.p., possono esercitare nel procedimento penale «i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato», possono intervenire *anche* laddove esista una “persona offesa” dal reato (proteggendo l’illecito un interesse “individuale”, più precisamente riferibile ad un soggetto *determinato* nella sua individualità, persona fisica o giuridica non importa: infra nota 517), in tal caso però *solo subordinatamente al consenso della persona offesa* (art. 92 c.p.p.). La loro qualifica di “soggetti passivi” del reato, con la conseguente titolarità delle situazioni giuridiche soggettive attive previste dalla legge, è viceversa *esclusiva* laddove *manchi* una “persona offesa” (nei casi cioè in cui la norma incriminatrice tuteli *interessi “col-*

La capacità di essere “soggetto attivo” del reato, ossia la (generale) “capacità di commissione di un reato”, incentrandosi l’illecito penale su un “comportamento umano”, dal punto di vista “formale”, si identifica con l’idoneità di un qualunque “soggetto giuridico” “persona fisica”<sup>515</sup> ad essere

---

*lettivi” o “diffusi”). Solo la persona offesa può viceversa esercitare i diritti e le facoltà che le sono attribuiti in via esclusiva dalla legge, in primis il diritto di querela o di istanza (art. 120 c.p.).*

<sup>515</sup> Anche a prescindere da quanto avveniva in altri – e remoti – periodi storici, fondati su visioni animistiche del reato, nei quali destinatari di norme incriminatrici, e quindi di processi penali, potevano essere *anche animali e esseri inanimati* (e persino cadaveri: si vedano riferimenti in MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 523 ss.), si consideri come l’attuale diritto positivo preveda viceversa anche la “capacità”, come idoneità ad essere titolari di situazioni giuridiche soggettive, delle “persone giuridiche” – sia enti giuridicamente riconosciuti che non riconosciuti – nel diritto civile e amministrativo. Al contrario, secondo il diritto penale italiano vigente, unici destinatari di norme incriminatrici possono “validamente” essere “persone fisiche”, come si deduce da precisi vincoli normativi stabiliti nel nostro sistema a livello costituzionale, in particolare da una interpretazione sistematica degli artt. 13 comma 2 (che parla di «restrizione della libertà personale», in cui si sostanzia in via diretta o indiretta, ancora oggi, qualunque pena criminale principale), 25 comma 2 (secondo cui «Nessuno può essere punito», termine – in quanto pronomo indefinito negativo – riferibile, nella lingua italiana, solo ad un essere umano) e 27 comma 3 Cost. (a tenore del quale, se le «pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e debbono tendere alla rieducazione del condannato», ne consegue che destinatario di qualunque sanzione “criminale” – in senso proprio – non può che essere una persona fisica).

Anche poi laddove si volesse in futuro introdurre nell’ordinamento italiano la responsabilità penale *anche delle “persone giuridiche”*, come auspicato da una parte della dottrina (seguendo una delle attuali “mode” che caratterizzano la “moderna” politica criminale), occorre allora evidenziare come, dal momento che le “persone giuridiche” possono logicamente “camminare”, nella loro “attività”, solo sulle gambe di “uomini”, ne discende logicamente che, in una simile evenienza, fermo anzitutto che le “pene criminali” – almeno quelle “principali” – ad esse applicabili dovrebbero essere *contenutisticamente diverse* da quelle attualmente previste, che incidono sulla libertà personale (dati gli evidenti limiti “ontologici”), si avrebbe non una – impossibile – “destinarietà” degli “obblighi”, la cui inosservanza sta alla base del “fatto di reato”, alle stesse “persone giuridiche”, ma una inevitabile “dissociazione” – a mio avviso gravissima, alla stregua dei principi anche costituzionali (arg. ex art. 27 comma 1 Cost.) – tra “capacità di commissione di un reato” e “capacità di sanzione criminale”: nel senso che, in questi casi, la “pena criminale” si applicherebbe ad un “soggetto giuridico” *diverso* dall’autore del fatto di reato (che, ripeto, non potrebbe che essere una persona fisica; a meno di non tornare alla teoria “organica”, nel qual caso però si creerebbe il problema ulteriore se per le persone fisiche – amministratori, sindaci ecc. – che materialmente realizzano il fatto di reato, sia pure giuridicamente “imputabile” direttamente alla persona giuridica di cui sono appunto “organi”, costituisca reato “autonomo” anche per loro, dal momento che, se così non fosse, si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento “di favore” per detti organi apicali delle persone giuridiche: così, ad es., una truffa commessa da loro sarebbe riferibile solo alla persona giuridica di cui sono organi! Ritenendo viceversa ammissibile una “doppia responsabilità” per lo *stesso*

titolare di situazioni giuridiche soggettive “passive” di “doveri” (di “fare” e di “non fare”) (non a caso l’art. 3 c.p. è rubricato “Obbligatorietà della legge penale”, più precisamente delle norme incriminatrici che lo costituiscono). Dal punto di vista “sostanziale”, la “capacità attiva” consiste nel possesso di quei *requisiti psico-fisici minimi* che costituiscono il “sostrato materiale-naturalistico” necessario perché un “soggetto” possa essere *normativamente* qualificato “persona umana” in grado di porre in essere (almeno “tendenzialmente”) un (*qualunque*) fatto penalmente rilevante. “Capacità attiva al reato” che, “sostanzialmente”, può allora anche essere definita come “capacità *naturalistica* alla commissione di un reato”<sup>516</sup>.

La “capacità di essere *soggetto passivo* del reato” – soggetto passivo, come abbiamo visto, *normativamente qualificato* come “persona offesa” quando l’interesse tutelato dalla norma incriminatrice sia riferibile nella sua specifica “individualità” ad un soggetto determinato, ovvero come “ente o associazione” «rappresentativi di interessi lesi dal reato» quando oggetto di tutela sia (solo o anche) un interesse “collettivo” o “diffuso” (secondo la terminologia correttamente utilizzata dai codici penali sostanziale e proces-

---

“fatto di reato”, si avrebbe comunque, come detto, una “dissociazione” tra il soggetto autore del fatto di reato e l’altro soggetto persona giuridica che altresì ne risponde; senza contare poi come, agendo, per definizione, l’autore del fatto di reato come “organo” della persona giuridica, ci sarebbe anche, conseguentemente, violazione del principio del *ne bis in idem*.

<sup>516</sup> La domanda che però a questo punto si impone è: quando si può dire che una “persona umana” può realizzare un “fatto penalmente rilevante” considerando che ciò che caratterizza sul piano “naturalistico” un essere umano sono i suoi processi cognitivi e volitivi? Quando realizza una *condotta riferibile a “coscienza e volontà”*? Ovvero quando si tratti di persona umana che possa pienamente comprendere, *sul piano naturalistico*, il “significato sociale” degli atti che commette, ossia che abbia la *capacità “naturalistica” di intendere e di volere* (anche se non, necessariamente, la “qualifica normativa” di “imputabilità”)? Se così fosse tuttavia chi, *anche se adulto*, non avesse la – *piena* – capacità naturalistica di intendere e di volere, perché ad es. totalmente o anche solo parzialmente affetto da infermità psichica, non dovrebbe essere allora considerato “capace di diritto penale” (in particolare, “capace di essere soggetto attivo” di un reato sul piano “sostanziale”). Secondo la disciplina dettata dal codice penale italiano vigente, viceversa, il soggetto totalmente infermo di mente non essendo imputabile non è “punibile” (art. 88 c.p.), *anche se ha comunque commesso un “fatto di reato”* (retro nota 21), mentre il c.d. “seminfermo di mente” è addirittura senz’altro *totalmente “punibile”* (anche se, ricorrendo i presupposti di cui all’art. 89 c.p., solo con una pena “attenuata”). In conclusione, si potrebbe allora forse dire che la “capacità naturalistica” di commissione di un qualunque reato potrebbe identificarsi con la mera *possibilità “materiale” di tenere un comportamento “diverso” da quello tenuto potendoselo rappresentare e volere*; quindi “al di fuori” della capacità di intendere e di volere di quel soggetto. Ciò considerando che il concetto di “potere” o di “possibilità”, anche se solo “ipotetico”, appartiene comunque al mondo dell’“essere” e quindi della realtà fenomenico-naturalistica.

suale)<sup>517</sup> – dal punto di vista “formale” si identifica con la idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive “attive” di “diritti” e “facoltà” (si vedano, ad es., gli artt. 120 c.p. e 90 e 91 c.p.p.)<sup>518</sup>; dal punto di vista “sostanziale”, tale “qualifica” è riferibile a *qualunque* “soggetto di diritto”, “persona fisica” o anche “*persona giuridica*” (espressione da intendere in senso lato, comprensiva sia degli enti riconosciuti che di quelli non riconosciuti).

Importante è tuttavia sottolineare come la “capacità attiva al reato” – almeno nella sua dimensione “formale” – rappresenti un elemento di cui si “presume” l’esistenza fino a prova contraria, sempre cioè che non sussista uno dei “*limiti*” propriamente riferibile all’ambito di validità “personale esterno” della norma incriminatrice (con specifico riferimento al “fatto di reato”) costituito da una delle situazioni tradizionalmente definibili di “*immunità assoluta*” (o “totale”, come quella degli ambasciatori accreditati presso la Repubblica italiana o la Santa Sede); situazioni di “immunità assoluta” definibili anche di “*incapacità generale attiva*” dommaticamente e sistematicamente qualificabili come “elementi negativi” della “capacità di essere soggetto attivo del reato”, più in particolare come “*elementi negativi-impeditivi*” della generale “*destinarietà*” di “*doveri*” di fare o di non fare penalmente sanzionati (art. 3 comma 1 c.p.) in quanto impediscono di considerare una certa persona fisica *personalmente* “obbligato”.

b) La “*validità personale esterna*” della norma incriminatrice con riferimento alla “*pena criminale*”. Il concetto di “*capacità di pena*”

Sempre con riferimento alla “*validità personale esterna*” della norma

<sup>517</sup> Sulle situazioni giuridico soggettive *attive* di “diritti” e “facoltà” spettanti, all’interno del procedimento penale, ai c.d. “enti esponenziali” di interessi “collettivi” o “diffusi” si veda l’art. 91 c.p.p. (retro nota 514). Quanto, in particolare, alla possibilità di qualificare *normativamente* anche gli “enti esponenziali” come “persone offese” dal reato, occorre considerare che, quando questi enti vengono in considerazione non quali soggetti giuridici direttamente titolari di certi interessi penalmente tutelati (come ad es. la reputazione, onde ben possono essere ad es. “persone offese” del delitto di “diffamazione”, *al pari* di tutte le altre “persone giuridiche”), ma *esclusivamente* come “soggetti giuridici” cui «sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato» e quindi *solo* “*rappresentativi*” di questi interessi (art. 91 c.p.p.), si debba loro *negare* la “*qualifica normativa*” di “*persone offese*” (in senso tecnico). A questa conclusione si deve pervenire, a mio parere, già da una semplice lettura dell’ultima parte dello stesso art. 91 c.p.p., laddove afferma che questi enti «possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà *attribuiti alla persona offesa* dal reato», evidenziando quindi *solo una* “*equiparazione normativa*” a questi *limitati* fini tra i suddetti enti e le persone offese dal reato; attribuzione degli stessi diritti e doveri che non avrebbe evidentemente alcun senso se anche gli enti esponenziali potessero essere *normativamente* qualificati “persone offese”.

<sup>518</sup> Retro note 509 e 514.

incriminatrice, guardando ora alla “conseguenza sanzionatoria” del reato, la “capacità generale alla pena criminale”, definibile come “generale” perché (potenzialmente) riferibile a tutte le “specie” di “pene criminali principali”<sup>519</sup> previste dall’ordinamento penale considerato nella sua “integralità” e quindi comprensivo sia delle pene principali previste dal codice penale “comune” (art. 17 c.p.) sia di quelle previste dai codici penali “militari” (art. 22 c.p.m.p.), dal punto di vista “formale” consiste nella idoneità ad essere titolare della situazione giuridica soggettiva “passiva” di “soggezione” (alla pena criminale)<sup>520</sup>; capacità di essere “valido destinatario” della “pena cri-

<sup>519</sup> Quanto alle “pene accessorie” e alle “sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi” (oggi, anche formalmente, “pene sostitutive”: nuovo art. 20-*bis* c.p.), occorre sottolineare che queste *non hanno “autonomia”*, ma sono rigidamente ancorate alle pene principali, che, appunto, sostituiscono o alle quali accedono.

<sup>520</sup> Quanto, in particolare, alla “pena pecuniaria”, la *prima* situazione giuridica soggettiva “passiva” a venire in evidenza è il “*dovere*” (più propriamente, quello contenuto di un “obbligo”) che, solo se rimane a sua volta “*inadempito*”, dà luogo ad un’*ulteriore “sanzione”*, che attualmente, dopo la c.d. Riforma Cartabia, è quella “*punitiva*” di “*conversione*” ai sensi dei nuovi artt. 102, 103, 108 e 71 legge n. 689/1981. Prima dell’introduzione di questo nuovo meccanismo “punitivo”, l’ulteriore sanzione in caso di mancato pagamento, almeno per un condannato “non insolubile”, era *di natura “esecutiva”*, rappresentata dall’“esecuzione forzata” del pagamento della somma di denaro dovuta che, in quanto tale, poteva *anche essere eseguita “coattivamente”* (ossia anche *contro* la volontà del destinatario), costituendo *solo allora* in capo al destinatario della sanzione pecuniaria una situazione giuridico-soggettiva passiva di “*soggezione*”. È evidente però come, così ragionando, in caso di *inadempimento dell’obbligo* del pagamento della somma di denaro in cui si sostanzia la originaria pena pecuniaria, sanzione “punitiva” applicata per la commissione del primo illecito (penale), si sarebbe avuto *un’ulteriore “illecito”* (probabilmente di natura amministrativa, essendo beneficiaria del pagamento la Cassa delle Ammende) a sua volta sanzionato dalla sanzione “esecutiva” dell’“esecuzione forzata” (che, non si dimentichi, presuppone comunque, per la sua “legittimità”, un’ulteriore “intimazione di pagamento” contenuta nel c.d. “precetto”), con conseguente “soggezione” del suo destinatario. *A fortiori*, lo stesso discorso dovrebbe valere oggi quando il mancato pagamento della pena pecuniaria comporta *tout court* direttamente – ed esclusivamente – la sua “conversione” in una pena limitativa della libertà personale e quindi l’applicazione di *un’altra sanzione “punitiva”*.

Proprio però per la presenza sempre incombente prima della “sanzione esecutiva” dell’“esecuzione forzata”, oggi addirittura di una “sanzione punitiva” incidente sulla stessa libertà personale, si potrebbe però allora anche pensare che il “dovere” del pagamento della somma di denaro (costitutiva della pena pecuniaria) integri in realtà il contenuto non della situazione giuridica soggettiva passiva di “obbligo”, *ma di “onere”*: nel senso che il destinatario della pena pecuniaria deve spontaneamente pagare la somma di denaro *se vuole evitare la ulteriore sanzione* (anzitutto esecutiva, oggi punitiva) e quindi il suo stato di “soggezione”. La “minaccia” di applicazione di questa ulteriore sanzione fungerebbe pertanto da “stimolo” per incentivare l’adempimento del dovere primario di pagamento (analogamente a quanto avviene con la c.d. “esecuzione processuale indiretta”: infra cap V, 5 e nota 935).

Discorso che, in parte, mi sembra possa valere – a ben vedere – anche per la “pena de-

minale” riferibile *solo alla stessa “persona fisica” che ha realizzato il “fatto di reato”* (che ne costituisce il presupposto, insieme agli altri elementi costitutivi della “fattispecie di punibilità”), come si argomenta inequivocabilmente dal principio costituzionale di “personalità” della “responsabilità penale” (art. 27 comma 1 Cost.) per cui non ci può essere *normativamente* “dissociazione” tra l’“autore del reato” e il “destinatario della sanzione criminale”<sup>521</sup>. Breve:

tentiva”. Fermo infatti che il condannato a pena detentiva non ha, tecnicamente, l’“obbligo” di consegnarsi all’autorità e di scontare la pena, posto che il suo eventuale “inadempimento” non integra *nessun illecito*, in particolare penale (a differenza dell’evasione: vedi ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 62-63), occorre sottolineare come la situazione giuridico-soggettiva passiva di “soggezione” alla sanzione scatta solo se il condannato, *trovandosi ancora in stato di libertà*, non si sia già messo direttamente e volontariamente a disposizione dell’autorità, costituendosi. Situazione giuridica soggettiva passiva di “soggezione” che, laddove non debba essere già considerata conseguenza immediata e diretta dell’“ordine di esecuzione” con cui il p.m. dispone la carcerazione del condannato a pena detentiva *ex art. 656 comma 1 c.p.p.* (dal momento che lo stesso art. 656 al comma 5 prevede, ricorrendo certi presupposti, che l’efficacia dell’ordine di esecuzione sia “sospesa” e sempre, a sua volta, che non sia comunque decorso il termine di sospensione di trenta giorni senza che sia stata utilmente presentata istanza di concessione di una misura alternativa alla detenzione), deve allora ritenersi *conseguenza del mancato adempimento di un “onere”*. Infatti, se, come sappiamo (retro nota 271; vedi anche infra note 903 e 904), il comportamento costitutivo di un “onere” deve essere tenuto per conseguire un risultato favorevole, in questo caso il “risultato favorevole” è, con ogni evidenza, *evitare la “coercizione diretta” sulla propria persona*, con tutto l’effetto stigmatizzante e socialmente umiliante, anche nella prospettiva della “dignità umana”, che deriva inevitabilmente dall’esecuzione – *coattiva* – di un “ordine di carcerazione”. Ricapitolando: “assoggettarsi” *volontariamente* alla pena detentiva cui si è stati condannati in via definitiva mettendosi a disposizione dell’autorità *non* costituisce, per il suo destinatario, contenuto di un “obbligo” (posto che, come è stato da tempo correttamente affermato, se così fosse, l’ordinamento penale dovrebbe prevedere come reato il suo “inadempimento”; illecito penalmente sanzionato che, a differenza dell’evasione, viceversa non esiste); *ma solo contenuto di un “onere”, onde evitare la “soggezione” all’esecuzione coattiva dell’ordine di carcerazione.*

In generale, sulla rilevanza della situazione giuridica soggettiva passiva dell’“onere” con riferimento alla “pena criminale”, in particolare alla sua “gestione” da parte dell’autore del “fatto di reato”, sia prima che dopo la condanna definitiva, vedi infra cap. V, 3 e 4. È infatti costitutiva di un “onere” anche la situazione giuridica soggettiva passiva di una persona di “*autoapplicarsi*” una “sanzione *esecutiva*” escludendo conseguentemente la “sanzione *punitiva* criminale”.

<sup>521</sup> All’interno del concetto di “capacità penale” è normativamente impossibile *distinguere*, a differenza di quanto accade nel settore civile dell’ordinamento, tra “capacità giuridica” e “capacità d’agire”, posto che – vigendo in materia penale-criminale il principio di “personalità della responsabilità” espressamente stabilito dall’art. 27 comma 1 Cost. – sarebbe costituzionalmente illegittimo distinguere tra il soggetto capace di porre in essere un “fatto di reato” e il soggetto destinatario del corrispondente “effetto giuridico” costituito dalla “pena criminale”; con la conseguente *impossibilità normativa* di ricorrere, in materia penale-criminale (in senso stretto), all’istituto della “rappresentanza” (GALLO, *Diritto penale italiano*,

nel sistema penale italiano la “capacità di essere soggetto attivo del reato” e la “capacità di soggezione alla pena criminale”, pur concettualmente distinte, con riferimento specifico alla struttura della “norma incriminatrice” si riuniscono convergendo sullo stesso soggetto “persona fisica”<sup>522</sup>. Dal punto di vista “sostanziale”, a sua volta, la “capacità generale alla pena criminale”, e quindi la sua “destinarietà”, *si identifica* con il concetto, che è anche una categoria giuridica espressamente prevista a livello codicistico e quindi di diritto positivo, della “*imputabilità*”, “qualifica normativa” che tuttavia *non coincide* – nonostante quanto potrebbe sembrare ad una prima lettura “asistemica” dell’art. 85 comma 2 c.p.<sup>523</sup> – col suo “sostrato

vol. I, cit., p. 167), che si ha quando un soggetto (in quanto “capace di agire”) realizza un “atto giuridico” (costituito da un comportamento riferibile a coscienza e volontà) i cui “effetti” ricadono nella “sfera giuridica” di altro soggetto (in quanto “capace giuridicamente”, ossia possibile titolare di situazioni giuridico-soggettive). Per un diverso significato *convenzionalmente* attribuite in materia penale al concetto di “capacità d’agire”, in sede tuttavia non di “ambito personale” ma di “ambito materiale” di “validità” della norma incriminatrice vedi però *infra* cap. III, 2.4 lett. e.

<sup>522</sup> Questa conclusione vale ovviamente – anche se non è inutile qui ripeterlo per maggiore chiarezza – *solo* con riferimento alla “norma incriminatrice” in senso stretto, ossia a quella che prevede una “fattispecie di punibilità”, il cui “nucleo centrale” è costituito da un “fatto di reato”, e la correlativa “pena criminale” (principale). Il che non esclude, logicamente, la *dissociazione* tra le due “capacità”, al reato e alla pena criminale, laddove il “fatto di reato” sia viceversa elemento costitutivo di *altre* “fattispecie di responsabilità”, *diverse* da quella di “punibilità”, come quella per la misura di sicurezza, le civili da reato, e quella amministrativa dell’ente per il reato commesso dai soggetti che rivestono posizioni apicali. Ulteriori “fattispecie di responsabilità da reato” nelle quali la “capacità di sanzione” può riferirsi *anche* a “soggetti giuridici” *diversi* da quelli che hanno la “capacità di illecito/fatto antiggiuridico”: si pensi, ad es., alla responsabilità civile, sia pure “da reato”, per la quale – come dispone lo stesso art. 185 c.p. – si fa espressamente riferimento, tra i possibili destinatari della “sanzione civile” delle restituzioni o del risarcimento del danno, rispettivamente, anche ai responsabili «a norma delle leggi civili» (comma 1) e, oltre al colpevole, anche alle «persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui» (comma 2); ossia anche ai soggetti che, in sede di processo penale, possono essere citati dalla parte civile o intervenire volontariamente nel processo penale appunto come “responsabili civili”: art. 83 ss. c.p.p.). Soggetti che possono essere, a loro volta, *anche* persone *giuridiche* (sempre da intendere in senso lato).

<sup>523</sup> Art. 85 comma 2 c.p.: «È imputabile chi ha la capacità d’intendere e di volere». Nella stessa direzione – della, almeno apparente, *coincidenza* tra la “capacità di intendere e di volere” sul piano naturalistico e la qualifica normativa della “imputabilità” – sembrerebbe muoversi altresì l’art. 2046 c.c., rubricato “Imputabilità del fatto dannoso”, a tenore del quale «Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d’incapacità derivi da sua colpa»; anche se la dottrina civilistica, per affermare o escludere l’esistenza dell’imputabilità in sede di responsabilità civile, si rifà in pratica alle *stesse conclusioni* cui, sulla scorta degli artt. 88 ss., perviene la dottrina penalistica. Vedi comunque le conside-

materiale” della “capacità naturalistica di intendere e di volere”. In questa prospettiva, dunque, la qualifica soggettiva-personale di “capacità alla pena criminale” deve essere intesa, e conseguentemente utilizzata, come “*sino-nimo*” della qualifica sempre soggettiva-personale di “imputabilità”<sup>524</sup>.

Quanto ai “*limiti*” dell’ambito di “validità personale esterno” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”, iniziando dalla prospettiva “formale”, posto che nel sistema penale italiano, con specifico riferimento alla “norma incriminatrice”, il “destinatario” della “pena criminale” *non* può essere un “soggetto giuridico-persona fisica” *diverso* dal “destinatario” dell’“obbligo” penalmente sanzionato (e violato con la commissione del “fatto di reato”), per cui, come detto, “capacità di commissione del reato” e “capacità di pena criminale” convergono necessariamente sulla stessa persona fisica, ne discende logicamente che le “*immunità totali*” rappresentano “elementi negativi-impeditivi” *anche* della “generale” “capa-

---

razioni svolte retro cap. I, 4. Agli stessi criteri stabiliti dal codice penale si rifà viceversa *espressamente*, con specifico riferimento all’applicabilità della sanzione amministrativa (*salvo* per i minori di anni 18, qualificati *tout court* come incapaci di soggezione alla sanzione amministrativa), l’art. 2 legge n. 689/1981, che, nonostante la rubrica parli di “Capacità di intendere e di volere”, dispone: «Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non aveva, *in base ai criteri indicati nel codice penale*, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato»; il che significa come, *anche in sede di diritto punitivo amministrativo*, non ogni situazione di incapacità naturalistica di intendere o di volere escluda l’applicabilità della sanzione amministrativa. Sulla “dissociazione”, alla stregua della disciplina *positivamente* dettata dal codice penale, tra la *qualifica normativa* della “imputabilità” e il suo *sostrato naturalistico* della “capacità di intendere e di volere” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., ppp. 379-382 e *infra* subito dopo nel testo (vedi anche retro cap. I, 8).

<sup>524</sup> In particolare, occorre a questo proposito osservare come la “sanità mentale” dell’autore di un “fatto di reato” deve esistere *in ogni momento di vita della “pena criminale”* attinente alla sua minaccia, applicazione ed esecuzione. Nel senso che, se la pena criminale non può essere applicata a chi, al momento della realizzazione della condotta costitutiva del reato, non era imputabile per totale infermità psichica (art. 88 c.p.; e quindi l’intimidazione conseguente alla sua minaccia in astratto non ha potuto funzionare nel caso concreto da “contromotivo” rispetto alla spinta criminosa), anche nel corso del procedimento penale se, «per infermità mentale sopravvenuta al fatto» (art. 70 comma 1 c.p.p.: se fosse “contestuale” al “fatto” si dovrebbe viceversa “prosciogliere” immediatamente l’imputato chiudendo il processo *ex* artt. 425 comma 1 o 530 comma 1 c.p.p.), «lo stato mentale dell’imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento, il giudice dispone con ordinanza che questo sia sospeso, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere» (art. 71 comma 1 c.p.p.). Per quanto concerne poi l’attuale trattamento della infermità psichica in sede di esecuzione, in particolare laddove si tratti di infermità psichica sopravvenuta alla condanna, vedi nota 315.

cità di pena criminale” quale idoneità ad essere titolare della situazione giuridica soggettiva passiva di “soggezione” alla pena. Nella prospettiva “sostanziale”, a sua volta, l’“imputabilità” costituisce un requisito – in genere<sup>525</sup> – “*presunto*” come “*esistente*”, che può essere però “*escluso*” dalla presenza di una delle “*cause di esclusione dell’imputabilità*”, tassativamente previste dallo stesso codice penale (art. 88 ss. c.p.), che operano quali “elementi negativi-impeditivi” di detta “qualifica normativa” funzionando quindi come “limiti” dell’“ambito di validità *personale esterno*” della “norma incriminatrice” sotto lo specifico profilo della “*capacità di pena*”.

c) La “*validità personale interna*” della norma incriminatrice con riferimento al “*fatto di reato*”. Il concetto di “*capacità speciale al reato*”, attiva e passiva. Le “*immunità funzionali*” e le “*immunità parziali*” come loro limiti

Passando ora all’analisi dell’ambito di “*validità personale interno*” della “norma incriminatrice”, convenzionalmente definibile altresì come suo “ambito di efficacia personale”, bisogna anzitutto *distinguere* anche a questo proposito, all’interno del concetto di “genere” della “capacità giuridico-penale”, tra i due profili “specifici” di ciò che, per chiarezza concettuale, possiamo *stipulativamente* definire della “capacità speciale al reato” e della “capacità speciale alla sanzione punitiva-pena criminale”.

Con riferimento anzitutto al “fatto di reato”, all’interno della “*capacità speciale al reato*”, stipulativamente definibile come “speciale” perché attinente solo a determinati “tipi” di reato o a particolari “categorie” di reati individuate o individuabili, si deve a sua volta *suddistinguere* tra la “capacità di essere soggetto attivo” e la “capacità di essere soggetto passivo” di quel certo particolare “tipo” di reato<sup>526</sup>. In questa prospettiva, sempre alla stregua del diritto positivo italiano, la “capacità speciale *attiva*”, dal punto di

<sup>525</sup> *Ad eccezione* della situazione concernente i minori tra i 14 e i 18 anni, autori di un “fatto di reato”, relativamente ai quali la “qualifica normativa” di “imputabilità” *coincide* col “sostrato naturalistico” della “capacità d’intendere e di volere” (art. 98 c.p.); “imputabilità” del soggetto minorenni da intendere, in particolare, come sinonimo di “maturità” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 440-442).

<sup>526</sup> Concetto di “capacità speciale al reato”, attiva e passiva, *da non confondere* assolutamente, come viceversa spesso avviene (a prescindere dalla terminologia usata dai vari autori), con il concetto di “legittimazione al reato”, anch’essa attiva e passiva, che non attiene all’“ambito di validità personale” della norma incriminatrice, ma, propriamente, al suo “ambito di validità materiale”, in particolare con riferimento alla “dimensione personale” del “fatto di reato”. Sul concetto di “legittimazione al reato” e sulla diversa “natura” e “disciplina”, nell’ambito della generica categoria delle “cause personali di non punibilità”, tra i “limiti alla validità personale” della norma incriminatrice e i “limiti alla dimensione personale del fatto di reato” vedi *amplius* infra cap. III, 2.5.

vista “formale”, intesa come “destinatarietà” (nel senso di idoneità ad essere titolare) del “dovere” penalmente sanzionato, è in primo luogo quella che inerisce ai “soggetti giuridici” aventi le “qualifiche normative” di “cittadino” o “straniero” di cui agli artt. 9 e 10 c.p. con riferimento ai “fatti di reato” riconducibili alla “categoria” di quelli “commessi all’estero” (non a caso parlandosi a questo proposito di criterio della “*personalità attiva*”)<sup>527</sup>. Ancora, attengono alla “capacità speciale attiva” con riferimento ai reati indicati nell’art. 604 c.p. se commessi “all’estero”<sup>528</sup> le “qualifiche normative” di «cittadino italiano» o di «straniero in concorso con cittadino italiano», qualifiche necessarie per potere essere “validamente” autore o concorrente in quei fatti di reato. Così come “capacità speciale attiva” hanno, per i “delitti”<sup>529</sup> previsti dal codice della navigazione commessi “in territorio estero”, coloro che rivestono le “qualifiche normative” di “cittadino” o “straniero” che siano «al servizio di una nave o di un aeromobile nazionale» (art. 1080 comma 1 cod. nav.)<sup>530</sup>.

Quanto poi alla “capacità speciale *passiva*”, sempre dal punto di vista “formale”, si può fare riferimento anzitutto a quella che inerisce ai “soggetti giuridici” di cui agli artt. 9 e 10 c.p., “persone fisiche” aventi le “qualifiche normative” di “cittadino” o “straniero” ovvero “persone *giuridiche*” come le “Comunità europee” (oggi “Unione Europea”) o uno “Stato straniero”, “*in danno*” dei quali debbono essere realizzati i “fatti di reato” riconducibili

<sup>527</sup> Criterio della “personalità attiva” che, insieme a quello della “personalità passiva” (detto anche di “difesa”), contribuisce tradizionalmente – intersecandosi col criterio della “universalità” (retro nota 506) – ad individuare, secondo l’opinione della dottrina dominante, l’esatto “limite di validità” della norma incriminatrice nello spazio per i reati commessi all’estero.

<sup>528</sup> L’art. 604 c.p. (nella versione attualmente vigente) stabilisce che: «Le disposizioni di questa sezione [Sezione I, Dei delitti contro la libertà individuale, Capo III, Libro II c.p.], nonché quelle previste dagli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies* e 609-*undecies* [aventi ad oggetto alcuni dei delitti contro la libertà sessuale], si applicano altresì quando il fatto è commesso all’estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano. In quest’ultima ipotesi lo straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta del Ministro della giustizia».

<sup>529</sup> Non quindi per le “contravvenzioni” previste nella Parte Terza, Libro Primo, Titolo III sempre del codice della navigazione: arg. *ex* art. 1080 comma 1 cod. nav.

<sup>530</sup> Non mi sembra viceversa che ci sia spazio per un concetto autonomo di “capacità speciale attiva” (al reato) dal punto di vista “sostanziale/materiale”, che presenti profili peculiari e diversi rispetto al concetto “sostanziale/materiale” di “capacità generale attiva”, su cui vedi retro cap. III, 2.3 lett. a.

alla “categoria” di quelli “commessi all'estero” (c.d. criterio della “*personalità passiva*”); e ancora, “capacità speciale passiva” è quella prevista per i “fatti” indicati nell'art. 604 c.p. che sono costitutivi di “reato” solo se commessi “all'estero” «*in danno di cittadino italiano*»<sup>531</sup>.

“*Limiti*” dell'ambito di validità “personale interno” della norma incriminatrice con riferimento alla “capacità speciale al fatto di reato”, a parte la “mancanza” di quelle “qualifiche personali” la cui presenza è, come ad es. nei casi previsti dagli artt. 9 e 10 c.p., *positivamente* richiesta per la “valida” integrazione della norma incriminatrice e la conseguente “punibilità” dell'autore del “fatto di reato”, “mancanza” che costituisce dunque solo l'“aspetto negativo” di un “elemento positivo” dell'ambito di validità personale della norma stessa, *vera “autonomia”* hanno viceversa quei “limiti” rappresentati da situazioni, costituite da “elementi negativi”, che debbono “mancare” per la punibilità dell'autore del fatto di reato, la cui “*presenza*” si traduce quindi in altrettante “*cause di non punibilità*”. A questo proposito vengono anzitutto in considerazione le c.d. “*immunità parziali*” o/ e le “*immunità relative*”, costitutive di “elementi negativi-impeditivi” della *normale* (e quindi “presunta”)<sup>532</sup> “destinatarietà” di “doveri” (penalmente sanzionati) con riferimento, rispettivamente, a certi particolari “tipi” di reato o/e a determinati soggetti: a questa categoria appartengono le c.d. “*immunità funzionali*” previste dal diritto pubblico interno, ossia quelle legate alla particolare “funzione pubblica”, oggi normalmente almeno di “rilevanza costituzionale”<sup>533</sup>, svolta da determinati soggetti, come il Presidente della Repubblica, che «non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni» (art. 90 Cost.)<sup>534</sup> e i membri del Parlamento (art. 68 comma 1 Cost.) e dei

<sup>531</sup> Anche con riferimento al concetto di “capacità speciale passiva”, non mi sembra a sua volta che ci sia spazio per un concetto autonomo di detta capacità dal punto di vista “sostanziale/materiale”, che presenti cioè profili peculiari e diversi rispetto al concetto “sostanziale/materiale” di “capacità generale passiva”, su cui vedi retro cap. III, 2.3 lett. a.

<sup>532</sup> Siccome la “capacità generale al reato”, ossia il requisito “formale” dell’“ambito di validità personale esterno” della norma incriminatrice”, da intendere come idoneità ad essere titolare di “doveri” penalmente sanzionati, deve ritenersi presente in ogni “persona umana”, donde la “presunzione” della sua esistenza (vedi retro cap. III, 2.3 lett. a), qui si parla di ipotesi di “*incapacità speciale attiva*” perché si esclude la “destinatarietà” del comando o divieto (ossia dell’“obbligo”) *solo con riferimento ad alcune tipologie di reati* (quelli, in particolare, che possono essere commessi da soggetti “qualificati” nell'esercizio delle loro “funzioni pubbliche”).

<sup>533</sup> Onde evitare che si traducano in “privilegi” irragionevoli, con conseguente violazione quindi del principio costituzionale di “uguaglianza”: retro cap. I, 16 e nota 351.

<sup>534</sup> Irresponsabilità del Presidente della Repubblica, con riferimento agli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, per “incapacità speciale attiva” (= al “reato”), «tranne che

Consigli regionali (art. 122 comma 4 Cost.) che «non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni»<sup>535</sup>.

Semmai occorre chiedersi se il sistema penale italiano preveda anche altre “condizioni o qualità personali” – diverse da quelle che stanno alla base delle c.d. “immunità funzionali” (in senso tecnico) – la cui presenza “escluda” la “capacità penale speciale attiva” e quindi la “destinatarietà” (= “obbligatorietà” con riferimento alle “persone”) della “norma incriminatrice”, costituendo, data la loro “natura” di “elementi negativi”, ancora una volta “li-

per alto tradimento o per attentato alla Costituzione» (art. 90 comma 1 Cost.), nei quali casi si ritorna alla normale “destinatarietà” della norma incriminatrice. Importante è però, a questo proposito, evidenziare altresì come, con riferimento a questi reati “presidenziali”, l'art. 15 comma 1 legge cost. 11 marzo 1953 n. 1 stabilisca che «... la Corte costituzionale, nel pronunciare sentenza di condanna, determina le sanzioni penali nei limiti del massimo di pena previsto dalle leggi vigenti al momento del fatto, nonché le sanzioni costituzionali, amministrative e civili adeguate al fatto». Il che significa come sia il “tipo” che il “quantum” di pena concretamente applicabile – si noti: non solo “principale” ma anche “accessoria”; e sempre ammesso a sua volta, il che non è affatto pacifico, che qui addirittura non ci sia altresì una “deroga espressa” con riferimento al generale principio di “tassatività” dei reati – sia genericamente individuabile, a livello di previsione astratta delle rispettive “norme incriminatrici”, alla stregua dello stesso art. 15 comma 1 cit. attraverso un “rinvio” come “limite massimo” alle “più severe” pene criminali astrattamente previste non solo dal codice penale comune ma dall'intero ordinamento penale (quindi anche dalle leggi penali militari, di pace e di guerra) vigente al momento della commissione del fatto di reato, in particolare quindi oggi, rispettivamente, l'ergastolo (dopo la definitiva abolizione della pena di morte anche nelle leggi penali militari di guerra: retro nota 119) e l'interdizione perpetua dai pubblici uffici; pene, si noti, specie se accessorie, anche “cumulabili” fra loro. Qui dunque si potrebbe allora forse dire che c'è una situazione di “capacità speciale attiva” del Presidente della Repubblica con riferimento a due specifiche e particolari tipologie di reato, in deroga alla sua generale “irresponsabilità” – e quindi “incapacità speciale attiva” – per gli «atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni»; “capacità speciale attiva” cui, correlativamente, si accompagna altresì una situazione di “capacità speciale alla pena” in quanto determinata con riferimento alle pene criminali “più gravi” sia nella tipologia che nel quantum.

<sup>535</sup> La stessa “immunità funzionale” hanno anche i giudici della Corte costituzionale e i componenti del C.S.M.: vedi, rispettivamente, gli artt. 3 comma 2 legge cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e 5 legge costituzionale 11 marzo 1953 n. 1 e l'art. 32-bis legge 24 marzo 1958 n. 195. In generale, si noti poi, a sua volta, come le “immunità funzionali”, in quanto situazioni che comunque accompagnano la realizzazione della condotta come sue “modalità”, siano qualificate da parte della dottrina senz'altro come “cause di giustificazione” (retro nota 348); il che può spiegarsi dal momento che presentano in comune con le scriminanti la particolare “analogia” strutturale di essere requisiti del comportamento penalmente rilevante che debbono “mancare” perchè sorga la “punibilità” per il fatto commesso. È evidente però come questa similitudine da sola non possa chiaramente bastare, posto che, così ragionando, si finirebbe per confondere la parte con il tutto, ossia la categoria specifica delle cause di giustificazione con quella, più generale e generica, degli “elementi negativi” (sia del “fatto di reato” che della “fattispecie di punibilità”).

*miti*” della “*validità personale interna*” della “*norma incriminatrice*” con riferimento a *categorie o gruppi di reati* specificamente – e *tassativamente* – individuati dal legislatore, situazioni convenzionalmente definibili, come abbiamo visto, di “immunità relativa o parziale”, che, in quanto tuttavia riferite a fatti di reato *non* legati all’esercizio di determinate “funzioni”, potrebbero allora comunque ricondursi anche sotto un concetto – più ampio e generico – di “incapacità speciale attiva”. In questa categoria potrebbe fra l’altro rientrare la previsione dell’art. 1080 comma 2 cod. nav. secondo cui le «disposizioni penali» del codice della navigazione «*non si applicano* ai componenti dell’equipaggio e ai passeggeri di nave o di aeromobile *stranieri*»<sup>536</sup>.

d) La “*validità personale interna*” della *norma incriminatrice* con riferimento alla “*pena criminale*”. Il concetto di “*capacità speciale alla pena*”

Sempre dalla prospettiva dell’“ambito di validità *personale interno*” della “norma incriminatrice”, con specifico riferimento però al profilo della “capacità speciale alla pena criminale”, ossia all’idoneità ad essere titolare della situazione giuridico-soggettiva passiva di “soggezione” ad un particolare “tipo” di “pena criminale”, diversa da quella comune di cui all’art. 17 c.p., *specificamente* prevista per una *determinata categoria* di reati, si può pensare ad es., nell’ordinamento italiano, alla speciale capacità che fa capo ai “militari”<sup>537</sup>, ossia agli appartenenti alle Forze Armate dello Stato e ai soggetti ad essi equiparati, laddove commettano un “reato militare” (art. 37 c.p.m.p.) sanzionato con una “pena militare” (art. 22 c.p.), e non con una pena prevista dal codice penale “comune”<sup>538</sup>; ovvero se commettano un “reato co-

<sup>536</sup> Allo stesso modo, occorre anche chiedersi, in questa stessa logica, se si possa simmetricamente parlare, oltre che di situazioni costitutive di “incapacità attiva” (= “immunità”), anche di *situazioni costitutive di “incapacità passiva*”, nel senso che *impediscono* che soggetti che rivestono una determinata “qualifica” possano costituire “*validi destinatari*” della norma incriminatrice come “*soggetti passivi*”-“*persone offese*” dal reato, con conseguente “*idoneità*” ad essere titolari di *situazioni giuridiche soggettive “attive*”, penalmente rilevanti, come il “diritto” di querela.

<sup>537</sup> Anche se, come vedremo (infra cap. III, 2.4 lett. e), la “qualifica personale” di “militare”, di *per sé considerata*, non concerne la “capacità penale”, neppure “speciale”, ma la “*legittimazione attiva al reato*”, facendo quindi parte non dell’“ambito personale di validità”, sia pure “interna”, della “norma incriminatrice”, ma della “dimensione personale” del “fatto di reato”.

<sup>538</sup> Come vedremo (infra cap. III, 2.4 lett. h) e nota 683), mentre la maggior parte dei “reati militari”, così qualificati perché *previsti* dal codice penale militare di pace o da leggi penali militari speciali (art. 37 c.p.m.p.), è altresì punita con una “pena militare”, esistono tuttavia alcuni reati militari puniti con una pena prevista dal codice penale comune (ad es., artt. 215-217 c.p.m.p.). A questo proposito, occorre tuttavia considerare come, ai sensi dell’art. 27 c.p.m.p., la pena della reclusione “comune” è *sostituita* dalla reclusione “militare” «quando la condanna non importa la degradazione» (ossia quando si tratti di condanna

mune” quando alla pena comune è *sostituita* (sia pure in sede di esecuzione) la “pena militare” (art. 63 c.p.m.p.).

In questi casi, siamo in presenza di “tipi di reato” caratterizzati da *una particolare “dimensione personale”* (= “condizione o qualità personale”) del reo visto però non in quanto “soggetto attivo” del fatto costitutivo dell’illecito penale, ma come “destinatario” della “speciale” “pena criminale” *specificamente prevista per quel particolare “tipo” di reato.*

Al concetto di “capacità speciale alla pena criminale” si può poi fare corretto riferimento anche a proposito, non di una determinata categoria di reati sanzionati con una pena “speciale”, ma di una *particolare categoria di delinquenti*, come ad es. i “*minori imputabili*” (e quindi punibili), nei cui confronti – a parte le numerose peculiarità di disciplina dello specifico trattamento sanzionatorio nel suo complesso<sup>539</sup> – la pena “comune” (ma anche la misura

---

alla reclusione inferiore a cinque anni: art. 28 comma 3 c.p.m.p., che cioè non determina normativamente una situazione di “indegnità”). Se dunque ci sono reati militari puniti con una pena comune anche se commessi da militari, ciò significa che non si può correttamente dire che la “*qualifica personale*” di “*militare*”, come destinatario della pena criminale (militare), *non aggiunge nulla* anche alla prospettiva dell’“ambito di validità personale interno” delle norme incriminatrici che prevedono reati militari “propri” con riferimento al profilo della “conseguenza sanzionatoria”.

Lo stesso discorso, con riferimento alla “capacità speciale alla pena”, *non* può tuttavia essere fatto quando “soggetto attivo” di un “reato militare” astrattamente punito con “pena militare” sia un “estraneo” alle Forze Armate (vedi ad es. i reati previsti dagli artt. 242-259 c.p.m.p.), posto che, in questo caso, la pena militare è comunque *sostituita* dalla pena comune (art. 14 comma 2 c.p.m.p.).

<sup>539</sup> Trattamento sanzionatorio “speciale” previsto sia originariamente dallo stesso codice penale e dalla c.d. legge minorile del 1934-1935 (r.d.l. 20 luglio 1934 n. 1404, convertito con modificazioni in legge 27 maggio 1935 n. 835, nei limiti in cui è ancora vigente), come la previsione della circostanza attenuante della minore età e la limitazione delle pene accessorie applicabili in sede di condanna o senz’altro la loro inapplicabilità «quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria» (art. 98 c.p.), l’ampliamento dei limiti della pena detentiva inflitta fino a tre anni per la concessione della sospensione condizionale della pena (art. 20 r.d.l. cit.), la previsione della causa estintiva del reato del “perdono giudiziale” (art. 169 c.p.) con l’ampliamento del suo originario ambito applicativo di due anni di pena detentiva da astratto a concreto (art. 19 r.d.l. cit.) e la diversa e più favorevole disciplina della “liberazione condizionale” (art. 21 r. d. l. cit.); sia dal d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in particolare laddove prevede la “non punibilità” del minore in conseguenza di una “sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto” (art. 27) ovvero per l’esito positivo della messa in prova in caso di sospensione del processo (artt. 28 e 29) oltre ad una più ampia possibilità di applicazione delle sanzioni sostitutive limitative della libertà personale (art. 30, la cui nuova versione, introdotta dall’art. 73 d. lgs. n. 150/2022 e rubricata “Pene sostitutive”, dispone che «1. Con la sentenza di condanna il giudice, quando ritiene di dover applicare una pena detentiva non superiore a quattro anni, può sostituirla con la semilibertà o con la detenzione domiciliare, previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; quando ritiene di dover applicare una pena detentiva

di sicurezza) assume un “*contenuto*” diverso rispetto a quello della conseguenza sanzionatoria penale astrattamente prevista per i rei maggiorenni.

Quanto poi ai “*limiti*” della “capacità speciale alla pena”, fermo che titolare della situazione giuridico-soggettiva di “soggezione alla pena”, secondo il principio della “personalità” della responsabilità penale, non può essere un soggetto “diverso” da quello “destinatario” del correlativo “dovere” penalmente sanzionato, ne discende che detti limiti *si identificano con quelli della “capacità speciale attiva al reato”*, ossia – ammesso che ciò si possa in concreto verificare – con le “immunità funzionali” o, in genere, *con le “immunità relative o parziali”*. Piuttosto, qualcuno potrebbe sostenere, almeno in via di prima approssimazione, che situazioni convenzionalmente definibili come di “incapacità speciale alla pena” potrebbero essere previste *in sede di applicazione e/o di esecuzione* della pena criminale, in particolare ad es. laddove gli autori di certi reati (sentiti come particolarmente gravi dal punto di vista dell’allarme sociale) non potessero, solo per tale loro “condizione personale”, appunto “speciale”, fruire dei “benefici” delle “misure alternative alla detenzione penitenziaria” quali possibili “modalità esecutive” della pena carceraria, non potendo quindi essere, neppure astrattamente,

---

non superiore a tre anni, può sostituirla, se vi è il consenso del minore non più soggetto ad obbligo di istruzione, con il lavoro di pubblica utilità previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla, altresì, con la pena pecuniaria della specie corrispondente, determinata ai sensi dell’articolo 56-*quater* della legge 24 novembre 1981, n. 689. In ogni caso, nel sostituire la pena detentiva e nello scegliere la pena sostitutiva, il giudice tiene conto della personalità e delle esigenze di lavoro o di studio del minore nonché delle sue condizioni familiari, sociali e ambientali. 2. Il pubblico ministero competente per l’esecuzione trasmette l’estratto della sentenza al magistrato di sorveglianza per i minorenni del luogo di abituale dimora del condannato. Il magistrato di sorveglianza convoca, entro tre giorni dalla comunicazione, il minore, l’esercente la responsabilità genitoriale, l’eventuale affidatario e i servizi minorili dell’amministrazione della giustizia e provvede in ordine alla esecuzione della pena sostitutiva a norma delle leggi vigenti, tenuto conto anche delle esigenze educative del minore. 3. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, ad eccezione dell’articolo 59, e le funzioni attribuite all’ufficio di esecuzione penale esterna sono esercitate dai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia. 4. Al compimento del venticinquesimo anno di età, se è in corso l’esecuzione di una pena sostitutiva, il magistrato di sorveglianza per i minorenni trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza ordinario per la prosecuzione della pena, ove ne ricorrano le condizioni, con le modalità previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689». Si veda anche il nuovo art. 103-*quater* legge n. 689/1981, introdotto dall’art. 71 comma 1 lett. *ff*) d. lgs n. 150/2022, che dispone una disciplina speciale per i minori per il caso di mancato pagamento della pena pecuniaria. A queste peculiarità legislative occorre poi aggiungere l’espunzione della pena detentiva “perpetua” ossia dell’ergastolo dal novero delle sanzioni criminali applicabili ai soggetti minorenni (imputabili) ad opera della Corte Costituzionale con la sentenza n. 168 del 1994.

“destinatari” del “trattamento penitenziario” *generalmente* previsto per *tutti* i condannati a pena detentiva (vedi l’art. 4-*bis* ord. penit.)<sup>540</sup>.

Che qui non si tratti però, in realtà, di ipotesi di “incapacità speciale alla pena” (ma solo, come vedremo, di “legittimazione ad una pena comune a contenuto speciale”, concernendo quindi non l’ambito di validità “personale” della norma incriminatrice ma solo quello “materiale”) è plasticamente e definitivamente dimostrato dalla particolarità che questo “limite” al contenuto “ordinario” della pena detentiva e quindi alle sue comuni “modalità esecutive” non si traduce – come dovrebbe essere se concernesse la “validità personale” della norma incriminatrice sia pure con riferimento alla pena criminale – in una “causa di non punibilità”, ma, tutt’al contrario, in una “causa di inapplicabilità di benefici” (e quindi, in ultima analisi, in una causa di “*più severa punibilità*”).

#### 2.4. L’*“ambito di validità materiale” della norma incriminatrice*

a) La *“validità materiale esterna” con riferimento al “fatto di reato”*. La *“tassatività” nella “descrizione” del fatto*

Venendo infine all’*“ambito di validità materiale”* della “norma incriminatrice”, ossia al “contenuto” del “regolato” sia sul piano della “fattispecie di punibilità” che della “conseguenza sanzionatoria”, appare ancora una volta utile e quindi opportuno per una migliore comprensione dommatica e sistematica del fenomeno analizzarne separatamente il duplice profilo “esterno” e “interno” con riferimento sia al “fatto di reato” che alla “pena criminale”<sup>541</sup>.

Prendendo le mosse dal *“fatto di reato”*, dal punto di vista della “validità materiale esterna” della norma che lo prevede, occorre prendere in considerazione i *“caratteri”* che ne individuano la – eventuale – *sua “peculiarità”* nell’ambito dei “fatti giuridici” e in particolare dei “fatti illeciti”. Così, an-

<sup>540</sup> Allo stesso modo, il beneficio della “sospensione condizionale dell’esecuzione della pena” non può essere concesso, in sede di condanna e quindi di applicazione della pena in concreto, ai soggetti qualificabili come “pericolosi” o quando la durata della pena detentiva oggetto della condanna supera – almeno come regola – i due anni (arg. *ex* artt. 163 comma 1 e 164 c.p.).

<sup>541</sup> Concetti corrispondenti, anche se solo nella prospettiva del “fatto di reato” e non della intera “fattispecie di punibilità”, ai “vecchi” “precetto” e “sanzione”, i due aspetti “tradizionali” costitutivi della “norma incriminatrice” da intendere correttamente, sul piano della sua “struttura precettiva” – struttura imposta fra l’altro nel nostro diritto positivo a livello costituzionale dall’art. 27 comma 1 Cost. –, come “imperativo”: vedi retro note 114 e 369.

zitutto, il “fatto di reato”, in quanto “nucleo centrale” della “fattispecie di punibilità”, come si ricava inequivocabilmente dall’art. 25 comma 2 Cost. (in particolare se letto sistematicamente con il comma 3 dello stesso articolo)<sup>542</sup> – escluso, a monte, che possa basarsi su un accadimento dannoso direttamente cagionato da un animale o da una cosa, sia pure “normativamente” imputabile ad una persona, come avviene ad es. viceversa nella responsabilità civile<sup>543</sup> – può consistere *solo in un “comportamento umano”*, come si desume inequivocabilmente dalla stessa lettera dell’art. 25 comma 2 Cost. laddove parla di “fatto commesso” (*scil.*: da una persona fisica)<sup>544</sup>; e *mai* quindi in un “modo di essere” della persona (sia esso riferito al suo “carattere”)<sup>545</sup>

<sup>542</sup> Art. 25 comma 2 Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del *fatto commesso*»; art. 25 comma 3 Cost.: «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei *casi* previsti dalla legge». Da una attenta *lettura sistematica delle due disposizioni* si ricava che, se la Costituzione distingue il “fatto” dai, più generici, “casi” – così ripetendo letteralmente le formule rispettivamente già usate dagli artt. 1 e 199 c.p. –, ne discende che la “pena criminale” può validamente, e quindi legittimamente, seguire solo ad un “fatto commesso da una persona fisica” (attraverso, come è logico, un suo comportamento). Ciò significa allora, in ultima analisi, che, nel nostro ordinamento giuridico, la “validità materiale esterna” di qualunque norma incriminatrice è subordinata alla sua conformità ad un modello di diritto penale del “fatto” e non dell’“autore” (a differenza dell’impostazione “originale” e “pura” della Scuola Positiva). “Fatto” che, a sua volta, per essere penalmente rilevante come “reato” anche dal punto di vista costituzionale, non può consistere in una mera “manifestazione del pensiero” (arg. *ex* art. 21 Cost.), che comunque deve essere – logicamente – “esteriorizzata” per integrare un “comportamento umano” qualificabile come “atto giuridico” (vedi anche note 3 e 546). Onde, a mio avviso, i forti dubbi di costituzionalità che investono l’art. 604-*bis* c.p. in tema di “delitti contro l’uguaglianza” (specie laddove si fa riferimento alla “propaganda di idee” e alla semplice “istigazione” a commettere atti di discriminazione o l’“incitamento alla discriminazione”, posto che in tal modo si finisce per *punire le mere manifestazioni di “dissenso” politico-ideologico*, che sono di per sé sole comunque espressione di “idee”, anche se ritenute oggi dalla maggioranza dei cittadini e dalla quasi totalità delle attuali società – ossia dal c.d. *mainstream* basato sulla *politically correctness* – “aberranti”).

<sup>543</sup> Vale qui la pena di ricordare come l’idea che la pena criminale possa riconnettersi esclusivamente ad un “comportamento umano” (retro nota 3) sia il *risultato di una lunga evoluzione storica*. A questo proposito, occorre infatti ricordare le antiche visioni “animistiche” del diritto penale, alla base dei processi penali contro cose, e i processi penali contro animali e addirittura cadaveri (riferimenti storici in MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 523 ss.; vedi anche retro nota 515).

<sup>544</sup> Ciò, posto che l’uso del verbo “commettere” può, linguisticamente ancora prima che logicamente, riferirsi solo al comportamento di un essere umano. Il che trova altresì conferma nell’uso – sempre ad opera dell’art. 25 comma 2 Cost. e ribadito nell’art. 1 c.p. – del termine “nessuno”, non a caso grammaticalmente qualificato come “pronome *personale*”.

<sup>545</sup> “Carattere del reo” che, se *non* può costituire – da solo o anche insieme ad altri elementi – “fondamento” della pena criminale quale requisito *costitutivo* della “fattispecie” condi-

ovvero ad un suo *status* ossia, in particolare, ad una sua “condizione personale” di “pericolosità sociale”, nella prospettiva di un “diritto penale d’autore”) (c.d. principio di “materialità”)<sup>546</sup>; comportamento che deve essere, a sua volta, *proprio* dello stesso soggetto destinatario della sanzione e da lui anche concretamente “dominabile” (art. 27 comma 1 Cost.). Breve: si può legittimamente punire una persona – secondo una formula tralaticia da sempre ripetuta – per ciò che “fa” non per ciò che “è”. Il “fatto di reato” costituisce dunque la “materia” del “divieto” (di “fare” o di “non fare”)<sup>547</sup>,

zionante la “punibilità” di una persona fisica (onde la sicura illegittimità, alla luce del nostro assetto costituzionale, della teoria di origine tedesca della c.d. *Charaktersbuld*, sulla quale per alcune specifiche considerazioni critiche vedi GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 100 ss.), incide però, secondo il diritto positivo italiano, sulla “personalità criminale” dell’autore del reato, e quindi sulla “gravità” dell’illecito, anzitutto ai fini della commisurazione della pena in concreto: art. 133 comma 2 n. 1 c.p. In generale, per alcune acute considerazioni critiche sulla “personalità” dell’agente come fondamento “materiale” del giudizio di “colpevolezza” in quanto suo “sintomo” vedi GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, loc. ult. cit.

<sup>546</sup> Assolutamente inconsistente, almeno per il modo in cui è formulata, è l’idea – comunemente ripetuta in dottrina (non solo italiana) – che il principio di “materialità” del reato implicherebbe l’altro principio del *cogitationis poenam nemo patitur*. Parlare infatti di “divieto” di punire il semplice pensiero è, con ogni evidenza, inteso in senso strettamente letterale, una assurdità logica, posto che ciò che rimane esclusivamente nella sfera intellettuale o volitiva di un soggetto ma non si è in qualche modo manifestato “esteriormente” è per sua essenza – almeno finché verrà mantenuta la garanzia costituzionale della “dignità” dell’essere umano e quella processuale della “Libertà morale della persona nell’assunzione della prova” ex art. 188 c.p.p. (che ne costituisce specifica declinazione), con la conseguente proibizione dell’uso di strumenti come ad es. il *lie detector* – intrinsecamente “inconoscibile” da terzi. In realtà, a ben vedere, il principio *cogitationis poenam nemo patitur* può solo essere inteso logicamente nel senso che il pensiero potrebbe costituire “materia di divieto” *solo in quanto esteriormente “manifestato”* (con parole, scritti, ecc.). Ed è questo infatti il caso dei diversi reati di vilipendio, apologia, istigazione, ecc., ossia, in genere, dei c.d. “reati di opinione” (oggi non solo mantenuti nel codice penale Rocco ma addirittura numericamente incrementati in modo esponenziale dal legislatore “democratico” rispetto al periodo fascista: si pensi, fra l’altro, alla legge 25 giugno 1993, c.d. Legge Mancino, e all’art. 604-*bis* c.p.; oltre al c.d. progetto di legge Zan); dove, com’è evidente, il problema si trasferisce in quello della loro “compatibilità” con l’altro principio costituzionale della “libertà di manifestazione del pensiero” con qualunque mezzo di diffusione riconosciuto a *tutte indistintamente* le persone (art. 21 Cost.; principio ribadito, a livello di trattati internazionali, dagli artt. 9 CEDU, 18 Patto internazionale sui Diritti civili e politici e 10 Carta dei Diritti fondamentali UE). Vedi anche retro nota 542. Sulla incompatibilità tra il diritto fondamentale di libertà di manifestazione del pensiero e il c.d. “politicamente corretto” vedi cap. V, 7 e 9, e nota 949.

<sup>547</sup> Com’è noto, infatti, un qualunque “fatto di reato” si sviluppa necessariamente da un “comportamento umano”: retro cap. I, 1. Nel senso che il “fatto di reato”, o più precisamente il “comportamento” previsto dalla norma incriminatrice, costituisca la “materia del

rappresentando la “qualifica normativa” del “comportamento” che ne realizza la “violazione” e da cui si sviluppa l’illecito.

Inoltre, sempre nella prospettiva costituzionale, la “validità” della previsione (da parte di un atto normativo statale con valore di legge) di qualunque “fatto di reato” è anzitutto ancorata al presupposto della sua “descrizione” da parte del legislatore, non solo in via “generale” e “astratta” (come dovrebbe essere, strutturalmente, per *tutte* indistintamente le norme giuridiche)<sup>548</sup>, *ma anche secondo una precisa “tecnica legislativa”,* quella che ne impone la formulazione in termini *chiari e precisi* (= determinati) ossia in forma “tassativa” (c.d. “*principio di tassatività*”, come si argomenta inequivocabilmente, nell’ordinamento italiano, dal combinato disposto degli artt. 13 comma 2 Cost., 1 c.p. e 14 preleggi)<sup>549</sup>. “Tassatività” nella descrizione del

---

divieto” vedi WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 49-51.

<sup>548</sup> Mi sembra che, almeno in materia penale-criminale, dato il bene fondamentale su cui incide la pena criminale, *non siano legittimamente ammissibili le c.d. leggi “provvedimento”* (a favore, viceversa, Mantovani: retro nota 358), data la inevitabile violazione non solo del principio costituzionale di “uguaglianza” che ciò comporterebbe (data la intrinseca natura “generale” e “astratta” di qualunque “norma”: nota 174), *ma anche della “ratio” della “riserva assoluta di legge”* la quale, se comporta l’inammissibilità di qualunque contributo da parte di “norme” di fonte regolamentare, *a fortiori* deve determinare l’assoluta inammissibilità in materia penale di “provvedimenti” singolari e concreti, solo ammantati dalla “forma” legislativa per dare loro particolare “durezza” sottoponendoli quindi alla relativa disciplina” (TRAPANI, voce *Legge penale*. I) *Fonti*, cit., p. 3).

<sup>549</sup> Art. 13 comma 2 Cost.: «Non è ammessa ... qualsiasi ... restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e *nei soli casi* e modi previsti dalla legge»; art. 1 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* previsto come reato dalla legge»; art. 14 preleggi: «Le leggi penali ... non si applicano *oltre i casi* e i tempi in esse considerati». In particolare, quest’ultima disposizione – a differenza di quanto ancora ritiene la dottrina dominante – non vieta solo il ricorso all’analogia, *ma anche l’interpretazione “estensiva”* (retro nota 323). Una conferma di ciò sul piano storico si può trovare in una lettura sistematica dell’abrogato art. 13 preleggi che, per escludere in via di eccezione l’applicazione analogica delle “norme corporative”, utilizzava una formula *esattamente uguale e contraria* a quella dell’art. 12 comma 2 preleggi: «Le norme corporative non possono essere applicate a casi simili o a materie analoghe a quelli da esse contemplati»; dal che si deve sistematicamente desumere che l’art. 14 preleggi si riferisca *anche a qualcosa di più e di diverso* rispetto all’analogia, ossia al divieto di interpretazione “estensiva” delle leggi penali ed eccezionali; con la conseguenza che le “norme incriminatrici” si possono *legittimamente* – e quindi “validamente” – ricavare solo da un’interpretazione delle relative “disposizioni” strettamente legata alla lettera della legge, la *strict interpretation* degli anglosassoni, riferita proprio alle norme penali, *in quanto norme “eccezionali” rispetto alla “regola”* – anche costituzionalmente sancita dall’art. 13 Cost. – *della “libertà personale”*. Il che spiega e giustifica allora anche perché, nello stabilire il divieto di “interpretazione estensiva” (e, *a fortiori*, di analogia), l’art. 14 preleggi abbia accostato nella stessa disposizione le leggi “penali” e quelle “eccezionali”, dal momento che *anche* le norme incriminatrici, per la “specie” di

reato che permette correttamente di affermare che l'illecito penale, a differenza dell'illecito civile, si presenta – almeno tendenzialmente – non come semplice “illecito di lesione” ma, più specificamente, come “*illecito di modalità di lesione*”<sup>550</sup>.

sanzione punitiva che la caratterizza, costituiscono appunto, come detto, “eccezione” alla “regola” della libertà personale. Principio di “tassatività” degli illeciti penali, inoltre, da non confondere con quello di “tipicità”, ossia di “fattispecie” (generale e astratta): retro nota 428.

<sup>550</sup> Spesso si continua a ripetere che la differenza fondamentale tra “illecito penale” e “illecito civile” *sul piano del diritto positivo* (ossia di quanto si ricava da una corretta lettura “sistemica” delle norme dell’intero ordinamento) starebbe nella circostanza che, mentre l’illecito civile è un illecito di semplice “lesione”, l’illecito penale sarebbe, al contrario, un illecito di “modalità di lesione” (così, in particolare, vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 201-203 e BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 50).

Questa fortunata formula, pur sostanzialmente corretta almeno in linea tendenziale, va tuttavia attentamente analizzata, specie se vuole esprimere una distinzione non *de iure condendo* (e quindi di “politica criminale”), ma già ricavabile alla stregua di una attenta analisi del diritto positivo.

Anzitutto, vista l’ambiguità con cui il termine “lesione” viene usato, dobbiamo anzitutto domandarci se in questa sede quando si parla di “lesione”, ossia di “offesa”, si fa riferimento alla sua accezione “ontologico-naturalistica”, o anche di “valore” ma “pregiuridico”, ovvero al suo significato “normativo”. Ora, siccome con riferimento all’illecito penale si parla di “modalità” di “lesione”, dal momento che il concetto di “interesse” *giuridicamente protetto in quanto “normativamente” rilevante* (la cui “offesa” è da intendere come sinonimo di quel “danno sociale”, di cui parlava anzitutto BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 5 e 83) si ricava dall’insieme di tutti gli elementi che compongono un “fatto” costitutivo di illecito, in particolare penale, in una parola dall’*insieme di tutti gli “elementi” che ne condizionano la “giuridicità”*, e quindi anche, necessariamente, dalle “modalità” di “aggressione” ad un certo “bene/valore” (*pregiuridico*), ne consegue logicamente che la formula *illecito di “modalità di lesione”* non può allora riferirsi ad altro che ad una “lesione” come sinonimo di “danno materiale” ad un “bene/interesse” *prima* della sua valutazione giuridica (= bene “prenormativo”). E mi sembra questo in fondo il senso in cui il concetto di “bene giuridico” è inteso dai sostenitori della tripartizione o quadripartizione (anche come “limite all’incriminazione”). Ciò anche perché, come già ripetutamente detto (retro note 162 e 209; vedi anche infra cap. IV, 2 lett. c) e note 789 e 811), intendendo viceversa il “bene-interesse” come “oggetto di tutela” dal punto di vista normativo-giuridico, e quindi come *ratio* politico-criminale della singola incriminazione, la sua “offesa” non può consistere in altro che nella sua “lesione” effettiva (*mai* nella sua semplice “messa in pericolo”).

Anche così intesa la formula, non è tuttavia comunque esatto distinguere lungo questa linea l’illecito “penale” dall’illecito “civile”. Ciò sarebbe corretto, dal punto di vista di una attenta analisi del diritto positivo, solo se l’unica fattispecie di “illecito civile” prevista dal nostro ordinamento fosse quella dell’art. 2043 c.c., disposizione nella quale si fa solo un generico riferimento ad un “danno ingiusto” nella sfera giuridica di altri, *in qualunque modo cagionato* dal suo autore («Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto ...»). Ma il diritto positivo italiano conosce *altre*, e numerose, fattispecie di “illecito civile” che sono caratterizzate, dal punto di vista *strutturale*, dall’individuazione di *specifiche “modalità” di causazione del “danno ingiusto”*; fattispecie che già si trovano nello stesso codice

civile *dopo* l'art. 2043, come quelle previste dagli artt. 2047, 2048 e 2050. Alle quali si aggiungono le numerose fattispecie di illecito (meglio: di "responsabilità") civile previste in leggi speciali, fattispecie sempre in aumento, che finiscono oggi sempre più col "*tipizzare*" in modo "tassativo" (come nell'illecito penale) le ipotesi di responsabilità civile (ad imitazione, si potrebbe forse dire, del sistema adottato dal § 823 BGB tedesco. Anche se nel § 823 BGB, a volere essere precisi, la "tassatività", più che alle "modalità di aggressione", si riferisce solo alla "tipologia" dei "beni" la cui lesione dà luogo all'illecito civile). Per cui oggi si può tranquillamente pervenire alla conclusione secondo cui la fattispecie di illecito civile prevista dall'art. 2043 c.c. finisce solo per costituire l'ipotesi normativa strutturalmente "generale" della responsabilità civile rispetto a tutte le altre *specificamente* previste, finendo pertanto per svolgere una funzione meramente "residuale" in quanto prevista da una "clausola generale" di responsabilità.

Di più. Molto spesso i civilisti non considerano che una delle principali – a mio avviso – "fonti" di fattispecie di responsabilità civile è quella costituita dalle due ipotesi rispettivamente previste dai commi 1 e 2 dell'art. 185 c.p. Ora, a parte il ruolo a mio avviso fondamentale svolto da questa disposizione per stabilire, una volta per tutte, la "natura" come "sanzioni civili", *dal punto di vista formale*, delle "restituzioni" e del "risarcimento del danno" (sia patrimoniale che non patrimoniale), qui, trattandosi di responsabilità civile "da reato", essendo qualunque reato (salvo forse i delitti di attentato, laddove non si ritengano riferibili anche a questi tipi di illeciti penali gli stessi elementi strutturali del fatto oggettivo del tentativo: idoneità e univocità; ma vedi quanto dico dopo), per sua natura normativa, necessariamente descritto in termini "tassativi", ne consegue allora logicamente che, in queste ipotesi di responsabilità civile, siamo necessariamente – alla stregua della distinzione che qui ci occupa – in presenza di illeciti "civili", *ma di "modalità di lesione"*, essendo appunto elemento appartenente alla *struttura* di queste fattispecie di responsabilità civile un *fatto di "reato"*. E ciò anche senza contare come, esistendo, oltre che reati dolosi e colposi anche delitti "preterintenzionali", i criteri soggettivi di imputazione del fatto dannoso sono più numerosi di quelli dell'art. 2043 (GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 63 ss.). A quanto detto si aggiungano ora i casi in cui, in seguito alla "depenalizzazione" di un certo fatto di reato e alla sua trasformazione in "illecito civile", senza alcuna modifica in ordine alla sua "struttura", accanto alle sanzioni delle restituzioni e del risarcimento del danno, si prevede *in aggiunta* anche il pagamento di una "*sanzione pecuniaria civile*" (= sanzione punitiva civile). Si consideri ad es. l'attuale disciplina dell'ingiuria e del danneggiamento "semplice" (vedi note 355 e 873).

A sua volta, sempre alla luce della distinzione illecito di "lesione" e di "modalità di lesione", non è neppure corretto dire, al contrario, che l'illecito penale sarebbe sempre un illecito di "modalità di lesione", intendendo la lesione come "danno effettivo" ad un bene, anche se in una ottica "pregiuridica". Così, anzitutto, non sarebbero di "lesione", per definizione, i reati strutturati sul semplice "pericolo" di un evento "lesivo" (dal punto di vista "naturalistico"). Anche se, dal punto di vista "giuridico" (= della valutazione "normativa"), anche il semplice "pericolo" di un risultato dannoso costituisce comunque *uno degli elementi* integrativi della "lesione" dell'"interesse" tutelato dalla norma incriminatrice (infra nota 811). Di più però assolutamente *incompatibili*, strutturalmente, con una definizione *normativa* dell'illecito penale necessariamente come illecito di "modalità di lesione" si presentano anzitutto i reati di evento naturalistico "*a forma libera*", detti anche "*causalmente orientati*", che, nella previsione del fatto tipico, per definizione, non descrivono – come si dice – "per note interne" le "modalità della condotta" attraverso cui si perviene alla causazione

dell'evento (come ad es., per tutti, l'omicidio e le lesioni); ma, soprattutto, i *delitti di "attentato"*, in quanto illeciti che, sempre per definizione, non solo sono reati di mera condotta "a forma libera", ma – in quanto ipotesi di estrema "anticipazione della tutela" – *prescindono* persino, nella descrizione del fatto tipico, da un evento naturale di danno, con la conseguenza di essere allora strutturati su un momento, non di effettiva "causazione" di un danno-evento, ma di sua *mera "causabilità"*, evidenziata dai due requisiti oggettivi della "idoneità" e della "univocità" (la cui presenza consente di mantenere questa "tipologia" di illeciti penali all'interno del perimetro della legittimità costituzionale con riferimento al requisito della necessaria "offensività": GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 304 e ID., *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 92; anche laddove ritiene che questi due requisiti debbano sistematicamente valere non solo per il tentativo e per i delitti di attentato, ma anche in generale per tutte le fattispecie di reati di evento "causalmente orientate").

Quanto poi agli illeciti amministrativi, la loro *almeno tendenziale identità di struttura* con gli illeciti penali (sempre secondo una corretta analisi del diritto positivo vigente) si ricava anzitutto dalla circostanza che, almeno per quanto riguarda gli illeciti penali *meno gravi*, ossia le *contravvenzioni*, la loro identità strutturale si ricava, non solo alla stregua dell'art. 42 comma 4 c.p. («Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa») e dall'art. 3 comma 1 legge n. 689/1981 («Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa»), ma anche dalla circostanza che gli *stessi fatti di "illecito"* trapassano da un settore all'altro dell'ordinamento attraverso i meccanismi, rispettivamente, della *depenalizzazione* e della *criminalizzazione*, inducendo addirittura una parte autorevole della dottrina (M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna, Il Mulino, 1995, *passim*, spec. p. 143 ss.) a parlare di un *unico modello, "generale", di illecito di "diritto pubblico"*, che si "specializza" nei due "modelli" dell'illecito "penale" e dell'illecito "amministrativo" (cioè, almeno, con riferimento all'illecito amministrativo "generico", ossia quello previsto – non a caso – dalla legge c.d. di "depenalizzazione" del 1981, ma non a quella forma "specificata" costituita dall'illecito "disciplinare": art. 12 legge n. 689/1981; e senza contare quell'altro modello di illecito amministrativo "speciale", anche e soprattutto dal punto di vista della "disciplina", costituito dall'illecito amministrativo tributario: infra nota 857). "Vicinanza", stretta, tra questi due modelli di illeciti c.d. di "diritto pubblico" ribadita anche dalla regola dell'art. 9 legge n. 689/1981, secondo cui, in caso di relazione strutturale di "specialità" tra essi (ma solo se entrambi di fonte "statale"), *prevale sempre la fattispecie costitutiva dell'illecito "speciale"*; disciplina che sarebbe incomprensibile (dato il possibile "assorbimento" del "disvalore" del reato in quello dell'illecito amministrativo e quindi della sanzione penale, anche detentiva, in quella amministrativa pecuniaria), se non riconoscendo una (almeno) *tendenziale identità* non solo di "struttura" *ma anche di "funzione"* tra queste due specie di illeciti.

Concludendo, la formula di "illecito di modalità di lesione" con riferimento al reato, e intendendo – correttamente – il termine "lesione" come sinonimo di "offesa all'interesse penalmente tutelato", potrebbe di per sé essere considerata corretta solo ricordando come, se, per la individuazione dell'offesa che costituisce contenuto sostanziale dell'illecito penale, occorre fare riferimento a *tutti indistintamente* gli elementi oggettivi e soggettivi di cui si compone il reato, tutti questi requisiti debbono allora logicamente essere visti come "*modalità" necessarie* per la realizzazione dell'offesa e che quindi ne costituiscono la struttura "interna" (ed è questo il significato che Gallo dà all'espressione "illecito di modalità di lesione"). Al contrario, *non* si può ritenere corretta la stessa espressione se utilizzata per indicare la lesione ad un bene come ulteriore *elemento costitutivo* del fatto di reato, visto allora

b) (segue) *La “conoscibilità” del “disvalore penale” del fatto*

Altra caratteristica che contraddistingue la validità “materiale esterna”<sup>551</sup> della norma incriminatrice è la necessaria – almeno – “conoscibilità” della “legge penale”, da intendere come “possibilità di conoscenza del disvalore penale del fatto” (in una parola: della sua “proibizione” secondo il diritto penale). Carattere, questo, peculiare di qualunque “norma incriminatrice” nella prospettiva del “fatto di reato”<sup>552</sup> la cui esistenza si “presume”, sempre che detta presunzione non venga “superata” dalla “ignoranza inevitabile” di violare col proprio comportamento la norma incriminatrice secondo quanto stabilito dall’art. 5 c.p. (dopo la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale del 1988); ignoranza inevitabile del “divieto penale” che, in quanto elemento “negativo-impeditivo” della “conoscenza-conoscibilità” del divieto, funziona dunque da “causa di non punibilità” per l’autore di

---

come requisito dell’elemento oggettivo che *si aggiunge* agli altri requisiti del fatto materiale, fra i quali particolare rilevanza va data alle “modalità” della condotta attraverso cui si realizza l’illecito (laddove specificamente previste dalla norma incriminatrice: si pensi, in questa prospettiva, ai reati contro il patrimonio, in cui l’offesa al patrimonio, requisito del fatto oggettivo, acquista una rilevanza diversa a seconda della modalità – violenza alla persona, minaccia, inganno, clandestinità, ecc. – con cui la sua lesione viene oggettivamente realizzata. Attribuiscono esplicitamente questo significato alla lesione di un bene e, conseguentemente, al reato come illecito di modalità di lesione MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 240 e 276 ss.).

<sup>551</sup> L’*error iuris* non può anzitutto attenersi all’“ambito di validità personale” della norma incriminatrice (sia pure distinguendo il profilo della “capacità” rispetto al “fatto” da quello della “capacità” rispetto alla “pena criminale”). Ciò perché il parametro alla cui stregua valutare l’*error iuris* è, per definizione, “impersonale”: infra in questo stesso paragrafo. La rilevanza dell’*error iuris* non concerne poi neppure l’ambito di validità materiale della norma incriminatrice sotto il profilo particolare della “dimensione personale” del “fatto di reato”, posto che questa concerne solo la “qualifica personale” dei soggetti “legittimati” al singolo “fatto di reato” – attivamente ma anche passivamente: vedi infra cap. III, 2.4 lett. e) e f) – e quindi la *specifica* “destinarietà” delle situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) per ciascun tipo di illecito penale, appartenendo conseguentemente, sul piano sistematico, sì all’ambito di validità materiale della norma incriminatrice, ma “interno”, in quanto riferito a *ciascun* “tipo di reato” e *non, genericamente, a tutti gli illeciti penali* (a differenza dell’*error iuris*).

<sup>552</sup> L’*error iuris* non può poi neppure attenersi all’ambito materiale di validità sia pure esterna ma concernente la “pena”, posto che oggetto dell’errore che qui ci interessa è solo, specificamente, la “qualificazione penale” del fatto, ossia la sua “antigiuridicità penale”. Si ricordi, a questo proposito, come anche la dottrina tedesca distingue nettamente l’“errore sul precetto”, rilevante nei limiti del § 17 StGB, e l’“errore sulla punibilità”, assolutamente irrilevante: per tutti, vedi ad es. ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 588-589. Conclusione che, riferendo l’errore di diritto al “fatto di reato” e non alla “pena criminale”, permette altresì di riconoscere la rilevanza di detto errore anche con riferimento a tutte le altre fattispecie di responsabilità “da reato” diverse da quella di “punibilità”.

un qualunque “fatto di reato”.

Nonostante l'art. 5 c.p. sia l'*unica* disposizione contenuta nella parte generale del codice penale ad utilizzare il termine “scusa”, si deve tuttavia risolutamente escludere che questa “causa di non punibilità” sia riconducibile alla categoria dommatica delle “scusanti” (anche a volerne, in generale, teoricamente ammettere l'esistenza<sup>553</sup> come situazioni la cui presenza escluderebbe, almeno seguendo la sistematica dei c.d. tripartiti, il requisito dell'“esigibilità” di un comportamento diverso quale elemento costitutivo della c.d. “colpevolezza normativa”<sup>554</sup>).

Anzitutto occorre infatti evidenziare come, se l'ignoranza sulla stessa “esistenza” della norma incriminatrice o – come è più normale che avvenga di regola – l'errore sulla esatta “portata” del “divieto” penalmente sanzionato<sup>555</sup> hanno ad “oggetto” non il “fatto costitutivo di reato” *ma preliminarmente la “qualifica normativa” di un certo “fatto” come “reato”*, ne consegue che questa ignoranza o questo errore sul precetto penale *non possono essere ricondotti fra gli “elementi costitutivi-essenziali” dello stesso “fatto di reato”*, dal momento che la “parte” (che qui sarebbe costituita dall'errore/ignoranza sulla norma incriminatrice) non può *logicamente* avere ad oggetto il “tutto” (nel nostro caso il “fatto di reato”). In altre parole, se l'ignoranza-errore sulla norma incriminatrice ha ad “oggetto” non il “fatto di reato”, restrittivamente in-

<sup>553</sup> Il che non mi sembra possibile almeno alla stregua del diritto positivo italiano vigente: vedi retro cap. I, 1 e 10 n. 1c.

<sup>554</sup> Retro cap. I, 1 e 3.

<sup>555</sup> “Errore” che, in quanto falsa rappresentazione della “realtà” (qui: “*normativa*”), si traduce sempre logicamente in “ignoranza”, ossia come “mancata conoscenza” corretta di questa stessa “realtà” (“ignoranza” da vedere allora come “altra faccia” dell’“errore”); donde la correttezza, fra l'altro, della formula usata dall'art. 47 c.p. che, a proposito dell’“errore sul fatto di reato”, non fa alcun riferimento – come qualcuno ha viceversa inopinatamente auspicato *de iure condendo* – anche allo stato psicologico della “ignoranza” (se infatti un soggetto ha una *falsa rappresentazione della realtà*, ad es. un cacciatore crede che dietro la siepe ci sia un animale e spara, ne discende inevitabilmente, come logica conseguenza, che *ignora la realtà* stessa, ossia che dietro la siepe c'è viceversa un uomo). Ciò significa, in ultima analisi, che, se lo stato psicologico di errore (sulla realtà, fattuale o normativa non importa) comporta sempre logicamente l'ignoranza (della realtà), lo stato psicologico di ignoranza può viceversa *prescindere* dall'errore, almeno come “giudizio esplicito”: si pensi alla c.d. “*ignoranza pura*” (FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, Tipografia Editrice di Roma, 1933, pp. 42-47 e 54-57; volendo anche TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 134-135) che consiste nello stato psicologico del “*dubbio*”, ossia nella rappresentazione “positiva” – e corretta – di qualcosa sia pure in termini di mera “possibilità”, dubbio che, rimanendo “al di qua” dell'errore, sta – con riferimento al “fatto di reato” – alla base di quella forma estrema di dolo costituita dal c.d. “dolo eventuale” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 466-468).

teso come mero “fatto materiale-oggettivo”, ma la “qualificazione giuridica” di un certo “fatto”, *al completo* dei suoi requisiti oggettivi e *soggettivi*, come “reato”, ne discende logicamente che questa ignoranza-errore non può a sua volta rientrare fra gli elementi costitutivi dello stesso fatto di reato (in particolare, del suo elemento soggettivo-psicologico), rappresentando dunque, dal punto di vista “sistemico”, un requisito *necessariamente “estraneo”* rispetto alla sua “struttura”. Appare dunque *sistematicamente corretta* anche la collocazione della disposizione dell’art. 5 nel Titolo I del Libro I del Codice penale, dedicato alla “Legge penale”, dal momento che l’*“ignoranza inevitabile della legge penale”* attiene alla (teoria della) *“validità della norma incriminatrice”* e non alla (teoria della) “struttura” del “fatto di reato” (cui è dedicato viceversa il Titolo III del Libro I del Codice penale, che fra l’altro disciplina, a sua volta, l’errore “sul fatto di reato”: art. 47 c.p.).

In secondo luogo, scendendo più in particolare nell’analisi del significato da attribuire al concetto di “inevitabilità” dell’ignoranza-errore, contrariamente a quanto potrebbe sembrare a prima vista, il “parametro” alla cui stregua valutare la c.d. “scusabilità” dell’ignoranza-errore sul “divieto” è *solo apparentemente* un parametro squisitamente *“soggettivo-personale”*, almeno nello stesso senso in cui si deve intendere, ad es., quello dell’*homo eiusdem professionis et conditionis* quale “agente-modello” utilizzato anzitutto a proposito del “criterio soggettivo di imputazione” del “fatto di reato” costituito dalla “colpa”<sup>556</sup>. Nonostante infatti i concetti di “errore” e di “ignoranza” evocano immediatamente un momento di (almeno possibile) “imputazione soggettiva” di un “fatto di reato” al suo autore, al fine dell’affermazione di una sua responsabilità “personale” – da un lato, escludendo il “dolo” del fatto, dall’altro, potendo costituire la base di una sua imputazione per “colpa” (arg. *ex* art. 47 comma 1 e 3 e art. 59 comma 4 c.p.) –, posto che qui non ci si riferisce, per definizione, alla imputazione di un “fatto di reato” nella *concreta “dinamica”* della sua realizzazione ad opera di un determinato autore e quindi nella concretezza di quella particolare “vicenda storica”, *ma solo alla sua “valutazione normativa-giuridica”* per sua “natura” *necessariamente “astratta”*, effettuata una volta per tutte *a priori* da parte dell’ordinamento, ne consegue che l’“inevitabilità” di detto errore-ignoranza, in quanto concetto “ipotetico-normativo”, *va sempre considerata alla stregua di un “parametro” necessariamente – ed esclusivamente – “oggettivo”*.

<sup>556</sup> Ma anche cui fare riferimento per valutare la “imprevedibilità” e/o l’“inevitabilità” di qualunque fatto di reato *ex* art. 45 c.p. ai fini del giudizio sulla sua “dominabilità” in concreto, funzionale al rispetto del principio costituzionale di “personalità” di (qualunque tipo di) “responsabilità penale” (art. 27 comma 1 Cost.). Sul punto vedi *amplius* retro nota 78.

“Inevitabilità” dell’ignoranza della legge penale dunque che può anzitutto derivare da una “*impossibilità assoluta*” di “*conoscenza*” della norma incriminatrice *da parte di qualunque “soggetto di diritto”* (laddove ad es. l’ignoranza della legge derivi da una “impossibilità materiale” da parte di chiunque di prendere conoscenza della Gazzetta Ufficiale o del suo effettivo contenuto per errore di stampa<sup>557</sup> o per assoluto difetto di “tassatività” nella descrizione del fatto di reato<sup>558</sup>). Ma l’inevitabilità dell’ignoranza-errore può anche

<sup>557</sup> Era questo uno degli esempi paradigmatici utilizzati dalla dottrina (vedi MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 28-30 e nota 15, sulla base di un “obbligo di conoscenza” da parte dei cittadini, che dunque presuppone logicamente la *possibilità* del suo adempimento), prima della sentenza “additiva” della Corte costituzionale n. 364 del 1988, per cercare di “superare”, almeno nei casi estremi, la rigidità del principio “assoluto” della *ignorantia legis non excusat*. Nello stesso tentativo di “contenimento” dell’assolutezza del principio dell’*ignorantia legis non excusat*, per i reati meno gravi, ossia le “contravvenzioni”, parte della dottrina ricorreva viceversa al criterio della c.d. “buona fede”; criterio che, probabilmente, trovava almeno una delle sue ragion d’essere nella circostanza che, storicamente, le contravvenzioni costituiscono da sempre la “linea di confine” con gli illeciti amministrativi (sul significato che ciò assume ai fini della stessa ricostruzione di un “sistema penale integrale e integrato” vedi infra cap. V, 2), relativamente ai quali viceversa il principio dell’inescusabilità dell’ignoranza della legge rimane “assoluto”.

<sup>558</sup> Sulla stretta interrelazione e interdipendenza, che di regola si traduce in condizionalità logica, tra “mancanza di tassatività” nella descrizione del fatto di reato e “ignoranza inevitabile” della norma incriminatrice che lo prevede vedi infra in questo paragrafo. A questo proposito si veda anche la sentenza della Corte costituzionale 8 giugno 1981 n. 96 sulla illegittimità del delitto di “plagio” (anche se, a ben vedere, la invalidità dell’art. 603 c.p., pur essendo stata *formalmente* dichiarata per violazione del principio costituzionale di “tassatività”, in realtà si basava su un altro principio, la cui *autonomia* non è stata ancora sufficientemente evidenziata dalla dottrina penalistica – forse perché attinente al momento dell’accertamento processuale –, della “*verificabilità*” in concreto del “fatto di reato” per come descritto dal legislatore, anche se *apparentemente* in modo tassativo; come avvenuto nel “caso Braibanti” che ha dato origine alla declatoria di incostituzionalità di cui sopra. L’art. 603 c.p. disponeva infatti che, «Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito ...»). In questa stessa logica di “garanzia” della “certezza-sicurezza” nei rapporti giuridici, si pensi anche, nell’ordinamento giuridico nord-americano, in generale all’istituto del “*prospective overruling*” e, con specifico riferimento al diritto penale, alla “*defence*” della ignoranza inevitabile: quando cioè il giudice penale vuole dare un’interpretazione più severa di quella “cristallizzata” nei precedenti giudiziari al momento della realizzazione del fatto, individua, affermandolo formalmente, il nuovo principio di diritto, che viene applicato retroattivamente anche nel giudizio in corso, ma pervenendo comunque in concreto all’assoluzione dell’imputato utilizzando la *defence* del *mistake of law* (“errore di diritto”, oltretutto “presunto” nello stesso cambio giurisprudenziale: vedi E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un’antinomia?*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 141 ss., in particolare pp. 141-143). Allo stesso risultato della non punibilità dell’imputato si arriva viceversa in Inghilterra attraverso il ricorso all’istituto del *absolute discharge*, con cui il giudice, nonostante la formale affermazione di responsabilità

derivare da una “*impossibilità relativa*” di “*conoscenza*”, che si sostanzia nella “*manca*za” di quella “*culpa iuris*” implicitamente richiesta e quindi “*presunta*” dall’art. 5 c.p. come requisito necessario per la punibilità dell’autore di *qualsiasi* fatto di reato (inevitabilità dell’*ignorantia legis* identificata appunto non a caso dalla dottrina in quella “*senza colpa*” o anche, almeno per i tripartiti, *tout court* “*incolpevole*” in quanto “*scusabile*” per “*inesigibilità*” della conoscenza della norma incriminatrice e pertanto “*non rimproverabile*” all’autore del fatto).

*Culpa iuris* che tuttavia, avendo ad “*oggetto*” la “*norma*” e non il “*fatto*” (concretamente realizzato), non può utilizzare come parametro – comunque pur sempre “*oggettivo*”<sup>559</sup> – quello dell’uomo medio *eiusdem professionis et condicionis*, quale “*modello di agente*” da considerare il più vicino possibile, e quindi sostanzialmente “*analogo*”, alla concretezza dell’autore del fatto storico (onde permettere appunto un’“*imputazione*” del “*fatto di reato*” *normativamente qualificabile* come non solo “*soggettiva*” ma anche “*personale*” in quanto avente ad oggetto un fatto *concretamente “dominabile”* dal suo autore). *Diversamente* dalla “*colpa per il fatto*”, il “*parametro oggettivo*” alla stregua del quale va valutata la “*inevitabilità*” dell’*ignorantia legis* è infatti costituito, ricorrendosi comunque a quegli “*schemi medi*” che dovrebbero sempre stare alla base di qualsiasi ragionamento giuridico, da un “*uomo medio*” appartenente a quella certa società giuridicamente organizzata a Stato in quel determinato momento storico e calato in un determinato contesto culturale<sup>560</sup>, che possiede quel patrimonio “*minimo*” di “*conoscenze*

---

dell’imputato, si astiene dall’applicare in concreto la pena (purché la assoluta e immediata non punizione sia nell’interesse dell’accusato e non sia contraria all’interesse pubblico).

<sup>559</sup> Sulla logicamente necessaria “*oggettività*” del “*parametro*” alla stregua del quale accertare nella colpa la prevedibilità ed evitabilità del fatto concretamente realizzato, e quindi sulla integrale “*normatività*” di questo criterio di imputazione “*soggettivo*”, vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 489 ss. e infra nota 563.

<sup>560</sup> Non è fuori luogo, a questo proposito, ricordare la teoria delle *Kulturnormen* elaborata nel 1903 da Max Ernst Mayer (MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, cit., *passim*), “*norme di cultura*” poste dall’Autore a fondamento “*sostanziale*” – addirittura “*etico*” – della previsione di tutte le ipotesi criminose, e quindi, indirettamente, della loro “*conoscibilità*”, teoria cui può avvicinarsi, in Italia, nel tentativo di pervenire ad una nozione “*sostanziale*” di “*reato*”, la teoria delle norme penali come espressione del c.d. “*minimo etico*” (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 31 e 38-39; nel senso che il reato, sostanzialmente, sia addirittura un fatto che offende *gravemente* l’ordine etico MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 189-193). La stretta interrelazione tra la “*conoscibilità*” della legge penale e le «*norme “extrapenali” di civiltà, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare*» è d’altronde evidenziata, non a caso, dalla stessa sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità proprio dell’art. 5 c.p. (Corte cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364).

giuridiche” che l’ordinamento può da lui, secondo una prospettiva “laica”, legittimamente pretendere<sup>561</sup>. Valutazione “oggettiva” e dunque “*impersonale*” sulla “conoscibilità” (della “esistenza” e/o “portata”) di una “norma incriminatrice” alla stregua di quel “modello di agente” che viene dunque logicamente “*prima*” e “*a prescindere*” dalla circostanza che un “fatto” corrispondente a quello descritto dalla norma incriminatrice sia stato *concretamente* realizzato da un certo soggetto (della cui “responsabilità” si tratta). In questa direzione sembra d’altronde muoversi anche la giurisprudenza europea della Corte EDU, quando individua come “requisito qualitativo” di riconoscimento dell’*esistenza* e della *efficacia* di qualsiasi norma penale la sua “prevedibilità” (oltre che la sua “accessibilità”), ossia, appunto, la sua “conoscibilità” esclusa dalla “ignoranza inevitabile”<sup>562</sup>.

Ciò significa allora che l’*error iuris* inevitabile, basandosi su un parametro di “riconoscibilità” *solo “normativo”*, e quindi “astratto”, ma – a differenza del parametro utilizzato nella “colpa per il fatto” quale “criterio *soggettivo-personale* di imputazione”<sup>563</sup> – *esclusivamente “oggettivo”* (che *prescinde* quindi

<sup>561</sup> Da *non confondere* con il requisito della “conoscibilità della norma incriminatrice” quello della “capacità di intendere”, che insieme alla “capacità di volere” l’art. 85 comma 2 c.p. pone come sostrato “naturalistico” – *almeno tendenzialmente* – della “imputabilità”. Infatti, mentre la “conoscibilità della norma incriminatrice” è un *concetto tipicamente ed esclusivamente “normativo”*, valutabile quindi, come detto, alla stregua di un “parametro oggettivo” logicamente “estraneo” e quindi “diverso” dall’agente concreto; la “capacità di intendere”, vista come la capacità di rendersi conto del significato sociale delle proprie azioni, pur potendo *apparentemente* interferire, *sia pure in modo solo parziale*, con la conoscibilità della norma incriminatrice (posto che nella capacità di intendere il “significato sociale” dei comportamenti posti in essere rientra anche – come aspetto specifico – il loro “significato giuridico”), *in quanto dato “naturalistico”* fa riferimento al *singolo concreto soggetto agente*, sulla base di quanto ci si può da lui ragionevolmente attendere *alla stregua della sue effettive conoscenze*. Con la conseguenza che, operando i due concetti su piani del tutto distinti, il requisito della “conoscibilità del disvalore penale” di un certo fatto, in quanto concetto esclusivamente “normativo” e quindi “oggettivo”, può logicamente essere preso in considerazione *anche con riferimento ai soggetti “non imputabili”* ai fini dell’eventuale integrazione della “fattispecie di responsabilità per le misure di sicurezza” (retro cap. I, 3 e infra nel testo).

<sup>562</sup> A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, *passim*, spec. p. 152 ss.

<sup>563</sup> Si noti tuttavia che *anche* l’elemento “soggettivo” (meglio: il criterio di “imputazione soggettiva”; si noti: “soggettiva”, non “psicologica”!) rappresentato dalla “colpa” (per il “fatto”), si basa su *parametri di “riconoscibilità” esclusivamente “normativi”* (non “soggettivo-psicologici”, riferibili al concreto autore del fatto: retro nota 68), e quindi “generalisti” (non “personali”!) e “astratti” (e quindi necessariamente “oggettivi”), quali la “rappresentabilità” e la “prevenibilità” del “fatto di reato” *concretamente* realizzato da parte di un “agente modello” *eiusdem professionis et conditionis*. Parametri quindi che, *non riferendosi ad un singolo “agente”*, considerato con riferimento a *tutte* le particolarità che lo caratterizzano *nella situazione con-*

dalle caratteristiche strettamente “personali” dell’agente concreto)<sup>564</sup>, vale nei confronti di *tutte le persone fisiche* e quindi, anzitutto, sia dei soggetti “*imputabili*” che di quelli “*non imputabili*”, escludendo la loro “responsabilità” sia per la pena sia per la (eventuale) misura di sicurezza. Il che comporta a sua volta, come ulteriore conseguenza logica, che l’ignoranza inevitabile della norma incriminatrice, operando *anche* a favore dei soggetti “non imputabili”, non può neppure essere considerata, come “scusante”, elemento “negativo” della “colpevolezza” (c.d. “normativa”), anche da parte di quei sostenitori della tripartizione che, sistematicamente, distinguono, all’interno della “fattispecie di punibilità”, la “colpevolezza” dall’“illecito”<sup>565</sup>, dal momento che l’*error iuris* inevitabile non è – *almeno nell’ordinamento italiano* – requisito condizionante l’inapplicabilità della pena *in via esclusiva*. Conclusione questa che consente altresì di dare all’art. 5 c.p. l’unica interpretazione compatibile col principio costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza<sup>566</sup>, in particolare alla stregua di quanto espressamente disposto dall’art. 3 comma 1 Cost. laddove afferma solennemente che «Tutti i cittadini ... sono uguali davanti alla legge, *senza distinzione ... di condizioni personali ...*».

Con la conseguenza allora che, in una “sistematica” del reato e della fattispecie di punibilità<sup>567</sup> rigidamente ancorata al diritto vigente, il requisito

---

*creta* (in cui commette il “fatto”), ben potrebbero allora valere, *direttamente*, per qualunque soggetto-persona fisica, “imputabile” *ma anche* “non imputabile” (vedi anche infra nota 569). Ciò, a prescindere, a sua volta, da qualunque considerazione si voglia viceversa fare sul “dolo” (elemento basato su requisiti *strettamente* “psicologici”, come la rappresentazione e la volontà, e quindi logicamente riferibili *solo ad un* “agente concreto”).

<sup>564</sup> Essendo questo “parametro oggettivo” comunque costituito da un “modello di agente” (= *homunculus*) avente quel bagaglio di “conoscenze giuridiche” che si può da lui pretendere secondo gli “schemi medi” propri del diritto, un problema potrebbe porsi, semmai, per coloro che, in concreto, abbiano *maggiori conoscenze* rispetto a questo parametro oggettivo. Mi sembra però che, diversamente da quanto si deve dire per la “colpa per il fatto” (dove si tratta di un problema di imputazione “soggettiva-personale” del concreto “fatto di reato” con riferimento al singolo agente concreto), qui, attenendo la *culpa iuris* alla “conoscibilità” della *astratta* “norma incriminatrice” *per qualunque soggetto*, non si possa operare una discriminazione “sfavorevole” per chi “più sa”, trattandosi appunto di un criterio esclusivamente “oggettivo”. In altri termini, non si vede perché, se non fosse possibile secondo la figura dell’agente-modello la conoscibilità del disvalore penale di un certo fatto previsto da una norma incriminatrice, ciò non dovrebbe valere per chiunque e quindi anche per il soggetto che ha, magari, nella situazione concreta una specifica conoscenza giuridica superiore; la valutazione va cioè operata alla stregua di quanto l’ordinamento può pretendere *in via* “generale” da tutti i “destinatari” della norma penale.

<sup>565</sup> Retro note 6 e 74.

<sup>566</sup> Retro capp. I, 3 e III, 2.4 lett. b.

<sup>567</sup> Vedi infra cap. IV, 1.

– implicito o, meglio, “presunto” – della “conoscibilità del disvalore penale del fatto” va collocato *prima* del requisito dell’“imputabilità”, *prescindendo totalmente dalla “capacità di intendere e di volere” del singolo concreto soggetto agente, capacità che costituisce (almeno tendenzialmente: art. 85 comma 2 c.p.) il “sostrato naturalistico” della “qualifica normativa” di “imputabilità”.* Ciò, nonostante quanto, almeno a prima vista, si potrebbe pensare in contrario, ritenendo cioè che nella “capacità di intendere” come “*capacità di rendersi conto del significato sociale dei propri comportamenti?*” dovrebbe essere logicamente *compresa* anche quella *dimensione specifica* del “significato sociale” costituito dalla capacità di rendersi conto del “*significato giuridico*” – in particolare “giuridico-penale” – dei propri atti. Che non sia così, si ricava infatti anche dalla considerazione che la “*capacità di intendere*” si riferisce, come dato “naturalistico”, sia pure meramente “potenziale”, al *singolo concreto soggetto agente*, mentre la “*culpa iuris*” – al pari della “colpa per il fatto”<sup>568</sup> – al parametro costituito da un “*agente modello*”, per sua natura logicamente “diverso” dall’*agente concreto in quanto necessariamente “oggettivo”,* facendosi quindi riferimento a ciò che ci si “potrebbe”, e quindi “dovrebbe”, attendere – nella prospettiva della “conoscibilità della norma incriminatrice” – da parte di un “*uomo medio*” che vive in un certo contesto sociale e culturale<sup>569</sup>.

<sup>568</sup> Vedi retro note 563 e 564.

<sup>569</sup> A questo proposito, occorre altresì evidenziare come, per quella dottrina che, muovendo da una concezione “psicologica” o anche “normativo-psicologica” del concetto di “colpevolezza”, ravvisano nella “imputabilità” il *presupposto* del dolo e della colpa (con la conseguenza che il soggetto “non imputabile” non potrebbe *normativamente* agire con dolo o con colpa, ma solo con un “quasi-dolo” e una “quasi-colpa”; vedi anche retro note 68, 77, 159), in realtà non considerano che questa affermazione potrebbe valere logicamente, al massimo, con riferimento al criterio soggettivo di imputazione del “dolo” in quanto fondato su processi psichici *effettivi*; nel senso che – come si dice – non potrebbe agire con una effettiva rappresentazione e volizione in concreto del fatto la *singola* persona fisica che non abbia, a monte, altresì la “capacità”, da intendere come “idoneità in astratto”, di intendere e di volere. In realtà, anche se così fosse – il che è però smentito dal diritto positivo italiano, che espressamente parla di “fatto di reato” al completo dei suoi elementi oggettivi e soggettivi senza distinguere tra “imputabili” e “non imputabili” (retro nota 21) –, a ben vedere, *la stessa argomentazione non potrebbe ripetersi per la “colpa”*: essendo infatti la colpa solo un “criterio soggettivo”, *ma non strutturalmente “psicologico”,* di imputazione del fatto di reato, fondato cioè su requisiti “psicologici” non effettivi *ma meramente “potenziali”* (ossia “ipotetici”) come la semplice “possibilità” di rappresentazione-volizione, sia logicamente necessario far riferimento, per l’individuazione del “parametro” alla cui stregua valutare la “prevedibilità” del fatto, *non all’agente concreto, ma ad un “modello di agente” – “oggettivo”,* anche se il più possibile *analogo* rispetto all’agente concreto – costituito dall’*homo eiusdem professionis et conditionis*; ne consegue che, trattandosi comunque di “parametro oggettivo”, il criterio di imputazione “soggettiva” della “colpa” potrebbe allora *di per sé* già *valere a prescindere dalla “qualità personale” del soggetto agente, se cioè “imputabile” o “non imputabile”* (anche retro

Dall'insieme di queste considerazioni, posto che, nell'ordinamento penale vigente, *non* è la dimostrazione della "conoscenza" o almeno della "conoscibilità" del "disvalore penale" del fatto a "fondare" la responsabilità penale-criminale, *ma, al contrario, la sua "ignoranza inevitabile" ad "escluderla"* (art. 5 c.p., dopo la declaratoria di parziale incostituzionalità), si deve allora ritenere che l'ignoranza inevitabile della legge penale quale "causa di non punibilità", valendo indistintamente per *tutti i fatti di reato* previsti dall'ordinamento *da qualunque soggetto-persona fisica commissibili*, deve considerarsi, propriamente dal punto di vista dommatico e sistematico, un "limite" (previsto in via autonoma) dell'"ambito di validità *materiale esterno*" della "norma incriminatrice" *con specifico riferimento al "fatto di reato"* (e quindi alla "fattispecie condizionante" la "punibilità"). Si deve viceversa *escludere* la sua riferibilità al *profilo della "pena criminale"*, dal momento che, come abbiamo visto, questo "limite normativo" vale *anche* per i soggetti "*non imputabili*" (ai quali, per definizione, è inapplicabile la pena)<sup>570</sup>.

Se dunque l'ignoranza della legge penale, a causa della "invalidità" della norma incriminatrice che determina dal punto di vista "materiale esterno", esclude l'"esistenza" di un "fatto" normativamente qualificabile come "reato", ne discende un'altra conseguenza, relevantissima sul piano della ricostruzione di un sistema penale integrale e integrato: che, oltre all'inapplicabilità sia delle pene che delle misure di sicurezza per la mancata integrazione delle rispettive fattispecie di responsabilità, l'ignoranza inevitabile della legge penale quale "limite" alla "validità" della norma incriminatrice nella prospettiva dell'"illecito penale" comporta *anche la mancata integrazione di tutte le altre "fattispecie di responsabilità" nelle quali la commissione di un "fatto di reato" (termine, nel linguaggio del legislatore penale del codice, equivalente a "reato" tout court) è elemento costitutivo*; e quindi *anche* la esclusione della "responsabilità amministrativa dell'ente da reato" e della "responsabilità civile da reato". Detto altrimenti, l'*error iuris* inevitabile come "limite esterno" della "validità materiale" della norma incriminatrice nella prospettiva dell'"illecito penale" opera *qualunque sia la "natura giuridica" della "norma" che prevede una "fattispecie condizionante di responsabilità", nella quale il "fatto di reato" costituisce elemento essenziale, e quindi necessario, anche se non sufficiente, per la*

---

nota 563). "Colpa" che dunque può *logicamente esistere a prescindere* dalla "capacità di intendere e di volere" dell'agente concreto (anche laddove si volesse collegare questa "capacità" all'elemento "psicologico" nel senso stretto del termine).

<sup>570</sup> Forse è anche utile, a questo proposito, ricordare come nella dottrina tedesca si distingue l'"errore sul precetto", e quindi sulla "proibizione", rilevante nei limiti del § 17 StGB, dall'"errore sulla punibilità", viceversa assolutamente irrilevante: vedi ad es. ROXIN, *Straf recht*, cit., pp. 588-589 (retro nota 552).

*produzione del correlativo effetto “sanzionatorio”*; a prescindere quindi dalla circostanza che la “norma” sia quella che individua la fattispecie di responsabilità per la “pena” (ossia la “norma incriminatrice”), o la fattispecie di responsabilità per la “misura di sicurezza” o la fattispecie di responsabilità amministrativa dell’ente da reato o infine quella che individua le fattispecie di responsabilità “civile” da reato (per le restituzioni e il risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale). Se così non fosse, prendendo come esempio la responsabilità civile *ex art. 185 comma 2 c.p.*, se elemento costitutivo della corrispondente fattispecie di responsabilità è un “reato” sarebbe *illogico* ritenere che possa rispondere per “danno”, appunto, “*da reato*” chi ha commesso il fatto non potendosi neppure rappresentare la sua qualifica di reato per ignoranza inevitabile della legge penale: derivando infatti questa ipotesi di responsabilità civile pur sempre da un fatto già *normativamente qualificato* come “reato”, sarebbe illogico far discendere questo tipo di responsabilità – si noti: ipotizzata da una fattispecie *ulteriore e strutturalmente diversa* rispetto alle altre previste dal codice civile o da leggi civili speciali – laddove l’autore del “fatto di reato” non potesse far valere l’ignoranza inevitabile della sua qualifica come “illecito penale” da parte anche di quel modello “oggettivo” e “impersonale” di agente presupposto dall’art. 5 c.p. La responsabilità civile per danni ai sensi dell’art. 185 comma 1 c.p., infatti, a differenza di quanto spesso si ripete a proposito di quella discendente dall’art. 2043 c.c., è ancora sicuramente la qualifica di “ingiustizia” della sua fattispecie condizionante (non direttamente al “danno”, ma) proprio al comportamento “antigiuridico” (che lo “cagiona”) rappresentato appunto da un “fatto” normativamente qualificato come “reato”. E lo stesso discorso può essere ripetuto per le altre ipotesi di responsabilità da reato<sup>571</sup>.

<sup>571</sup> Quanto poi al “*criterio per qualificare normativamente un certo “fatto” come “reato”*”, come abbiamo visto (retro cap. I, 5), questo è dato dalla previsione come suo “effetto/conseguenza” di un *quid “già qualificato” dall’ordinamento come “pena criminale”* (“pena criminale” che però *non* è la conseguenza “necessaria” in tutti i casi di realizzazione di un “fatto di reato”, data l’esistenza nell’ordinamento di altre – *sempre “astratte”* – “fattispecie di responsabilità” in cui la presenza di un “reato” è elemento costitutivo: retro cap. I, 1). Anche se, lo si ricordi, la “legge penale”, o meglio: la “*disposizione di legge penale*”, che prevede una pena criminale come conseguenza di quel fatto – dal momento che, come si ripete tralasciamente, “reato” è “il fatto sanzionato dalla legge penale con una pena criminale” –, *non coincide* con la “norma” che prevede una “fattispecie di responsabilità” di cui il fatto di reato è elemento costitutivo. Il che costituisce un’ulteriore conferma, anche da questa specifica angolazione, che la “norma” è solo il “risultato interpretativo” di una pluralità di “disposizioni”, ossia di enunciati legislativi (= “leggi”); ciò – si noti – anche nel caso in cui si tratti proprio della “norma incriminatrice” che prevede la “fattispecie di responsabilità per la pena”: infatti, per il prodursi dell’effetto-pena, non basta la commissione di un fatto qualificabile come reato, occorrendo la presenza degli *ulteriori* requisiti richiesti

Concludendo e riassumendo: *in presenza del “limite” all’ambito di validità materiale “esterno” della norma incriminatrice costituito dalla “ignoranza inevitabile della legge penale”, non si può parlare di “valida” – e quindi “legittima”, nel senso di “conforme a diritto” (sia pure “penale-criminale”)*<sup>572</sup> – *realizzazione di quel “fatto di reato” che sta alla base di tutte le ipotesi di “responsabilità da reato”, la cui “integrazione” deve essere allora conseguentemente esclusa.*

Il che conferma altresì, sia pure da una diversa angolazione, la stretta relazione che intercorre tra l’ignoranza “inevitabile” della legge penale e la carenza di “tassatività” nella descrizione del “fatto di reato”, entrambe ipotesi di invalidità della norma incriminatrice che interessano il suo profilo “materiale esterno”. Infatti, se pure è senz’altro vero che non ogni ipotesi di ignoranza inevitabile della norma incriminatrice dipende necessariamente da una mancanza di tassatività nella descrizione del fatto di reato<sup>573</sup>, è vero però il contrario, ossia che *sempre la mancanza di tassatività nella descrizione del fatto di reato da parte del legislatore comporta altresì l’ignoranza inevitabile del “divieto” penalmente sanzionato.* Il che, come abbiamo detto, è anche strettamente legato a quel concetto di “prevedibilità”, nel senso di “riconoscibilità”, del “disvalore penale” del fatto utilizzato dalla Corte EDU come requisito per individuare la stessa “esistenza” di una “norma penale”<sup>574</sup>, a prescindere, addirittura, dalla stessa sua preventiva previsione in una specifica “disposizione di legge”<sup>575</sup>.

dalla “fattispecie di punibilità” (retro cap. I, 1).

<sup>572</sup> “Valida” e quindi “legittima” in quanto “conforme a diritto” nella prospettiva kelseniana: la commissione del “fatto di reato” infatti, come noto, non “viola” il “contenuto materiale” della “norma penale incriminatrice”, ma al contrario lo “realizza” (retro cap. I, 2).

<sup>573</sup> Si pensi ad es. a tutte le ipotesi di impossibilità “assoluta” (= materiale) di conoscenza della legge penale (retro in questo paragrafo), ma non solo.

<sup>574</sup> Ciò senza contare l’ulteriore importantissimo *ampliamento*, operato sempre dalla giurisprudenza della Corte EDU, con riferimento al concetto – da intendere in senso non “formale” ma “sostanziale” – di “*materia penale*” attraverso il ricorso ai c.d. criteri Engel, con conseguente applicabilità delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU (infra cap. V, 8 lett. b). Da ultimo MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 114 ss.

<sup>575</sup> Bastando il suo preventivo “riconoscimento” e la conseguente sua “applicazione” da parte della giurisprudenza, elevata così a *fonte diretta* della norma penale-incriminatrice. Conclusione, con ogni evidenza, anche se sancita dalla giurisprudenza della Corte EDU (che dovrebbe, in quanto tale, essere “vincolante” anche per i giudici interni: vedi anche cap. V, 8 e nota 971), tuttavia *palesamente incostituzionale* alla stregua del principio della “riserva assoluta di legge” in materia penale (artt. 13 comma 2 e 25 comma 2 Cost.) e della “soggezione” del giudice nazionale esclusivamente alla “legge” (art. 101 comma 2 Cost.), principi vigenti nel nostro ordinamento costituzionale. E sempre ricordando come sia *solo la Costituzione* a stabilire *se e in che limiti* dare rilevanza all’“interno” dell’ordinamento italiano

Importante è tuttavia, a sua volta, notare come il ricorso alla “scusante” della “ignoranza della legge penale” consenta *di fatto* al giudice di escludere nel caso concreto la responsabilità del singolo imputato senza bisogno di affrontare direttamente il problema della eventuale “carenza di tassatività” della norma incriminatrice che, in quanto violazione di un principio costituzionale (art. 13 comma 2 Cost.), potrebbe essere dichiarata non direttamente dal giudice ma solo dalla Corte costituzionale; risultato di “non punibilità” ottenibile viceversa dal giudice utilizzando *indirettamente* la carenza di tassatività della norma incriminatrice come *presupposto logico* del ragionamento per escludere la “conoscibilità” del divieto penale da parte dell’autore del fatto (e quindi la sua responsabilità alla stregua non solo della fattispecie di punibilità ma anche di tutte le altre fattispecie diverse di responsabilità da reato).

c) La “validità materiale esterna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Limiti alla “tipologia” di pene. “Tassatività” della pena con riferimento al suo “contenuto afflittivo”; “proporzionalità” tra pena e gravità del reato; “divieto di trattamenti contrari al senso di umanità”

Quanto all’“ambito di validità materiale esterno” della norma incriminatrice con specifico riferimento alla “conseguenza sanzionatoria” costituita dalla “pena criminale”, dall’espresso “divieto costituzionale” contenuto nell’art. 27 comma 3 Cost., secondo cui «Le pene non possono consistere in trattamenti *contrari al senso di umanità*», regola ribadita dai Trattati internazionali in materia di diritti fondamentali ratificati dall’Italia<sup>576</sup>, discende anzitutto un preciso “limite” già alla stessa possibile “tipologia” delle sanzioni criminali legittimamente introducibili nell’ordinamento italiano; in particolare, si deve escludere la legittimità di quelle pene che, quanto a “contenuto afflittivo”, sono *di per sé* già in astratto contrastanti con l’attuale “senso di umanità”, onde il *divieto* della previsione, nel “catalogo” delle “sanzioni criminali”, di *c.d. pene “infamanti”* (come la berlina e la gogna)<sup>577</sup> e di *pene “corporali”* (come le fustigazioni o le mutilazioni, diffuse

---

a norme “esterne”, internazionali e dell’Unione Europea: arg. *ex artt.* 10 comma 1, 11 e 117 comma 1 Cost.

<sup>576</sup> Vedi note 117 e 936.

<sup>577</sup> Un grave problema è, come noto, ancora attualmente costituito da quel persistente fenomeno di malcostume politico-criminale della *c.d. “gogna mediatico-giudiziaria”* la quale, anche se non qualificabile giuridicamente come pena formale, ma *sicuramente operante nella realtà come “pena informale”*, consegue *di fatto* all’instaurazione di un procedimento penale, in particolare contro politici, funzionari pubblici o anche personaggi dello spettacolo l’indagine sui quali fa “notizia” sui media (essendo in tal caso sufficiente per la “distruzione”

viceversa negli ordinamenti giuridici ispirati alla *Shari'a* ossia alla legge islamica). Dallo stesso art. 27 comma 3 Cost., nella sua seconda parte, a tenore del quale «Le pene ... devono tendere alla rieducazione del condannato», si deve poi altresì escludere la legittimità, e quindi la “validità”, di una norma incriminatrice che prevedesse come pena una sanzione che, già in astratto, dovesse essere strutturata “contenutisticamente” in modo tale da impedire qualunque possibile “rieducazione” del condannato, da intendere propriamente come sua possibilità di “reinserimento sociale”<sup>578</sup>; da ciò la probabile illegittimità e quindi invalidità della pena dell’ergastolo<sup>579</sup>. Infine, un sicuro limite alla tipologia delle pene criminali è dato dall’esclusione assoluta nel diritto positivo italiano della pena di morte (oggi anche nei casi prima previsti dalle leggi penali militari di guerra: si veda l’attuale art. 27 comma 4 Cost. rispetto alla versione originaria)<sup>580</sup>.

dell’immagine pubblica di una persona già la semplice iscrizione nel registro degli indagati o, peggio, l’informazione di garanzia *ex* art. 369 c.p.p. – che dovrebbe essere sì atto dovuto del p.m. ma, appunto, in funzione di garanzia dell’indagato! – che sostanzialmente vale, per l’opinione pubblica sollecitata dal “circo” massmediatico-giudiziario, già come condanna definitiva; andandosi così anche contro il principio costituzionale, espressione di un “diritto umano fondamentale”, della “presunzione di innocenza”). Ciò a dimostrazione del fatto che le “pene infamanti”, *formalmente espunte* nei sistemi penali “moderni” dai “cataloghi” delle pene criminali legittime in nome del “progresso”, *permangono* tuttavia *di fatto*, sia pure sotto diverse sembianze. Con l’aggravante, a proposito della c.d. “gogna mediatico-giudiziaria” se paragonata alle vecchie “pene infamanti” – che comunque, in quanto vere e proprie “sanzioni penali”, erano applicate solo agli autori di fatti di reato –, che questa gogna moderna colpisce oggi assai spesso anche persone poi riconosciute processualmente del tutto innocenti. Inevitabile, a questo proposito, ricordare allora le sempre attuali parole di Carnelutti, secondo cui la semplice sottoposizione ad un procedimento-processo penale è già una pena per chi lo subisce: «non vi è atto del giudizio, il quale non cagioni una sofferenza a chi è giudicato» (CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., pp. 48-50; nello stesso senso FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 760-761).

<sup>578</sup> Vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1704.

<sup>579</sup> È noto come la Corte costituzionale abbia affermato la legittimità costituzionale della pena dell’ergastolo con riferimento alla sua compatibilità col principio costituzionale della funzione rieducativa della pena solo in considerazione della *possibile* applicazione in concreto delle “misure alternative” alla detenzione, in particolare della liberazione condizionale: Corte cost., sent. 22 novembre 1974, n. 264. Quanto al c.d. ergastolo “ostativo”, non si tratta di un tipo autonomo di pena criminale, ma solo di una possibile “modalità esecutiva” dell’ergastolo per certi tipi di reato (ai sensi dell’art. 4-*bis* ord. penit.: vedi anche nota 685).

<sup>580</sup> Secondo l’attuale versione dell’art. 27 comma 4 Cost., «Non è ammessa la pena di morte» per nessun tipo di reato. Prima della modifica apportata a questa disposizione dall’art. 1 legge cost. 2 ottobre 2007 n. 1, nessun reato comune o previsto dal codice penale militare di pace era sanzionato con la pena di morte, salvo una serie di delitti espressamente previsti dalle leggi militari di guerra, che costituivano dunque un’eccezione alla regola. L’art. 27 comma 4 nella previsione originaria della Costituzione del 1948 era infatti così

Occorre tuttavia sottolineare come, laddove la “validità materiale esterna” della norma incriminatrice considerata sotto il profilo della “pena criminale”, dipenda dal rispetto di principi costituzionali o comunque supralegislativi (come quello del divieto di previsione di pene contrastanti col senso di umanità), la “non punibilità” come conseguenza della sua “invalidità” per violazione dei suddetti “limiti” non possa – nell’ordinamento italiano – essere dichiarata direttamente dal giudice penale, ma *solo dopo* la eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice da parte della Corte costituzionale<sup>581</sup>.

Sempre con riferimento poi alla “conseguenza sanzionatoria”, carattere peculiare anche della “validità esterna” della “pena criminale” (oltre che della “fattispecie di punibilità”) è la sua “tassatività”. “Tassatività”, o “stretta legalità” della pena criminale, da intendere però *non* nel senso che il giudice, onde prevenirne possibili arbitri, non ha il potere di colmare le – reali o supposte – “lacune” repressive, applicando pene previste per casi “analoghi” rispetto a quello oggetto di decisione, attraverso la sostanziale “creazione”, caso per caso, di sanzioni penali *diverse e/o ulteriori* rispetto a quelle “*espressamente*” stabilite per un certo reato dalla legge (art. 1 c.p., laddove dispone il “divieto di analogia” *anche* per le sanzioni criminali)<sup>582</sup>, posto che in tal caso, a ben vedere, più che violazione del principio di “tassatività della pena”, si avrebbe, anzitutto, più propriamente, violazione del principio di “riserva assoluta di legge” in materia penale, con conseguente “invalidità” della norma incriminatrice considerata nella sua “integralità” (e non sotto

---

formulato: «Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Anteriormente alla riforma costituzionale del 2007 era comunque già intervenuta una legge ordinaria, la legge 13 ottobre 1994 n. 589, che, nel suo articolo unico, aveva abolito la pena di morte anche per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, sostituendola con la «pena massima prevista dal codice penale» che attualmente è l’ergastolo. Con questa legge si è dunque, contestualmente, abolita una pena militare “speciale” (la pena di morte) e si è introdotta in sostituzione una pena “comune” prevista dal codice penale (l’ergastolo).

<sup>581</sup> Sul punto, sia pure con riferimento specifico ai “limiti” della norma incriminatrice considerata nella sua “integralità”, vedi retro nota 485.

<sup>582</sup> Art. 1 c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». In generale, nel senso che l’“analogia” costituisce non una mera modalità di “interpretazione” del diritto ma una “fonte di produzione normativa” KELSEN, *Sulla teoria dell’interpretazione*, in *L’analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 116-120. Più radicalmente, nel senso che *ogni forma di “interpretazione”* (e non solo il procedimento “analogico”) si sostanzia, in realtà, in vera e propria attività di “creazione del diritto” vedi TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., *passim*.

l'aspetto specifico del suo "ambito materiale di validità esterna" con riferimento al profilo sanzionatorio)<sup>583</sup>.

"Tassatività della sanzione penale", da intendere viceversa *propriamente* nel senso che, come si ricava in particolare da una attenta lettura dell'art. 13 comma 2 Cost., qualunque restrizione della libertà personale – nella quale si sostanzia, in via diretta o indiretta, la pena criminale (principale) – può essere "validamente" disposta (dal giudice) «*nei soli casi e modi* previsti dalla legge» (ai «*modi previsti dalla legge*» fa anche riferimento l'*incipit* dell'art. 5 C.E.D.U.)<sup>584</sup>. "Modi" da intendere non solo come le "modalità procedurali"<sup>585</sup> attraverso cui la pena criminale viene applicata (ed eseguita),

<sup>583</sup> Vedi retro cap. III, 2.1. "Onere" di previsione non solo dei reati *ma anche delle pene* rimessa *in via esclusiva* alla legge formale del Parlamento o agli atti normativi del Governo ad essa equiparati che rappresenta espressione di quella *ratio* di "garanzia" che storicamente sta dietro l'introduzione del "principio di legalità penale" in tutte le sue declinazioni come risposta alle pratiche dell'*ancien régime*, in primo luogo proprio per prevenire sotto ogni angolazione i possibili arbitrî giudiziari. In particolare, infatti, a parte il caso, assolutamente abnorme (e forse – almeno si spera! – di scuola), nel quale il giudice applicasse, in sede di condanna, una "sanzione criminale" neppure "tipologicamente" prevista dall'ordinamento, e quindi di fatto "creandola", dove si avrebbe *tout court* "inesistenza" della norma incriminatrice sotto il profilo della "pena" per sua integrale "invalidità", non essendo stato rispettato il principio della "riserva assoluta di legge"; alla stessa conclusione si dovrebbe poi pervenire anche per l'applicazione da parte del giudice di sanzioni criminali sì tipologicamente previste in generale dall'ordinamento, *ma diverse o ulteriori* rispetto a quelle specificamente stabilite dalla *singola* "norma incriminatrice" della cui applicazione si discute: anche in tal caso ci sarebbe infatti violazione del principio della riserva assoluta di legge con specifico riferimento alla "pena criminale". Anzi, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, che – erroneamente a mio parere – *distingue* la "portata", ossia la "forza", della riserva di legge in materia penale a seconda che essa abbia ad oggetto il "precepto" o la "sanzione", la sua *natura rigidamente "assoluta"* non è stata mai messa in discussione anzitutto proprio con riferimento alla "pena criminale" (vedi retro nota 484).

<sup>584</sup> Art. 5 comma 1 CEDU: «... Nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: ... ».

<sup>585</sup> "Regole procedurali" la cui osservanza, lo si ricordi, costituisce "presupposto di legittimità" dell'applicazione, e quindi anche dell'esecuzione, della "pena criminale", come si desume dall'art. 9 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici – "norma c.d. interposta" di fonte supralegislativa che in quanto tale "vincola" lo stesso legislatore nazionale (art. 117 comma 1 Cost.) –, secondo cui «Nessuno può essere privato della propria libertà, *se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge*». Disposizione che trova un suo *pendant* specifico nell'art. 5 comma 1 CEDU che, nell'individuare *tassativamente* i casi di "privazione" (*non* però di semplice "limitazione") della "libertà personale" da considerare "legittimi" alla stregua della stessa Convenzione, stabilisce, tra l'altro, alla lett. a) che la "detenzione" per essere "*regolare*", e quindi "legittima" e "valida", deve seguire a una «condanna da parte di un tribunale competente», facendo così refluire fra i requisiti di legittimità della pena detentiva *anche* il rispetto del principio del «giudice naturale precostituito per legge»: art. 25 comma 1 Cost. Vedi anche retro nota 388.

ma anche come le concrete “modalità” in cui si sostanzia il “contenuto” della “pena criminale”<sup>586</sup>. Ciò significa allora, in particolare, che non basta che il legislatore indichi astrattamente a livello edittale, come conseguenza sanzionatoria per un certo reato, una pena criminale individuata solo attraverso il semplice ricorso al criterio “formale” del suo *nomen iuris*, ad es. “reclusione”: costituisce infatti preciso “onere” per il legislatore, la cui inosservanza costituisce causa di “invalidità” della previsione “normativa” della “pena criminale” sotto il profilo della sua “dimensione contenutistica”, non solo l’individuazione della sua “specie” (nell’ambito della “tipologia” delle pene criminali previste dall’ordinamento) e “quantità” (normalmente, tra un “minimo” e un “massimo” edittali), ma altresì la “descrizione”, la più possibile chiara e precisa, anche delle “modalità esecutive” in cui si sostanzia il suo specifico “contenuto afflittivo”. In altri termini, occorre che la norma incriminatrice indichi per “note interne” anche le “modalità esecutive” della pena (astrattamente irrogabile)<sup>587</sup>.

Al contrario, nel sistema penale italiano attualmente vigente, il principio di “stretta legalità-tassatività” della pena criminale è ampiamente e gravemente violato soprattutto laddove, in funzione di un malinteso concetto di “rieducazione del condannato” (art. 27 comma 3 Cost.)<sup>588</sup>, l’ordinamento penitenziario prevede (negli ultimi anni in maniera sempre più massiccia) il ricorso – fra l’altro meramente possibile in quanto rimesso alla assoluta discrezionalità della magistratura di sorveglianza – ad un sistema di “misure alternative” alla detenzione carceraria (misure il cui rispettivo ambito applicativo

<sup>586</sup> In questo senso si veda TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1708 e retro 325. Alla stessa conclusione, anche se in maniera meno chiara, si potrebbe comunque già pervenire alla stregua dell’art. 1 c.p. laddove, sottolineando come «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa [scil.: legge] stabilite», indica chiaramente, a mio avviso, che, consistendo qualunque “pena” in una “afflizione” per il suo destinatario, deve essere comunque sempre la “legge” ad indicare in che consiste questo “contenuto afflittivo” con riferimento ad ogni “fatto di reato”. Anche se, com’è evidente, la previsione di questo principio in atti normativi supralegislativi ne determina la maggiore forza e, soprattutto, in conseguenza, la – normale – inderogabilità.

<sup>587</sup> Vedi retro nota 586.

<sup>588</sup> Sulle ragioni per cui non può considerarsi costituzionalmente legittimo il modo in cui attualmente si intende il concetto di “rieducazione del condannato” già a livello di legislazione ordinaria, specie con riferimento al sistema delle misure alternative alla detenzione per come oggi previsto dalla legge sull’ordinamento penitenziario, in quanto non interpretato sistematicamente, in particolare, con il principio costituzionale di “stretta legalità-tassatività” della pena e con quello supralegislativo di “sicurezza”, vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1706 ss. e infra nel testo; vedi anche retro nota 325.

è, oltretutto, spesso sovrapponibile, con conseguenti inevitabili problemi sul piano della “certezza del diritto”), la cui “concessione” non è ancorata a parametri di “generalità” e “astrattezza” – e quindi necessariamente “predeterminati” a livello legislativo – in grado di garantire la “parità di trattamento” tra condannati in concreto ad una pena della stessa specie e durata che si trovino quindi nella *identica* posizione giuridica; ma, al contrario, si inserisce nella logica di un “trattamento individualizzato progressivo” finalizzato alla “rieducazione” di cui sarebbe “oggetto” il *singolo* condannato sulla base di un “programma di trattamento individualizzato”, predisposto sulla base dell’“osservazione scientifica” della sua (specifica) “personalità”; “individualizzazione della pena detentiva” in sede esecutiva, che logicamente non potrebbe allora che essere rimessa – come appunto avviene secondo il vigente diritto penitenziario (artt. 69-70 ord. penit.) – alla “discrezionalità” della magistratura di sorveglianza ossia a coloro che devono “adeguare” l’esecuzione della sanzione criminale alla situazione concreta. Normativa che costituisce espressione di quella “ideologia correzionalistica” di cui momento centrale e ineliminabile sarebbe appunto la previsione di “misure alternative” alla detenzione carceraria.

Di più, la *assoluta mancanza di “tassatività” della pena detentiva* con riferimento al suo *effettivo* contenuto risulterebbe altresì confermata sul piano del diritto positivo anche dalla circostanza che gli *stessi “presupposti”* per l’applicazione delle misure alternative, non essendo costituiti da “fatti”, ma da “*valutazioni sulla personalità*” dei condannati e da “*giudizi prognostici*” – per loro natura intrinsecamente “vaghi” – sulla *idoneità e sufficienza* di dette misure ad assicurare il “reinserimento sociale” dei beneficiari, e quindi sul loro “futuro comportamento” di “osservanza” della legge, sono *empiricamente “non verificabili”*<sup>589</sup>; risolvendosi quindi in qualcosa di assolutamente evanescente, logicamente “non predeterminabile” neppure in termini generici dal legislatore e quindi di fatto rimesso all’incontrollabile “intuito” del giudice di sorveglianza. Così come “*indeterminato*” è lo stesso “contenuto” delle misure alternative (= le “prescrizioni” in cui si concreta), a volte in tutto (ad es., nell’affidamento in prova) altre volte in parte (come nella semilibertà), e quindi la concreta “afflittività” della – nominalmente ancora definita – pena “detentiva”; e altrettanto si può dire della “durata” delle misure alternative, e quindi, alla fine, della “quantità” della *pena effettivamente da scontare* dal singolo condannato, data, ancora una volta, l’indeterminatezza dei presupposti per

<sup>589</sup> Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 407; che arriva a dire, a mio parere correttamente, che qui non siamo in presenza di attività “giurisdizionale”, *ma propriamente “amministrativa”*.

la concessione, ad es., della liberazione anticipata<sup>590</sup> oppure per la determinazione del *quantum* di pena “residua” da scontare in carcere, una volta intervenuta la “revoca” di una di dette misure<sup>591</sup>. Misure alternative che, per come sono *attualmente* oggetto di disciplina da parte del diritto positivo, hanno, di fatto, determinato la *definitiva scomparsa della forma “classica” della pena detentiva uguale per tutti*<sup>592</sup>. Con la grave conseguenza, ad es., che, di due

<sup>590</sup> Art. 54 comma 1 ord. penit.: «LIBERAZIONE ANTICIPATA – 1. Al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni [portati eccezionalmente a settantacinque giorni per un periodo di due anni dall’art. 4 comma 1 legge 21 febbraio 2014 n. 10, rubricato “Liberazione anticipata speciale”] per ogni singolo semestre di pena scontata. A tal fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare. ... ». E considerando anche che la concessione di questo beneficio si ripercuote “a cascata” sulla stessa concessione di altri “premi” o “misure alternative” alla detenzione, come stabilito dall’art. 54 comma 4 ord. penit.: «Agli effetti del computo della misura di pena che occorre avere espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale, la parte di pena detratta ai sensi del comma 1 si considera come scontata. La presente disposizione si applica anche ai condannati all’ergastolo».

<sup>591</sup> “Indeterminatezza” della “durata” della pena “residua” da scontare in caso di revoca, in particolare, della liberazione condizionale o dell’affidamento in prova al servizio sociale in quanto non predeterminata dalla legge ma direttamente rimessa all’apprezzamento “discrezionale” del tribunale di sorveglianza (con riferimento alla revoca della liberazione condizionale, Corte cost., sent. 25 maggio 1989, n. 282; riguardo alla revoca dell’affidamento in prova, Corte cost., sent. 12 giugno 1985, n. 185). *Tassativa* è viceversa la *quantificazione* della durata della pena ancora da scontare *ex art. 657-bis c.p.p.* con specifico riferimento all’istituto della “sospensione del procedimento con messa alla prova” (previsto dagli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p.), il quale stabilisce che, «In caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova [disposta *ex art. 464-bis c.p.p.*], il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita [la quale implica la prestazione del lavoro di pubblica utilità]. Ai fini della detrazione [del c.d. “presofferto”], tre giorni di prova sono *equiparati* a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda».

<sup>592</sup> Si ricordi come la pena “detentiva”, a differenza della pena “pecuniaria”, sia l’unica sanzione che, comprimendo un bene, quello della libertà personale, appartenente a tutti gli esseri umani senza distinzioni di «condizioni personali e sociali», come oggi recita l’art. 3 comma 1 Cost., sia la più “democratica” delle sanzioni criminali legittimamente ipotizzabili. Anche se non si può negare la realtà di come, di fatto, il carcere sia “sentito” in maniera molto più “dura” da coloro – i c.d. *white collars* ma anche le persone comuni – che non appartengono alla categoria – si ricordi: *normativamente prevista* (e non meramente “criminologica”) – dei “recidivi” e, in genere, dei soggetti qualificabili come “socialmente pericolosi” o addirittura a c.d. “pericolosità qualificata”, come i “delinquenti professionali”, autori in genere di quei reati oggi “ideologicamente” qualificati (secondo il “pensiero unico” della *politically correctness*) come espressione di c.d. “microcriminalità” o anche di criminalità “bagatellare”, anche se si tratta della criminalità, nella realtà quotidiana, di più frequente verificazione e che crea maggior “allarme sociale”, colpendo *direttamente* la maggioranza della popolazione (e

soggetti che hanno commesso un reato in concorso tra loro e puniti in concreto con la stessa pena, uno potrebbe beneficiare di misure alternative alla detenzione (e magari non entrare mai in carcere)<sup>593</sup>, mentre l'altro potrebbe viceversa scontare l'intera pena in uno stabilimento penitenziario.

Per cui oggi si può ben dire che la pena “detentiva” si è trasformata in una sanzione *non legalmente predeterminata* (con riferimento ai “presupposti applicativi” delle misure ad essa “alternative”), *atipica* (nel suo “contenuto”) e *incerta* (nella sua “durata”); “indeterminatezza”, sia pure solo “verso il basso” rispetto alla pena inflitta in sede di condanna, con conseguente – fra l'altro – perdita di “credibilità” dell'intero sistema penale e degli effetti di “prevenzione generale” della pena. Onde si può ben dire che, alla luce del diritto positivo vigente, *qui non siamo, tecnicamente, neppure in presenza di “discrezionalità” (in particolare, da parte della magistratura di sorveglianza), ma di vero e proprio “arbitrio giudiziale”, non avendo il legislatore dettato “criteri” chiari, precisi e, soprattutto, predeterminati per l'esercizio di questo “potere”<sup>594</sup>; il che rende la “motivazione” del provvedimento giurisdizionale una pseudo-motivazione in quanto logicamente “non controllabile”<sup>595</sup>. Arbitrio giudiziale che, per sua essenza, è dunque logicamente incompatibile con il “principio di legalità” (in qualunque delle sue declinazioni), principio che, si ricordi, costituisce anche oggetto di un vero e proprio “diritto umano fondamentale” di ciascun*

quindi anzitutto proprio le categorie sociali più deboli).

<sup>593</sup> Ciò soprattutto per la presenza, nell'attuale sistema, dell'art. 656 comma 5 c.p.p., laddove – e ferme le eccezioni previste dal comma 9 –, se la “pena detentiva” non è superiore a tre anni (o a quattro o sei anni nei casi ivi previsti), «*il p.m. ... ne sospende l'esecuzione*» per consentire al condannato, appunto, di richiedere (entro trenta giorni) la concessione di “misure alternative” (retro nota 520); in primo luogo dell'affidamento in prova al servizio sociale, misura che, per sua natura, viene eseguita integralmente fuori dal carcere.

<sup>594</sup> Breve: se solo la “legge” (da intendere, più precisamente, come “atto normativo con valore di legge”, comprensivo quindi anche dei decreti-legge e dei decreti delegati) può prevedere, oltre i “fatti di reato”, le relative “pene”, ne discende allora che leggi *vaghe e imprecise* anche se esclusivamente riguardo al profilo sanzionatorio finirebbero, di nuovo, per attribuire al giudice, in sede di c.d. “interpretazione” della norma incriminatrice in funzione della sua applicazione, un *potere intrinsecamente e sostanzialmente “creativo”* anche se solo ai fini del concreto trattamento sanzionatorio penale irrogabile all'autore del reato.

<sup>595</sup> “Obbligo di motivazione” che deve accompagnare da un lato la sentenza di condanna del giudice di cognizione con riferimento *anche alla “pena criminale”* (art. 132 comma 1 c.p.; obbligo che *non* si può ritenere adempiuto – nonostante il contrario avviso della giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione – dal ricorso a quelle formulette “stanche” del tipo: «tenuto conto degli indici dell'art. 133 si stima congrua la pena di ecc.»); dall'altro l'ordinanza della magistratura di sorveglianza in sede di esecuzione della pena (art. *ex artt.* 69-*bis* e 70 comma 8 ord. penit.). “Obbligo di motivazione” che consente di distinguere tra “discrezionalità”, sia essa “libera” o “vincolata”, e “arbitrio” (nota 914).

cittadino<sup>596</sup> e che, nella materia penale, come oggi è unanimemente riconosciuto, attiene non solo alla individuazione dei “presupposti” della punibilità, in particolare dei “fatti di reato”, ma anche – se non soprattutto – della “pena”<sup>597</sup>. Principio di legalità che concerne, com’è risaputo, non solo le “fonti di produzione” di norme incriminatrici, prevedendosi una “riserva assoluta di legge statale”, ma anche – sotto il profilo della “tassatività” riferito specificamente alle sanzioni criminali – la “predeterminazione” della pena (rispetto alla commissione del fatto di reato) non solo nella “specie” ma anche, e soprattutto, nella sua “durata” (= “misura”) e nel suo concreto “contenuto” (ossia nelle sue concrete “modalità di esecuzione”). “Predeterminazione” della risposta sanzionatoria in termini chiari e precisi che costituisce oggetto di un preciso e specifico “onere” per il legislatore, la cui inosservanza determina l’“invalidità” della norma incriminatrice sotto il profilo del suo “ambito di validità materiale esterno” riferito alla “pena criminale”, con conseguente “non punibilità” dell’autore del fatto di reato<sup>598</sup>. “Non punibi-

<sup>596</sup> Nella duplice prospettiva della tutela sia dell’“autore” del reato che della “persona offesa”, in funzione della “minimizzazione” della “violenza”, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 325-332. Del “principio di legalità” come di “diritto umano fondamentale” parla espressamente la giurisprudenza consolidata della Corte EDU (Corte EDU, 26 aprile 1979, n. 6538/74, *Sunday Times c. Regno Unito*; Corte EDU, 22 novembre 1995, n. 0166/92, *S.W. c. Regno Unito*; Corte EDU, Grande Camera, 11 novembre 1996, n. 17862/91, *Cantoni c. France*; Corte EDU, 20 gennaio 2009, n. 75909/01, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*; Corte EDU, 25 giugno 2009, n. 12157/05, *Liivik c. Estonia*; Corte EDU, 21 ottobre 2013, n. 42750/09, *Del rio Prada c. Spagna*; Corte EDU, 20 ottobre 2015, n. 35343/05, *Vasiliauskas v. Lithuania*). Secondo la Corte EDU, infatti, l’art. 7 comma 1 CEDU riconosce e garantisce il diritto soggettivo di ogni singolo individuo ad un sistema punitivo legale e allo Stato di diritto; affermando, in particolare, che lo Stato di diritto comporta la “conoscibilità” da parte del consociato del “diritto” o “lan”, inteso quale base legale su cui si fonda la statuizione punitiva. E lo stesso discorso viene ripetuto sulla base dell’art. 49 Carta dei Diritti fondamentali UE e anche dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (Corte di Giustizia UE, Sez. V, 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, X; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri c. Commissione*, C-387/02, C-391/02, C-403/02; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 giugno 2005, *Dansk Røroindustri e altri c. Commissione*, C-189/02 P e a.; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 marzo 2017, *Rosneft*, C 72/15). Sul “principio di legalità” come di “diritto umano fondamentale” vedi anche retro e nota 325.

<sup>597</sup> Sul “principio di legalità” e soprattutto su quella sua declinazione costituita dalla “riserva di legge”, vista dalla Corte costituzionale come rigidamente “assoluta” proprio con riferimento alla “pena criminale” (a differenza di quanto ritenuto a proposito del “fatto di reato”, con riferimento al quale la stessa Corte ritiene trattarsi di una riserva sostanzialmente “relativa”) vedi retro nota 484 e TRAPANI, voce *Legge penale*. I) *Fonti*, cit., p. 9.

<sup>598</sup> La palese “incostituzionalità” dell’intero sistema delle “misure alternative alla detenzione” per come attualmente disciplinato a livello di diritto positivo (su cui vedi *amplius* TRAPANI,

*lità” tuttavia non immediatamente dichiarabile dal giudice*, ma, conseguendo anche in questo caso<sup>599</sup>, direttamente, alla “invalidità” della norma incriminatrice sotto il profilo della violazione dell’“onere” del rispetto del principio di “tassatività” della pena *da parte del legislatore*, potrebbe intervenire *solo dopo* una eventuale declaratoria di incostituzionalità (per “invalidità originaria”) da parte della Corte costituzionale<sup>600</sup>.

*La rieducazione del condannato*, cit., p. 1706 ss.) non significa ovviamente che la pena carceraria debba continuare ad essere eseguita secondo le modalità oggi previste dall’ordinamento penitenziario e, soprattutto, dalla sua pratica applicazione, fortemente lesive anzitutto della stessa “dignità” della persona del condannato (o dell’internato). Infatti ben si potrebbe ipotizzare, almeno per i soggetti “non pericolosi”, un modello di pena carceraria che, ad es., invertendo l’attuale disciplina, tenesse ristretti in cella i condannati per un numero limitato di ore (magari solo notturne), lasciando per il tempo residuo libertà di locomozione *all’interno* dello stabilimento carcerario.

Al contrario il legislatore italiano, nella esclusiva prospettiva di ovviare ai gravi problemi connessi al sovraffollamento delle carceri, continua nella politica di ampliamento della tipologia e dell’ambito applicativo delle misure alternative, come dimostrato anche dai recentissimi Decreti Cartabia, secondo l’orientamento, tutto *ideologico*, di un superamento della pena detentiva. Nel senso viceversa che, anche alla luce di una corretta comprensione del volto costituzionale del diritto penale come *extrema ratio* di tutela, la pena detentiva (o comunque limitativa della libertà personale) debba conseguentemente ancora essere vista come unica sanzione penale principale costituzionalmente legittima vedi retro nota 113.

<sup>599</sup> Come in quelli, precedentemente analizzati, della violazione dell’“onere” per il legislatore di non introdurre “tipi” di “pene criminali” per il loro “contenuto” *in re ipsa* già in astratto “incompatibili” con i principi di “rieducazione-risocializzazione” del reo condannato o col divieto di trattamenti “contrari al senso di umanità”: retro cap. III, 2.4 lett. c.

<sup>600</sup> A meno che la stessa norma incriminatrice sia addirittura “incompleta” per *mancata indicazione* (in astratto) della stessa “specie” di “pena principale” (per il reato da essa ipotizzato) o della sua “durata” tra un minimo e un massimo edittali, non potendosi evidentemente ritenere comunque rispettosa del principio di “tassatività della pena” la mera indicazione come sanzione di una certa “specie” di pena, ad es. la “reclusione”, posto che – anche se, come recita l’art. 24 comma 1 c.p., «La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni», a parte la sicura incostituzionalità di una pena con un arco edittale eccessivamente ampio con riferimento al principio di “proporzione” (vedi infra nota 602) – il legislatore ha comunque omesso di indicarne la durata astratta per il *singolo tipo* di illecito. Per la dimostrazione della “invalidità”, sotto il profilo specifico della “incostituzionalità”, della complessiva disciplina attualmente vigente in tema di “misure alternative alla detenzione” vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1706 ss. e retro nota 325. Nel caso – oggi tuttavia *politicamente* assai improbabile – di una declaratoria di incostituzionalità dell’*intero sistema* delle misure alternative alla detenzione per come attualmente disciplinato a livello di diritto positivo (*tecnicamente possibile* attraverso il meccanismo della “illegittimità consequenziale” ex art. 27 comma 2 legge n. 87/1953), ciò non significherebbe però, in attesa di una riforma organica della materia, un ritorno *tout court* alla pena detentiva carceraria (dato l’effetto *ex tunc in malam partem* che una tale declaratoria di incostituzionalità comporterebbe), posto che, trattandosi di incostituzionalità di disposizioni “di favore”, i condannati per reati commessi durante la loro – apparente – vigenza

Ulteriore carattere della “validità materiale esterna” della previsione legislativa della “pena criminale” è la sua “*proporzionalità*” rispetto alla “*gravità del reato*”. Tale principio è oggi normativamente stabilito non solo a livello di legislazione ordinaria dall’art. 133 c.p. con riferimento alla concreta applicazione della pena criminale da parte del giudice della condanna, ma anche dall’art. 49 comma 3 Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea (c.d. “Carta di Nizza”) e quindi ad un livello “supralegislativo” che vincola, in quanto derivante da un obbligo internazionale, anzitutto lo stesso legislatore ordinario (art. 117 comma 1 Cost.). Ora, pur facendo anche l’art. 49 cit. – al pari dell’art. 133 c.p. – diretto ed esplicito riferimento solo alla fase di “applicazione” della pena in concreto («Le pene *inflitte* non devono essere sproporzionate rispetto al reato»), tale disposizione, individuando nel principio di “proporzionalità della pena” – sia pure attraverso una formula “in negativo” – un “diritto fondamentale” della persona, non può riferirsi solo alla commisurazione della pena in concreto tra il minimo e il massimo edittalmente stabiliti dal legislatore, ma, posto che il giudice può applicare una sanzione solo nei limiti previsti dalla legge, non può non avere come suo logico presupposto la “proporzionalità” tra la pena criminale e il fatto di reato già nel momento della sua “comminatoria astratta”<sup>601</sup>.

---

*continuerebbero a godere dell'intero "statuto penale" vigente al momento della commissione del reato, comprensivo anche, con ogni evidenza, delle misure alternative alla detenzione carceraria (sul concetto di "statuto penale" del reo vedi retro cap. II, 1). La nuova disciplina "più severa" della esclusiva detenzione carceraria dovrebbe allora valere solo per i fatti di reato commessi dopo la declaratoria di incostituzionalità (a meno che la attuale disciplina delle misure alternative non fosse sostituita da un'altra compatibile con il dettato costituzionale). Assolutamente inapplicabile sarebbe ovviamente per contro, con la sua "efficacia retroattiva", l'art. 30 ultimo comma legge n. 87/1953 laddove afferma che, in caso di dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale, «se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali». Infatti, anche qualora venisse dichiarata per ipotesi l'incostituzionalità dell'intero sistema delle misure alternative alla detenzione per come è attualmente disciplinato, ciò non implicherebbe toccare, direttamente, le "condanne" già irrogate, dal momento che in tal caso la declaratoria di incostituzionalità non inciderebbe sulle norme penali incriminatrici né con riferimento ai fatti di reato né alle pene per essi applicabili, espungendosi dal sistema penale, così facendo, solo certe "modalità di esecuzione" delle pene stesse, oltretutto solo eventuali in quanto rimesse alla "discrezionalità" della magistratura di sorveglianza.*

<sup>601</sup> Forse si potrebbe arrivare anche a dire, sia pure paradossalmente, che l’idea della “proporzionalità” contrasta con la stessa astratta previsione della pena dell’“ergastolo” in sé considerata, dal momento che una “pena a vita” dura non in modo proporzionato alla “gravità” del fatto commesso, e quindi secondo una valutazione “oggettiva”, ma solo per la lunghezza – inevitabilmente diversa – della vita di ciascun condannato, e dunque in modo eminentemente “soggettivo-personale”; creando così anche “disparità di trattamento”, già in astratto, tra autori di un reato considerato dalla norma incriminatrice della

Non v'è dubbio infatti che la pena si può qualificare “sproporzionata” anzitutto, e direi: soprattutto, quando lo stesso legislatore prevede già a livello edittale una pena “non adeguata” al disvalore del fatto di reato (considerato in astratto) secondo una valutazione eminentemente “relativa” in quanto condotta alla luce di una interpretazione “sistematica” con gli altri illeciti penali (o, nel caso di c.d. fattispecie a condotte “alternative”, all'interno dello stesso titolo di reato)<sup>602</sup>. Anche però nel caso di “sproporzione” tra pena e reato, allo stesso modo di quanto accade con la “mancanza di tassatività” nella individuazione del contenuto e della durata delle pene de-

---

stessa “gravità”, posto che, *in concreto*, l'ergastolo assume una diversa “afflittività” a seconda della diversa (durata della vita della) “persona” cui viene inflitto. Sotto questo profilo, dunque, la previsione come “specie autonoma” di sanzione punitiva dell'ergastolo determina l'invalidità della norma incriminatrice. Ciò a differenza della “reclusione”, sanzione punitiva che può garantire la “proporzionalità” con la gravità del reato commesso essendo, per sua natura, una pena carceraria “temporanea”.

<sup>602</sup> Anche se, teoricamente, la “sproporzione” tra la pena e il “tipo” di reato può manifestarsi sia “verso l'alto” che “verso il basso”, non v'è dubbio che il problema si presenta, dal punto di vista della sua rilevanza ai sensi dell'art. 49 comma 3 Carta dei Diritti fondamentali della UE, quando la pena edittalmente comminata sia da considerare “eccessivamente severa” rispetto al “disvalore astratto” dell'illecito. Ed è questa infatti la prospettiva seguita anche dalla Corte costituzionale che, a proposito della previsione di pene eccessivamente severe, è intervenuta con diverse sentenze (Corte cost., sent. 25 maggio 1979, n. 26; Corte cost., sent. 27 maggio 1982, n. 103; Corte cost., sent. 24 gennaio 1991, n. 22), utilizzando il parametro della “manifesta irragionevolezza”, parametro cui la Corte fa riferimento anche quando esiste un eccessivo divario tra il “minimo” e il “massimo” edittalmente stabiliti per un certo tipo di reato (Corte cost., sent. 31 luglio 2020, n. 190). Laddove viceversa si debba ritenere che la pena edittalmente prevista per un certo reato, sulla base di considerazioni di “allarme sociale” espresse dalla collettività in un certo momento storico e quindi in conseguenza di una mutata coscienza sociale, sia sentita come eccessivamente bassa, è evidente che la Corte costituzionale non potrebbe in alcun modo intervenire dal momento che, altrimenti, invaderebbe la sfera di competenza *esclusiva* del legislatore (sotto il profilo della “riserva di legge”); per cui una eventuale modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio stabilito dalla singola norma incriminatrice per un certo fatto potrebbe essere frutto *esclusivamente* di una diversa valutazione di “opportunità” e quindi di una diversa scelta politico-criminale del Parlamento. Molto interessante è, a questo proposito, l'art. 4 commi 2 e 3 *codigo penal español* che attribuisce al giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, nel momento in cui deve astenersi dal procedere di fronte ad un fatto non previsto espressamente dalla legge come reato che tuttavia egli ritenga meritevole di punizione il potere di sollecitare il Governo ad intervenire mettendo in moto il procedimento costituzionale per pervenire alla sanzionabilità penale di quel fatto. Così come, al contrario, procederà allo stesso modo qualora ritenga un certo fatto non più meritevole di essere penalmente sanzionato o la pena eccessivamente elevata (o comunque meritevole di un indulto), anche se ciò non tocca l'obbligo di condannare o di eseguire la pena. *A fortiori* – nonostante il silenzio della legge – si dovrebbe allora ritenere che ciò sia possibile anche quando il giudice ritenga che la pena prevista per un certo fatto sia eccessivamente mite.

tentive, la “invalidità” della norma incriminatrice sotto il profilo sanzionatorio non può essere fatta valere, automaticamente, come “causa di non punibilità”, non potendo essere dichiarata direttamente dal giudice, ma solo dalla Corte costituzionale, trattandosi di “invalidità” alla stregua di un parametro (contenuto di un “onere”) vincolante lo stesso legislatore<sup>603</sup>. Il giudice può direttamente non punire, non applicando la pena, solo quando questa “non è stabilita espressamente” nella sua specie e predeterminata nella sua durata astratta (di regola, tra un minimo e un massimo).

Altro requisito concernente l’“ambito di validità materiale esterno” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale” è infine che le “modalità esecutive” di questa sanzione non possono mai consistere in “trattamenti contrari al senso di umanità”<sup>604</sup>. Tale “limite” al (possibile) “contenuto” della pena criminale è esplicitamente previsto, nell’ordinamento italiano, dall’art. 27 comma 3 Cost., ma anche, in modo ancora più specifico e puntuale, dall’art. 3 CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani e degradanti»), dall’art. 7 Patto internazionale sui Diritti civili e politici («Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti») e dall’art. 4 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»). In particolare, tale divieto di fonte supralegislativa non solo implica, come

<sup>603</sup> Nel caso in cui viceversa la “sproporzione” dovesse attenere alla fase della *concreta applicazione* della pena criminale tra il minimo e il massimo edittali, in particolare ai sensi dell’art. 133 c.p., e non costituire un momento di “invalidità” della norma incriminatrice in astratto, il “rimedio” a fronte di questa “sproporzione” si tradurrebbe in un “motivo di appello” (e sempre che, ovviamente, non ci siano limiti all’appello in conseguenza del ricorso a “riti alternativi”).

<sup>604</sup> In una prospettiva quindi diversa rispetto a quella concernente la stessa *astratta* “tipologia” delle pene. Infatti, una cosa è il divieto di pene il cui contenuto si risolve *in re ipsa*, per sua natura, in un trattamento inumano e degradante, come ad es. le pene corporali; altro è un tipo di pena di per sé non contrastante con questo divieto, ma che può essere legislativamente “riempita” di un contenuto consistente in trattamenti contrari al senso di umanità, in particolare all’interno del trattamento penitenziario individualizzato. Si pensi ad es. alla pena carceraria (reclusione) quando il “contenuto” in cui si sostanzia sia legislativamente previsto secondo “modalità di esecuzione” che si pongano in palese contrasto col divieto di trattamenti inumani o degradanti. Diverso discorso ancora è quando, all’interno dell’esecuzione della pena, specie detentiva, il ricorso a trattamenti inumani e degradanti non è neppure previsto a livello legislativo ma si verifica *in concreto*: qui, com’è evidente, non si tratta di un problema di validità della norma incriminatrice (in astratto, e quindi di sua legittima applicabilità), ma solo di violazione di diritti fondamentali della persona detenuta tutelabili nelle sedi giuridicamente competenti. Un esempio potrebbe essere dato dalla prassi dei diversi “gradi”, quanto ad “afflittività”, delle pene detentive (in particolare dell’ergastolo c.d. ostativo) nelle carceri c.d. di “massima sicurezza”.

abbiamo visto, una limitazione già sul piano della stessa “tipologia” di pene legittimamente, e quindi “validamente” (sempre sul piano dell’“ambito di validità materiale esterno” della norma incriminatrice con riferimento alla pena criminale)<sup>605</sup>, introducibili nell’ordinamento positivo italiano; ma esclude anche la legittimità di una qualunque pena che, sebbene di per sé legittimamente prevista dall’ordinamento (ad es., la reclusione da intendere come pena carceraria), consista *astrattamente*, nel suo “contenuto”, in “modalità esecutive” qualificabili, in tutto o anche solo in parte, come contrarie al senso di umanità o comunque alla “dignità” del condannato.

Si pensi, a questo proposito, come logica conseguenza di quanto affermato, alla illegittimità di tutte quelle *ulteriori* “limitazioni” alla “libertà personale” non strettamente, e quindi necessariamente, connesse con quella privazione della “libertà di locomozione” in cui dovrebbe *esclusivamente* risolversi lo specifico “contenuto” di qualunque pena detentiva carceraria<sup>606</sup>. Problema di molto acuito in particolare con quei regimi carcerari “speciali” (non “giustificati” da precise – e limitate – esigenze di “sicurezza” all’interno degli stabilimenti penitenziari, come il “Regime di sorveglianza par-

<sup>605</sup> Retro inizio del paragrafo.

<sup>606</sup> Si pensi, oltre all’eventuale divieto di lettura di giornali e libri o di ascolto di radio o televisione o all’uso di computer, all’isolamento notturno per gli ergastolani e i reclusi in genere (artt. 22 comma 1 e 23 comma 1 c.p.; anche se, con specifico riferimento all’ergastolo, la Suprema Corte ha ritenuto che l’isolamento notturno, quale modalità esecutiva della pena consistente in un inasprimento sanzionatorio in termini di maggiore afflittività, non sarebbe più obbligatoriamente previsto dall’ordinamento per sopravvenuta incompatibilità con l’art. 6 ord. penit.: Cass. Pen., Sez. I, 25 febbraio 2011), “pena nella pena”, anche al gravissimo problema della tutela del “diritto alla sessualità” – come diritto della persona – all’interno delle carceri (non riconosciuto ancora in Italia, con il conseguente indiretto “incentivo”, di fatto, a pratiche omosessuali, oltretutto molto spesso “coatte”, in una spirale – se possibile – di ulteriore “degradazione” dell’istituzione penitenziaria e della “dignità” della persona detenuta). Sulla problematica dei “limiti” entro cui i “diritti del detenuto” come “persona umana” possono essere legittimamente “compressi” in occasione dell’espiazione della pena carceraria si veda, in maniera netta, la posizione della Corte costituzionale (Corte cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26: «L’idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all’organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell’uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l’art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell’ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell’autorità preposta alla sua esecuzione»).

ticolare” di cui agli artt. 14-*bis*, 14-*ter* e 14-*quater* ord. penit.) quale quello inerente all’esecuzione della pena dell’ergastolo, specie “ostativo” (ciò a prescindere, a monte, dalla stessa illegittimità, a mio avviso, di questo “tipo” di pena criminale)<sup>607</sup>.

d) *La “validità materiale interna” della norma incriminatrice con riferimento al “fatto di reato”. La possibile specifica “dimensione” temporale e spaziale del “fatto di reato”. La necessaria “dimensione personale”. Condizioni di punibilità e condizioni di procedibilità*

L’“ambito di validità materiale interno” della norma incriminatrice, che possiamo anche definire, stipulativamente, di “efficacia”, è costituito dal “contenuto specifico”, da un lato, del singolo particolare “tipo” di “fatto di reato” e, più in generale, della relativa “fattispecie di punibilità” – che ne costituisce la “fattispecie condizionante” –, dall’altro, della corrispondente singola particolare “pena criminale” – che ne costituisce la “conseguenza giuridica” –.

Cominciando l’analisi dal “fatto di reato” e dalla “fattispecie di punibilità”, occorre anzitutto osservare come le singole norme incriminatrici, che hanno necessariamente come “oggetto di regolamentazione” un “comportamento umano”<sup>608</sup> logicamente realizzabile, nella sua individualità, in un preciso contesto spazio-temporale<sup>609</sup>, possono anche direttamente prevedere, nella “descrizione” del singolo “fatto di reato”, delle caratteristiche peculiari concernenti una loro “specificità” – e ulteriore – “dimensione”, “temporale” (ad es., “in tempo di guerra”: art. 247 ss. c.p.) o “spaziale” (ad es., “nel territorio dello Stato”: art. 270 c.p.; ovvero “fuori del territorio dello Stato”: abrogato art. 269 c.p.), delimitando così il “tempo” o il “luogo” nel quale la condotta deve essere realizzata per poter assumere “validamente” la sua “rilevanza giuridica” come integrativa di quel particolare “tipo di reato”. Costituendo poi il “comportamento umano” il “nucleo centrale” di qualunque “illecito pe-

<sup>607</sup> Retro nota 579.

<sup>608</sup> Nel senso che, ogni volta che una qualsiasi norma preveda come conseguenza giuridica una “sanzione punitiva”, la “fattispecie condizionante” sia costitutiva di ciò che convenzionalmente abbiamo chiamato “illecito” in quanto basato su un “comportamento umano” vedi retro cap. I, 5 e 17.

<sup>609</sup> In termini generali, si veda l’art. 133 comma 1 c.p. che, fra le “modalità dell’azione” (*rectius*: della “condotta” penalmente rilevante) che il giudice deve tenere presenti nella fase di commisurazione della pena, indica espressamente – non a caso – il “tempo” e il “luogo” in cui si è realizzata il comportamento umano costitutivo del “fatto di reato”, ai fini della determinazione della concreta “gravità” del reato commesso.

nale”<sup>610</sup>, ne consegue che la “descrizione” del “fatto di reato” ad opera di ciascuna norma incriminatrice presenta, *logicamente e quindi necessariamente*, una sua *specificata* “dimensione personale”, dal lato sia del “soggetto attivo” (ad es. il cittadino: art. 364 c.p.; il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio: art. 314 c.p.) che del “soggetto passivo” (ad es., “magistrato in udienza”: art. 343 c.p.).

Queste “dimensioni specifiche” della condotta costitutiva dell’illecito penale, in quanto “modalità” che ne accompagnano l’esecuzione, rappresentano, com’è evidente, “requisiti” che *non debbono essere confusi* con ciò che attiene all’“ambito di validità interno” (rispettivamente) “temporale”, “spaziale” e “personale” della “norma incriminatrice”, inerendo viceversa al suo “ambito *materiale* di validità” sia pure sempre nella sua prospettiva “interna”, operando quali “*elementi costitutivi essenziali*” del singolo “fatto di reato”, in quanto *specificamente* previsti nella sua “descrizione tipica”; “fatto” che assume allora *rilevanza penale*, quale fatto “illecito” (costitutivo di un *determinato* reato), *solo se realizzato in un certo ambito “temporale”<sup>611</sup> o “spaziale”<sup>612</sup>*

<sup>610</sup> Così come di qualunque “fatto” normativamente qualificabile come “illecito”, a qualunque ramo dell’ordinamento giuridico appartenga, propriamente definibile quindi come “atto illecito” in quanto appunto “fatto antiggiuridico” che si sviluppa da un “comportamento umano” riferibile a “*coscienza e volontà*”: vedi retro cap. I, 17 e nota 3.

<sup>611</sup> Si noti come detta “dimensione temporale” che caratterizza il “fatto” disciplinato dalla norma è semplicemente *ulteriore* rispetto alla “dimensione temporale” che costituisce “limite di efficacia” (= “validità interna”) della norma stessa. Infatti le due dimensioni temporali “coesistono” senza possibilità di essere confuse incidendo su aspetti diversi della “validità” della norma incriminatrice – evidenziandosi in tal modo come le indicazioni temporali che costituiscono requisiti del “fatto” *non* rappresentano una “deroga” alle regole dell’art. 2 c.p. o dell’art. 11 disp. legge in gen., ma comportano solo, come conseguenza, che la *dimensione temporale “specificata”* in quanto elemento del “fatto di reato” rientra allora altresì nell’“oggetto del dolo” –, posto che una norma che prevedesse come reato un fatto soltanto se commesso, ad es., “in tempo di guerra” (art. 310 c.p.), potrebbe, a sua volta, limitare il suo “ambito applicativo” solo al passato, al futuro, ovvero estenderlo a tutti i fatti corrispondenti al “tipo di illecito” indipendentemente dalla circostanza che siano stati realizzati prima o dopo l’entrata in vigore della legge penale (meglio: l’esistenza della norma incriminatrice; in generale, sul significato e la portata degli artt. 11 preleggi e 2 c.p. vedi TRAPANI, *Abrogatio*, cit., p. 120 ss.). Ciò, ovviamente, a prescindere dall’ulteriore profilo della “costituzionalità” dell’applicazione di una norma “penale” anche, o solo, a fatti commessi *prima* della sua esistenza. Incostituzionalità (che sarebbe oggi dopo l’entrata in vigore della Costituzione del 1948) certa con riferimento, ad es., ad una normativa come quella introdotta immediatamente dopo la Seconda Guerra mondiale per sanzionare penalmente *ex post* i c.d. “crimini fascisti” (cioè quelli commessi durante il Ventennio e in particolare durante la Repubblica Sociale Italiana, oltretutto persino qualificati come “reati” *ex post* come ad es. il c.d. “collaborazionismo”). Mentre non solo alla stregua dell’art. 2 commi 2-4 c.p. ma anche dell’art. 25 comma 2 Cost. è sempre costituzionalmente “valida” l’applicazione di una norma penale anche a fatti di reato realizzati *prima* della sua esistenza

ovvero solo se realizzato dalla persona e contro la persona indicati specificamente<sup>613</sup> dalla

laddove preveda un trattamento “più favorevole” di quello vigente al tempo della loro realizzazione.

<sup>612</sup> Analogamente a quanto visto per la – eventuale – “dimensione temporale” del “fatto di reato” (retro nota 611), a volte la singola norma incriminatrice può direttamente prevedere, come elemento costitutivo della “situazione di fatto” da essa disciplinata, una *specificativa*, e *ulteriore* (rispetto a quella presa in considerazione dalle “metanorme” costitutive del c.d. diritto penale internazionale: retro nota 455), “dimensione spaziale” perché sia possibile la “qualificazione” come reato di quel fatto da parte della stessa norma; ad es., laddove si prevede che il fatto sia commesso “nel territorio dello Stato” ovvero “all'estero”. Anche qui, ciò non significa però che detta “dimensione spaziale” costituisca solo (un ulteriore elemento rientrante nell’) “oggetto del dolo” del fatto di reato realizzato, posto che la rilevanza dei “limiti spaziali di efficacia” della “norma” non è, in questi casi, di per sé esclusa. Sempre ovviamente che detti limiti spaziali di efficacia della norma non siano “incompatibili” con la – eventuale – “dimensione spaziale del fatto di reato” (per come descritta). Così, se un certo fatto è costitutivo di – e quindi “qualificabile” come – reato solo se commesso “all'estero”, ciò esclude solo l’operatività dei “limiti quantitativi” di pena per l’“efficacia” della norma penale (di qualunque norma penale) per fatti commessi all'estero (e magari anche di eventuali ulteriori “limiti” concernenti la “personalità passiva”), *ma non l’operatività delle eventuali “condizioni di procedibilità”* richieste dalle regole sulla “efficacia spaziale” delle “norme penali” (ossia di quelle che ne individuano la “dimensione spaziale”), a meno che ciò non risulti in maniera inequivoca dalla stessa descrizione del fatto (diversamente PADOVANI, *Reati della navigazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1195, a proposito della portata dell’art. 1080 comma 1 cod. nav., secondo cui la “deroga” apportata da questa disposizione agli artt. 8-10 c.p. «riguarda i presupposti limitativi e le condizioni di punibilità e *procedibilità* cui queste disposizioni subordinano l’applicazione della legge italiana», dunque *tutti i presupposti* per la loro operatività senza distinzione. A ben vedere tuttavia l’art. 1080 comma 1 cod. nav. non può essere utilizzato come esempio ai nostri fini, dal momento che esso apporta sì una “deroga” *ma all’ambito di “validità spaziale”* della norma incriminatrice per una categoria specifica e determinata di reati – quelli previsti dal codice della navigazione – e dunque al suo “ambito di efficacia” nello spazio; il che significa che tale disposizione *non* concerne la “dimensione spaziale” del “fatto di reato” di cui viceversa ci stiamo ora occupando). Così come, a sua volta, se un certo fatto è “qualificabile” come reato solo se commesso “nel territorio dello Stato”, ferma l’applicabilità dell’art. 6 c.p. (che stabilisce in presenza di quali presupposti un fatto di reato si deve ritenere, *normativamente*, “commesso nel territorio dello Stato”: retro nota 500), si dovranno ritenere viceversa “incompatibili” con questa disciplina gli ulteriori “limiti spaziali di efficacia” della “norma” per i fatti commessi all'estero.

<sup>613</sup> Dal momento che, come appena detto, ogni “norma incriminatrice” presenta sempre, necessariamente, una sua *specificativa “dimensione personale”* attinente al suo “ambito di validità materiale interno”, l’autore del singolo “fatto di reato” e la persona *in danno* della quale il fatto è commesso possono essere indicati – oltre che in modo specifico (ad es., nel peculato per quanto concerne il “soggetto attivo”) – *anche in modo apparentemente generico*. Si pensi ad es. al delitto di omicidio doloso comune, il cui fatto costitutivo può essere commesso da qualunque persona fisica contro qualunque persona fisica (persona, quest’ultima, che costituisce anche “oggetto materiale” della condotta, appunto da intendere come la “persona” su cui cade l’attività fisica del reo; anche se *non sempre* la persona fisica-oggetto materiale

*singola norma incriminatrice*. Elementi dunque che, in quanto “essenziali” per l’integrazione dell’illecito, *oltre a contribuire all’individuazione dell’“interesse tutelato”* dalla singola norma incriminatrice, *rientrano altresì, di conseguenza, nell’“oggetto del dolo”*<sup>614</sup>. Requisiti poi che, nella “struttura” del fatto di reato, assumono, in genere, la posizione di “*elementi positivi*”, a loro volta a “contenuto positivo” (come ad es. avviene attraverso la formula “nel territorio dello Stato”) o a “contenuto negativo” (come avveniva, ad es., nell’abrogato art. 269 c.p., attraverso la formula “fuori del territorio dello Stato”, ossia in qualunque parte dello “spazio” che “non” sia “territorio dello Stato”)<sup>615</sup>.

*coincide* con la “persona offesa” dal reato, ossia col titolare dell’interesse protetto: si pensi ad es. all’automutilazione per frodare l’assicurazione: art. 642 comma 2 c.p.; delitto in cui le qualifiche *normative* di “autore” del fatto e “oggetto materiale” della condotta confluiscono, sul piano *naturalistico*, sulla stessa persona fisica, finendo per coincidere). In particolare, poi, con riferimento al “soggetto passivo” del reato, posto che – come abbiamo visto (retro note 162 e 209) –, essendo ogni reato “offesa all’interesse specificamente tutelato”, interesse protetto che non può dunque mai mancare, ne consegue che, essendo ogni “interesse” logicamente riferibile ad un determinato “soggetto giuridico”, questo è *comunque sempre identificabile*, direttamente (si pensi ad es. ai delitti contro il patrimonio o a quelli contro l’amministrazione della giustizia) ovvero *anche solo indirettamente* come nel caso in cui ad es. si tratti di un interesse “collettivo” o “diffuso” attraverso il riferimento ai c.d. “enti esponenziali” operato attraverso il rinvio all’art. 91 c.p.p. (retro cap. III, 2.3 lett. a) e nota 514). Breve: la specifica indicazione del soggetto contro cui il reato è commesso può avvenire da parte della singola “norma incriminatrice” *in via “diretta” o anche solo “indiretta”* una volta individuato l’interesse tutelato.

A questo punto si potrebbe però obiettare che, se i soggetti attivo e passivo specificamente individuati dalla singola “norma incriminatrice” facessero effettivamente parte del “fatto di reato” come suoi requisiti costitutivi, in caso di reati offensivi di interessi “collettivi” o “diffusi”, l’agente, per essere in “dolo”, dovrebbe altresì rappresentarsi di portare la sua condotta offensiva contro gli “enti esponenziali” (laddove esistenti). A ben vedere, credo tuttavia che in questi casi, per aversi dolo, sia *sufficiente* la rappresentazione di offendere interessi per loro natura, appunto, “superindividuali” in quanto riferibili a “collettività” o alla “generalità” dei consociati, *senza* però che sia necessario richiedere che l’agente sappia altresì che l’ordinamento ne attribuisce – appunto per la loro “natura” – la *possibilità di “difesa”* (ossia di “tutela”), anche in sede penale, a *particolari* “enti” singolarmente individuati (conformemente d’altronde a quella c.d. coscienza “laica” che dovrebbe caratterizzare la rappresentazione di qualcosa per potere assumere rilevanza normativa come “dolo”).

<sup>614</sup> Ovvero anche nell’oggetto della “colpa” o della “preterintenzione”, laddove, come avviene nell’ordinamento italiano per i “delitti” (art. 42 comma 2 c.p.), li si preveda espressamente come “criteri di imputazione soggettiva” di un fatto di reato *ulteriori* rispetto al dolo. Vedi anche la nota precedente.

<sup>615</sup> Lo stesso deve dirsi laddove il legislatore utilizzi viceversa la formula “in territorio estero” (che di per sé sembrerebbe indicare un “elemento positivo a contenuto positivo”), dal momento che, così dicendo, si vuole indicare il “territorio *non* dello Stato”: vedi ad es. l’art. 270-*quater*.1 c.p. Con la conseguenza che, ai fini dell’integrazione del “dolo”, il soggetto può rappresentarsi di realizzare il fatto “all’estero” in quanto, logicamente, si rap-

Quanto infine, in particolare, alla loro “natura giuridica”, essi finiscono per costituire, *nel loro “aspetto negativo”*, ossia in caso di loro “mancanza”, *al pari* di tutti gli altri elementi essenziali del tipo di illecito, “*cause di non punibilità*” (sia pure *non* specificamente e autonomamente previste come tali), traducendosi quindi in “*limiti del fatto*” e conseguentemente dell’“ambito di validità *materiale interno*” (= di “efficacia”) della “norma incriminatrice”<sup>616</sup>.

Sempre all’“ambito di validità materiale interno” della norma incriminatrice con riferimento al “*contenuto specifico*” della singola “*fattispecie di punibilità*” appartengono anche le *eventuali* “condizioni di punibilità” e “condizioni di procedibilità” laddove previste per quel particolare “tipo di illecito”. Quanto alle “condizioni di procedibilità”, posto, come abbiamo visto<sup>617</sup>, che nessuna “pena criminale” può essere “validamente”, e quindi legittimamente, applicata se non all’esito di un processo penale da parte di un giudice ritualmente (e quindi formalmente) investito di funzioni giurisdizionali penali (mentre la cognizione, sia pure *incidenter tantum*, dell’esistenza di un “fatto di reato” appartiene, nei casi tassativamente previsti dalla legge, *anche* alla competenza del giudice civile o amministrativo), ne discende logicamente che tali requisiti, pur sicuramente “*estranei*” *rispetto al “fatto di reato”* sebbene comunque appartenenti al “contenuto specifico” della “fattispecie di punibilità”<sup>618</sup>, si traducono, in caso di loro “mancanza”,

---

presenti di commetterlo *fuori* del (= *non* nel) territorio dello Stato, onde la sua natura di elemento “positivo a contenuto negativo” rimane comunque confermata.

<sup>616</sup> Allo stesso modo di come si traduce in “causa di non punibilità” qualsiasi “mancanza” di un elemento che deve, viceversa, esistere per l’integrazione del “fatto di reato” (a prescindere dalla circostanza, *di mera tecnica legislativa*, che tale mancanza sia *altresì* espressamente prevista come *elemento negativo-impeditivo*, come ad es. avviene per l’errore sul fatto rispetto al dolo).

<sup>617</sup> Retro cap. II, 1.

<sup>618</sup> Un dubbio potrebbe però sorgere a questo punto. Se infatti le “condizioni di procedibilità”, condizionando comunque, sia pure *indirettamente*, l’applicabilità della pena, appartengono come detto alla “fattispecie di punibilità” (pur essendo sicuramente *estranee* al “fatto di reato”); mentre altrettanto non si può dire per le “condizioni di punibilità”: infra note 623 e 624), non dovrebbero allora essere *sistematicamente* collocate, più correttamente, nella prospettiva dell’“ambito di validità materiale” della “norma incriminatrice” *con specifico riferimento però alla “pena criminale”* (e non al “fatto di reato”)? La risposta deve essere infatti positiva: vedi infra cap. III, 2.4 lett. h. Non bisogna tuttavia dimenticare che, siccome le condizioni di procedibilità condizionano la valida instaurazione del “processo penale”, esse, come subito vedremo, valgono allora *anche* per la “fattispecie di responsabilità” per le “misure di sicurezza”, posto che queste possono essere applicate *solo* attraverso un valido processo penale. Discorso che vale anche per la responsabilità amministrativa dell’ente da reato (artt. 34 e 37 del d. lgs. n. 231/2001).

anche se *solo indirettamente*, in altrettante “cause di non punibilità”<sup>619</sup>. A conclusioni analoghe, *mutatis mutandis*, si deve poi pervenire anche per la “fattispecie di responsabilità per le misure di sicurezza”: se infatti anche per l’applicazione delle misure di sicurezza – a prescindere dalla loro effettiva natura giuridica – si deve necessariamente passare attraverso il processo penale, ne consegue che la mancanza della “condizione di procedibilità” eventualmente richiesta per il reato per cui si procede si traduce, sia pure indirettamente, in una “causa di inapplicabilità” della stessa misura di sicurezza. E lo stesso discorso va fatto anche per la responsabilità amministrativa dell’ente da reato di cui al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, essendo anche in questo caso l’applicabilità della sanzione amministrativa subordinata all’esistenza di un “valido” processo penale, come si argomenta in particolare anzitutto dall’art. 36 comma 1 d. lgs. cit., a tenore del quale «La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell’ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono»; con la conseguenza, specificamente desumibile dal successivo art. 37<sup>620</sup>, che la mancanza di una “condizione di procedibilità” (penale), operando come “causa di improcedibilità” *anche* per l’«accertamento dell’illecito amministrativo dell’ente», si traduce, indirettamente, anche in una “causa di non sanzionabilità amministrativa” dell’ente stesso.

Più delicato mi sembra, viceversa, il discorso per quanto riguarda la “natura giuridica” e la conseguente “collocazione sistematica” delle “condizioni di punibilità”. Seguendo infatti l’opinione assolutamente predominante in dottrina secondo cui detti requisiti sarebbero elementi “estranei” rispetto al “reato”, evidenziando solo – in ciò avvinandosi alla *ratio* delle condizioni di procedibilità<sup>621</sup> – la “opportunità politica” della punizione (come conseguenza, in genere, della “definitività”, ossia della definitiva

<sup>619</sup> Retro cap. I, 10.

<sup>620</sup> Art. 37 d. lgs. n. 231/2001: «CASI DI IMPROCEDIBILITÀ – Non si procede all’accertamento dell’illecito amministrativo dell’ente quando l’azione penale non può essere iniziata o proseguita nei confronti dell’autore del reato per la mancanza di una condizione di procedibilità».

<sup>621</sup> Si ricordi, a questo proposito, come una parte della dottrina finisca sostanzialmente per *identificare* le due tipologie di “condizioni” quanto alla loro “natura giuridica” (almeno per quanto riguarda le condizioni di punibilità c.d. “estrinseche”: ANGIONI, *Condizioni di punibilità*, cit., p. 1469 ss.; considera viceversa *tout court* come condizioni di procedibilità *tutte indistintamente* le condizioni di punibilità U. GIULIANI-BALESTRINO, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, Cedam, 1966, *passim*); anche se questa operazione dommatica-ermeneutica va, nel sistema italiano vigente, sicuramente *contra legem* (trattandosi di situazioni per cui è prevista una “disciplina” diversa: arg., fra l’altro, dagli artt. 649 comma 1 e 335 c.p.p.). Vedi anche retro nota 92.

“stabilizzazione”, dell’“offesa” contenuto del reato)<sup>622</sup>, ne discenderebbe la loro necessaria collocazione sistematica tra gli elementi della “fattispecie di punibilità” – insieme all’errore sulla qualifica del fatto come “illecito penale” e all’imputabilità del suo autore – *diversi* da quelli costitutivi del “fatto di reato”. Se così fosse, tuttavia, la prima conseguenza che ne discenderebbe sarebbe che, in quanto elementi “*estranei*” al “reato”, la “mancanza” di “condizioni di punibilità” impedirebbe solo l’applicabilità della pena criminale, ma non l’integrazione delle fattispecie di responsabilità “da reato” *diverse* da quella di “punibilità” – responsabilità per le misure di sicurezza, civile da reato e amministrativa dell’ente da reato – che richiedono solo, per la loro integrazione, la realizzazione di un “fatto di reato”. Appare allora sistematicamente più coerente e neppure contrastante col tenore letterale<sup>623</sup> delle disposizioni che hanno ad oggetto le condizioni di punibilità ritenere che si tratti, anche in questo caso, di “*elementi costitutivi del fatto di reato*”, sia pure sottoposti (logicamente, altrimenti non ci sarebbe motivo di una loro previsione autonoma) ad una “*disciplina*” *diversa*, anche se solo parzialmente,

<sup>622</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 292 ss. Distinguono le condizioni di punibilità “intrinseche” (che incidono sull’offesa e quindi fanno parte del “fatto di reato”) dalle “estrinseche” (che, rispondendo solo a ragioni di opportunità politica della repressione, sono esterne rispetto al fatto di reato e alla dimensione dell’offesa) Nuvolone e Pagliaro cit. retro nota 92.

<sup>623</sup> Infatti, la formula legislativa «per la punibilità del reato» di cui all’art. 44 c.p. può *anche*, letteralmente, essere intesa nel senso di: “per la punibilità di un fatto come reato”, ossia per la sua rilevanza normativa come reato; conclusione che mi sembrerebbe trovare ulteriore conferma nell’art. 158 comma 2 c.p. il quale, a proposito della decorrenza del termine della prescrizione, stabilisce che, «Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata». Formula che comunque, muovendo viceversa dall’idea della “estraneità” della condizione oggettiva di punibilità rispetto al reato, ben potrebbe al contrario essere intesa anche nel senso che è la suddetta condizione a indicare la “definitività dell’offesa” (*anche dopo* la consumazione del reato). Quanto poi alla – presunta – “eccezione” (contenuta nell’ultima parte sempre dell’art. 158 comma 2 c.p.) rappresentata dai casi di reati punibili a querela, istanza o richiesta, relativamente ai quali viceversa «il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato», tale disciplina discende dalla circostanza che, in realtà, si tratta di “condizioni di procedibilità”, anche se – come visto (retro cap. II, 1) – *indirettamente* queste si traducono sempre in “condizioni di punibilità”. Lettera della legge che, dunque, non può essere, di per sé, considerata “definitiva” né nel senso dell’estraneità della condizione obiettiva di punibilità rispetto al reato, né nel senso della sua appartenenza alla struttura di questo. Un argomento non irrilevante, se non decisivo, a favore dell’opinione dominante in dottrina si sarebbe viceversa avuto laddove il codice Rocco avesse mantenuto la distinzione tra “condizioni di *esistenza del reato*” e “condizioni *obiettive di punibilità*”, presente nel Progetto del 1927, ma scomparsa nella versione definitiva (e approvata).

rispetto agli *altri* “elementi costitutivi” del “fatto di reato”<sup>624</sup>. Ciò significa

<sup>624</sup> Mi sembra infatti che, se le “condizioni di punibilità” non facessero anch’esse parte del “fatto di reato”, *non avrebbe senso fare riferimento alla loro “estraneità” rispetto al requisito della “volontà”* (« ... il colpevole risponde del reato, *anche se l’evento*, da cui dipende il verificarsi della condizione, *non è da lui voluto*»: art. 44 c.p.): qui si vuol solo ribadire che, pur essendo elementi costitutivi del fatto di reato, le condizioni di punibilità *non rientrano nell’oggetto del dolo*, trattandosi di situazioni la cui presenza (non “fonda” *ma* “delimita” l’ambito applicativo della norma incriminatrice andando quindi “a favore del reo”); e costituisce *principio generale dell’ordinamento penale* che tutto ciò che va “a favore” dell’autore del fatto rileva giuridicamente *solo per la sua “oggettiva esistenza”* (arg. ex art. 59 comma 1 c.p., con riferimento alle cause di giustificazione e in genere di esclusione della pena – *infra* nel testo – ma anche alle circostanze attenuanti, *salvo*, ovviamente, che un momento di partecipazione soggettivo-psicologico non sia espressamente richiesto dalla “struttura specifica” di una di queste situazioni: MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., pp. 362 e 641-643; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 213 ss.). E senza, a sua volta, dimenticare che, essendo il “dolo” concetto *normativo*, spetta solo al legislatore nella sua “discrezionalità politica” individuarne l’“oggetto”, sempre che rispetti quel requisito soggettivo di imputazione “minimo” costituito dalla “dominabilità” del fatto concretamente realizzato imposto dall’art. 27 comma 1 Cost. (sul punto vedi *amplius* TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 48 ss. e retro nota 78). Né (contro l’idea che le condizioni di punibilità facciano parte del “fatto di reato”) può essere d’ostacolo la formula dell’art. 44 c.p. «Quando, *per la punibilità del reato*, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole *risponde del reato*», da cui sembrerebbe, almeno a prima vista, doversi desumere che la condizione di punibilità *presupponga* un reato già realizzato: infatti, se di “reato” non si può comunque parlare in mancanza anche di uno solo dei suoi elementi costitutivi, laddove si consideri la condizione di punibilità come elemento costitutivo del fatto, anche la sua presenza è allora evidentemente richiesta per la “punibilità del reato” (vedi anche retro nota 623). Breve: l’art. 44 c.p. vuole solo evidenziare la *peculiarità della disciplina* delle condizioni di punibilità con riferimento all’“oggetto del dolo”. A queste considerazioni si aggiunga – elemento *systematicamente* non irrilevante – come l’art. 44 sia *topograficamente* collocato nel codice penale tra le disposizioni che dall’art. 42 all’art. 49 hanno ad oggetto specifico la *disciplina generale* dell’“elemento soggettivo” (meglio: dei “criteri soggettivi di imputazione”) del “fatto di reato”. E anche la circostanza che, in mancanza di una condizione di punibilità, la dottrina abbia da sempre ritenuto che la formula “assolutoria” utilizzabile sia «*il fatto non costituisce reato*» – si noti: nel “merito” dell’imputazione quindi, *non nel “rito”*; altra differenza di disciplina rispetto alle condizioni di procedibilità –, ciò appare difficilmente giustificabile continuando a ritenere che le condizioni di punibilità siano elementi estranei rispetto, appunto, al “fatto di reato”. La vera difficoltà rimane comunque individuare i *criteri normativi* per potere univocamente stabilire *quando* si sia in presenza di una condizione di punibilità; operazione ermeneutica necessaria vista la – sia pure parziale – *diversità di “disciplina”* delle condizioni di punibilità rispetto agli altri elementi costitutivi del fatto di reato (oltre che alle condizioni di procedibilità).

Per completezza (e ricapitolando in una prospettiva d’insieme quanto già evidenziato retro note 80 e 82), occorre infine a questo punto ricordare come esistano nell’ordinamento anche *situazioni di “anomalia”* con riferimento all’“oggetto del dolo”; situazioni cioè, in particolare, nelle quali elementi costitutivi essenziali del fatto di reato, pur rientrando nell’“oggetto del dolo”, presentano “anomalie”, meglio: *diversità “strutturali”*, rispetto a quanto dovrebbe discendere dalla definizione del “delitto doloso” di cui all’art. 43 comma 1 primo

alinea c.p. (e dall'art. 47 c.p.). Oltre ai casi di reato "diverso da quello voluto" da taluno dei concorrenti ipotizzati dagli artt. 116 e 117 c.p., che individuano, *diversamente e autonomamente* da quanto stabilito nella definizione del delitto doloso di cui all'art. 43 comma 1 primo alinea c.p., l'"oggetto del dolo" dell'"atto di partecipazione atipica" (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 142-150 e retro nota 80), si pensi anche, in sede di esecuzione monosoggettiva, a ciò che è oggetto del dolo alla stregua degli artt. 47 comma 2 e 49 comma 3 c.p. con riferimento all'"errore sugli elementi specializzanti-differenziali" (TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 238 ss. e note 80, 649 e 709); e, *last but not least*, all'art. 609-*sexies* c.p. a proposito dell'ignoranza dell'età della persona offesa con riferimento ai delitti contro la libertà sessuale (retro nota 82), età della persona offesa che, pur costituendo, con riferimento ad alcuni delitti ivi specificamente indicati (si pensi ad es. al delitto di atti sessuali con minorenni: art. 609-*quater* c.p.), addirittura l'*unico elemento* sul piano del fatto oggettivo che consente di distinguere un atto sessuale "lecito" da uno "penalmente illecito", non è tuttavia necessario per aversi dolo, *in deroga* a quanto stabilito in via generale dall'art. 43, la effettiva rappresentazione della minore età del partner, richiedendosi *solo* la sua concreta "conoscibilità" (come avviene d'altronde anche con i criteri di imputazione per "dolo" previsti dagli artt. 116 e 117 c.p.: retro note 80 e 82), più precisamente, la *manca* della sua "ignoranza inevitabile", utilizzando una formula strutturalmente identica a quella dell'art. 5 c.p. (anche se qui si tratta di "colpa per il fatto" e non di "culpa iuris": per le conseguenze che discendono da questa distinzione vedi retro cap. III, 2.4 lett. b). Stesso discorso, sempre a proposito dell'ignoranza dell'età della persona offesa, che – *mutatis mutandis* – va oggi ripetuto anche per i "delitti contro la libertà individuale" ai sensi dell'art. 602-*quater* c.p. Il che ha fatto dire a parte della dottrina che saremmo qui in presenza di fatti di reato strutturalmente "colposi" *ma solo trattati* ai fini della "disciplina" *come se fossero* "dolosi", parlandosi così di "responsabilità *anomala*". Conclusione a mio avviso assolutamente insoddisfacente dal punto di vista strettamente "normativo". Anzitutto infatti non si capisce perché il legislatore dovrebbe trattare come "doloso" un fatto "strutturalmente" colposo (e viceversa: si pensi alla ormai datata disputa, oggi fortunatamente superata, sulla natura intrinsecamente "dolosa" dei casi di c.d. "colpa impropria", trattandosi di situazioni in cui l'"evento" – inteso in senso "naturalistico" – è psicologicamente "voluto" dall'agente). Essendo infatti il "dolo" come la "preterintenzione" e la "colpa" *solo "concetti normativi"*, ossia esistenti solo nella "realtà normativa" in quanto di creazione legislativa, come "qualifiche normative" funzionali all'applicazione di un certo tipo di "disciplina" (appunto, rispettivamente, quella stabilita per i delitti dolosi, preterintenzionali e colposi), ne discende che spetta esclusivamente al legislatore – ovviamente nel rispetto dei principi costituzionali, che costituiscono altrettanti "limiti" per il legislatore, in particolare quello di "dominabilità" in concreto di qualunque fatto di reato *ex* art. 27 comma 1 Cost. – individuare, secondo le esigenze di "politica criminale" che intende perseguire, la "struttura" del *quid* "naturalistico" che costituisce "oggetto" della "qualificazione" come doloso, preterintenzionale o colposo. Breve: è *solo il legislatore* che può *politicamente* stabilire *che cosa* si debba intendere, *normativamente*, per "dolo", "colpa" o "preterintenzione" (in quegli ordinamenti, come l'italiano, in cui esiste anche questo terzo criterio di "imputazione soggettiva" di un "fatto di reato"); ossia quale deve essere l'"oggetto della qualificazione". Ragionando altrimenti, si verrebbe infatti a operare un'indebita confusione, anche con riferimento specifico ai "criteri soggettivi di imputazione" del "fatto di reato", tra il "piano naturalistico" dell'"oggetto della qualificazione" ("soggettivamente", eventi "psichici" *effettivi*, come la volontà e/o la rappresentazione, o meramente *ipotetici*, come una rappresentazione che non c'è stata *ma avrebbe potuto esserci*, ossia la rappresenta-

allora conseguentemente che la “mancanza” di una “condizione di punibilità” – come suo mero “aspetto negativo” – si risolve *direttamente* in una “causa di non punibilità”<sup>625</sup>.

bilità) e la “qualificazione dell’oggetto” sul piano “normativo-giuridico” (dolo, preterintenzione, colpa). In ultima analisi, ciò significa che, al fine della ricostruzione, in particolare, dei “concetti” di “dolo” e “colpa”, devono essere correttamente qualificati *sul piano “normativo”* come “dolosi” o “colposi” non solo i “criteri soggettivi di imputazione” ricavabili dalle definizioni dell’art. 43 c.p., ma *anche* quelli strutturalmente *diversi* stabiliti rispettivamente, da un lato per l’imputazione a titolo di “dolo”, dagli artt. 47 comma 2 e 49 comma 3, 116 e 117, e 602-*quater* e 609-*sexies* c.p. (retro note 80 e 82), dall’altro per l’imputazione a titolo di “colpa”, dall’art. 83 c.p. (con riferimento alla fattispecie di c.d. *aberratio delicti*: sul punto vedi *amplius* TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 85 ss.).

<sup>625</sup> Per completezza, occorre altresì rilevare come il diritto positivo conosca come *categoria normativa* autonomamente prevista anche quella delle “condizioni di non punibilità” (definite da una parte della dottrina anche come “condizioni di punibilità costruite negativamente”) la cui “natura” è probabilmente quella di “*elementi negativi*” del “*fatto di reato*”, ossia di condizioni in presenza delle quali viene meno il fatto di reato. O forse meglio, laddove si concretino in *comportamenti successivi* e *antagonisti* rispetto a quelli costitutivi del fatto di reato, in “*cause estintive del reato a contenuto negativo*”, nel senso che debbono *mancare* per la “punibilità” del reato (ossia che è la loro presenza a comportare la “non punibilità” del reato; si veda ad es. l’art. 257 comma 4 d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152, c.d. Codice dell’ambiente, secondo cui «L’osservanza dei progetti approvati ai sensi degli articoli 242 e seguenti costituisce *condizione di non punibilità* per le contravvenzioni ambientali contemplate da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al comma 1»). Il che determinerebbe un *perfetto parallelismo* con le “condizioni di punibilità”; e si veda anche l’*analogia strutturale* con l’art. 641 comma 1 c.p., dove l’elemento «qualora l’obbligazione non sia adempiuta» costituisce – forse – “condizione di punibilità”, sia pure “a contenuto negativo” (requisito che oltretutto costituisce oggetto della “finalità” che deve sorreggere la condotta dell’agente), nel senso che deve oggettivamente “mancare” per la punibilità del reato; elemento cui si accompagna, come “causa estintiva del reato” ma “a contenuto positivo”, il successivo comportamento “antagonista” di “adempimento dell’obbligazione”. Solo che, nel nostro caso, si invertono i fattori: costituirebbe “condizione di non punibilità” ad es. la – positiva – “bonifica”, quindi “condizione di non punibilità” “a contenuto positivo”. O forse ancora si potrebbe pensare ad un *fatto di reato* “*a condotta plurima*”, positiva prima e *negativa dopo*. Qualunque possa essere allora la soluzione del problema, ciò significa però comunque che la “presenza” di una “condizione di non punibilità” si traduce direttamente in una “causa di non punibilità”.

Occorre infine ricordare come una ulteriore categoria “autonoma” di “condizioni di maggiore punibilità” sia normativamente prevista – a quanto mi consta – a livello di diritto positivo *solo* nella “rubrica” dell’art. 1121 cod. nav. (ricordando come autore dell’articolato concernente i reati del codice della navigazione fosse stato, non a caso, Giovanni Leone, sostenitore dell’esistenza di questa categoria di elementi). Si noti tuttavia come questa categoria delle “condizioni di maggiore punibilità”, anch’essa di origine germanica, non abbia *normativamente* senso, e quindi una autonoma ragion d’essere, nel sistema penale italiano, dove l’esigenza di un “aggravamento di pena” in presenza di certe situazioni è assolta dall’istituto – questo sì specificamente disciplinato dal diritto positivo – delle “circostanze aggravanti” (vedi, con riferimento alla posizione che assumeva il fallimento con riferi-

Una volta poi riconosciuto che le “condizioni di punibilità” indicano la “definitività” dell’“offesa” che costituisce “contenuto” del “fatto di reato” e dunque, in quanto tali, debbono logicamente ritenersi – *in ogni caso*, a prescindere dalla loro “natura giuridica”, ma *a fortiori* laddove le si ritenga “elementi essenziali” del “fatto di reato” e quindi sue “condizioni di esistenza” – strettamente “legate” al concetto stesso di “reato”, non v’è allora dubbio che anch’esse entrino a far parte *altresì di tutte le altre* “fattispecie di responsabilità da reato” diverse da quella di “punibilità”<sup>626</sup>.

e) (segue) *La “dimensione personale” del “fatto di reato”. Il concetto di “legittimazione attiva” al reato. Reati “comuni” e reati “propri”*

Abbiamo visto come, sviluppandosi *qualunque* “fatto di reato”, in quanto (costitutivo di un) “illecito”<sup>627</sup>, da un “comportamento umano” in violazione di un obbligo di “fare” o di “non fare”, la sua “descrizione” da parte di ciascuna norma incriminatrice implica logicamente, e quindi necessariamente, anzitutto la *specificata indicazione* del “soggetto di diritto” che deve realizzarlo – a seconda dei casi, in qualità di “autore” o “concorrente”

---

mento al delitto di bancarotta fraudolenta impropria nella formulazione originaria dell’art. 223 comma 2 n. 1 R. D. 16 marzo 1942 n. 267, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. II. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell’urbanistica*, 11<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2001, pp. 132-133; in generale MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 637 ). E ciò anche senza contare che, se *prima* della riforma del sistema di imputazione delle circostanze aggravanti (ad opera dell’art. 1 legge 7 febbraio 1990 n. 19) l’opzione dommatica in un senso o nell’altro era sostanzialmente priva di conseguenze pratiche (imputandosi anche le aggravanti “oggettivamente”, o meglio per il semplice fatto della loro esistenza: art. 59 comma 1 c.p. prima della riforma del 1990), *oggi* la situazione normativa è radicalmente mutata, posto che le circostanze aggravanti si imputano soggettivamente solo se rappresentate o quantomeno rappresentabili (art. 59 comma 2 c.p. vigente). Vedi anche retro nota 191. Occorre poi, a sua volta, ricordare come nel Progetto preliminare del Codice penale del 1927 fosse prevista anche la dicotomia tra “condizioni di punibilità” e “condizioni di esistenza del reato” (retro nota 623).

<sup>626</sup> Questa conclusione – di ritenere necessaria la positiva presenza della “condizione obiettiva di punibilità” *anche* per l’operatività di tutte le altre “fattispecie di responsabilità da reato” *diverse* da quella di “punibilità” – permette poi anche di evitare il problema della preventiva individuazione della “natura giuridica” delle “misure di sicurezza” quali “sanzioni penali”, accanto alle “pene criminali” (come ritenuto dalla dottrina dominante: retro nota 55 e cap. I, 6), come presupposto logico per intendere il concetto di “punibilità” di cui all’art. 44 c.p. quale *sinonimo* del più ampio concetto di “sanzionabilità criminale” (retro nota 86); e dunque per rendere inapplicabili anche le misure di sicurezza in caso di mancata verifica della condizione obiettiva di punibilità laddove (eventualmente) richiesta dalla singola “norma incriminatrice”.

<sup>627</sup> Per la distinzione di teoria generale, sia pure sulla base di definizioni stipulative, tra “fatto antiggiuridico” e “fatto illecito” vedi retro cap. I, 17.

– perché questo “fatto” possa assumere la sua *rilevanza normativo-criminale* come “reato”.

L’“ambito di validità materiale interno” della singola norma incriminatrice comprende dunque *sempre*, come detto, la “*dimensione personale*” del “fatto di reato”. Tale “dimensione personale dell’illecito” può poi essere considerata, più analiticamente, nella prospettiva sia del “soggetto attivo” che del “soggetto passivo” del reato; soggetti la cui “*capacità al singolo reato*” si può stipulativamente *anche* definire – per non confonderla con quella che abbiamo definito come “capacità speciale al reato” che attiene viceversa all’“ambito di validità personale” della “norma incriminatrice”<sup>628</sup> – come “*legittimazione al reato*”, rispettivamente “attiva” e “passiva”.

La “legittimazione al reato”, in quanto “*specificazione*” del concetto di “*capacità penale*”<sup>629</sup>, è a sua volta, di per sé, un *concetto generale* in quanto tendenzialmente riferibile a tutti i “tipi di reato” *individualmente* considerati, concetto da intendere *formalmente* come la idoneità di un “soggetto di diritto” ad essere titolare, e quindi valido “destinatario”, delle *situazioni giuridiche soggettive*, rispettivamente, di “obbligo” (“legittimazione attiva al reato”) e di “diritti e facoltà” (“legittimazione passiva al reato”), *specificamente previste per ciascun “tipo di illecito”*.

Prendendo anzitutto in considerazione l’autore dell’illecito penale, ossia il suo “soggetto attivo”, la “legittimazione attiva al reato” può essere definita come la “qualifica normativa personale” del soggetto-persona fisica specificamente “obbligato” dalla singola norma incriminatrice a “non realizzare”<sup>630</sup> il particolare “fatto di reato” da essa descritto nella “fattispecie di punibilità” “condizionante” la conseguenza giuridica della “pena criminale”. Tale “legittimazione attiva al reato” presenta un *doppio aspetto* (che può dare luogo ad altrettanti “limiti”): “*materiale*” e “*formale*”. Dal punto di vista “materiale”, il suo “*sostrato naturalistico*” è costituito da quel “*minimo*” di “*idoneità psico-fisica*” richiesto ad un *soggetto-persona fisica* per potere realizzare

<sup>628</sup> Retro cap. III, 2.3 lett. c.

<sup>629</sup> Si tratta di una “specificazione” del concetto di “capacità penale” in quanto anche la “dimensione personale” del “fatto di reato”, pur attenendo all’“ambito di validità materiale” e non a quello “personale”, *individua comunque i soggetti “destinatari” – attivi e passivi – della* (meglio: di “quella”) “*norma penale incriminatrice*”; in particolare, se soggetti attivi, “obbligati” all’osservanza del comando o divieto ivi specificamente stabilito.

<sup>630</sup> Formula generica, comprensiva sia dell’obbligo di “non fare” che dell’obbligo di “fare”. Si tenga infatti presente come, logicamente, un divieto possa anche essere formulato in termini di comando, e viceversa un comando in un divieto (ti comando di non fare qualcosa – ad es. ti ordino di non uccidere – o, al contrario, ti proibisco di non fare qualcosa – ad es. ti vieto di non soccorrere una persona in pericolo).

un determinato “fatto di reato” per come “descritto” dalla singola norma incriminatrice; “idoneità” che si potrebbe, sempre stipulativamente, anche definire come “capacità naturale” alla realizzazione del *singolo* fatto di reato<sup>631</sup>.

Dal punto di vista “formale”, viceversa, il concetto di “legittimazione attiva al reato” si riferisce alla “qualifica normativa” che l’autore del fatto

<sup>631</sup> Così, ad es., un delitto di violenza sessuale, sebbene astrattamente riferibile a “chiunque” (come recita l’art. 609-bis c.p.), non può essere posto in essere da un bambino di cinque anni. Si potrebbe però obiettare che anche un bambino di pochi anni potrebbe realizzare un fatto di violenza sessuale usando un manico di scopa ovviamente senza capire che cosa stia in realtà facendo. E si potrebbe allora andare oltre dicendo che qui, quantomeno, ci sarebbe la realizzazione del “fatto di reato” sul piano obiettivo. A ben vedere tuttavia questa conclusione non mi sembra accoglibile, dal momento che il termine “violenza”, che individua la condotta costitutiva del reato, già dal punto di vista del significato linguistico comune, *di per sé* non può essere inteso su un piano esclusivamente “materiale” ma esige, per la sua esatta comprensione, anche il riferimento ad un momento “soggettivo-psicologico”, finalisticamente orientato. In realtà, muovendo da una attenta analisi delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore per indicare i vari tipi di “condotte” costitutive di reato, a parte i reati c.d. “a forma libera” in cui la condotta tipica non è individuata per “note interne” ma solo attraverso un collegamento causale, effettivo (ad es. omicidio) o potenziale (ad es., nei delitti di “attentato”: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 304 e ID., *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 92), con un “evento naturalistico”; al contrario, per tutti i reati c.d. “a forma vincolata”, già alla stregua del linguaggio comune, la “condotta” richiede sempre un momento “soggettivo-psicologico” di “direzione finalistica”, sia pure secondo le conoscenze proprie del “profano” (ossia del comune cittadino): si pensi ad es. alle formule (normative) «si impossessa», «istiga», «incita», «maltratta», «altera», e così di seguito, ossia a quei fatti di reato che già Hellmuth Von Weber (un grande dommatico purtroppo dimenticato, non a caso spesso indicato come un precursore del “finalismo”, ma in realtà strettamente legato nella sua costruzione del reato al dato normativo) distingueva, con riferimento alla “condotta”, in quelli caratterizzati dall’uso di “verbi finali”, in quanto “*tendenti*” ad un “risultato”, rispetto a quelli caratterizzati dal ricorso a “verbi causali” (H. VON WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrecht*, 2. Auf., Bonn, Dümmlers, 1948, pp. 54-55). Ma si pensi ancora, in particolare, ai delitti di “vilipendio”: prescindendo anche da ogni considerazione sulla stessa (il)legittimità costituzionale di questa tipologia di reati (per palese contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero sancita dall’art. 21 Cost.; vedi note 546 e 949), dato il significato in cui deve essere assunto il termine “vilipendio” (come sinonimo di manifestazione di forte “disprezzo” per qualcosa o qualcuno), per la realizzazione di questi “tipi” di illecito appare necessario, in quanto logicamente “*implicito*” nella stessa “*descrizione*” del fatto, che il soggetto attivo debba essere una persona *anche, naturalisticamente, capace di intendere e di volere*. Breve: anche qualunque manifestazione esteriore di un disprezzo estremo nei confronti di qualche istituzione implica logicamente che il soggetto agente *si renda conto di ciò che fa e sia libero di autodeterminarsi*, requisito da “presumere” (meglio: da ritenere “implicito”) laddove si voglia parlare di condotta di “vilipendio”; nel senso che *non si può parlare di “vilipendio” se il soggetto agente non ha anche la “personale” “capacità naturalistica” di intendere e di volere* ciò che fa (*non, si noti, anche l’“imputabilità”* come “qualifica normativa”, su cui vedi dopo nel testo, “imputabilità” che *non coincide* – nonostante quanto sembrerebbe discendere dall’art. 85 comma 2 c.p. – con il suo “sostrato naturalistico” della “capacità di intendere e di volere”: retro cap. III, 2.3 lett. b).

specificamente descritto dalla singola norma incriminatrice deve possedere perché quel fatto possa essere validamente rilevante come “reato”. Da questa prospettiva, viene anzitutto in evidenza la *distinzione* – comunemente accolta in dottrina – tra reati c.d. “*comuni*” e reati c.d. “*propri*”. Secondo una definizione tradizionalmente e comunemente ripetuta in dottrina, i *reati c.d. “comuni”* sono così chiamati in quanto possono essere appunto commessi da “*chiunque*”<sup>632</sup> (formula con cui, *in genere*, si apre la “descrizione” della maggioranza dei singoli fatti di reato, almeno di quelli previsti dal codice penale, per indicare il “destinatario” dello specifico “obbligo” penalmente sanzionato); a sua volta, i *reati c.d. “propri”* sono così definiti in quanto, conformemente a quanto stabilito da un certo “tipo descrittivo”, possono essere commessi *solo* da soggetti che rivestono una *determinata “qualifica giuridica”* (ad es., pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio ovvero ancora cittadino o straniero) o che si trovano in una *particolare “condizione personale”* (si pensi ad es., nel delitto di bigamia, al soggetto già «legato da un matrimonio avente effetti civili»: art. 556 c.p.) *normativamente rilevante*<sup>633</sup>. Qualifica o condizione personale che, *restringendo* il novero dei possibili soggetti attivi del reato, costituisce un “limite personale alla commissione del fatto”, ossia un limite alla sua “dimensione personale” (e quindi anche della “norma” con riferimento al suo “ambito materiale”).

A ben vedere, tuttavia, posto che – come abbiamo visto – *nessun* “fatto” corrispondente ad un qualunque “tipo”, ossia ad un “modello astratto”, di illecito penale è *normativamente* qualificabile come “reato” se non realizzato da un “soggetto giuridico” avente la “*qualifica personale*” richiesta dalla relativa “norma incriminatrice – e quindi abbia, giuridicamente, la “*legittimazione*” alla commissione di *quel* “fatto di reato” –, *anche il termine “chiunque”* è, dal punto di vista giuridico-penale, indicativo di una “*qualifica personale*” *normativamente rilevante* in quanto anch’esso riconducibile alla “descrizione” di quello specifico “tipo di illecito” come suo “elemento costitutivo”. In altre parole, anche il termine “chiunque”, nel momento in cui individua, “qualificandola” sia pure in modo “generico”, la persona fisica “destinata-

<sup>632</sup> Sempre ovviamente che abbia la “capacità attiva al reato”: vedi retro cap. III, 2.3 lett. a.

<sup>633</sup> Ciò, o perché il fatto per come descritto dal legislatore può essere commesso solo da *quel* soggetto qualificato (indicato dalla norma come “soggetto attivo”); o perché il legislatore, pur essendo la descrizione del fatto compatibile con la sua realizzazione ad opera di chiunque, ha ritenuto di doverne *delimitare la rilevanza come reato* solo se commesso da un soggetto che riveste una determinata qualifica; ovvero perché il fatto, di per sé considerato, sarebbe già costitutivo di un certo “tipo” di reato, ma il legislatore lo ha voluto prevedere *come “tipo autonomo”* se commesso da un soggetto avente una determinata qualifica, “*tipo speciale*” in genere più gravemente sanzionato rispetto all’ipotesi-base.

ria” dell’“obbligo” penalmente sanzionato da una determinata norma incriminatrice, assume una sua *specifica* rilevanza normativa al pari di tutti gli altri elementi che rientrano nella “formula descrittiva” di un certo “fatto” affinché possa essere *normativamente* qualificato come “reato”.

Con la conseguenza allora che, se *tutti indistintamente* i soggetti “legittimati” alla commissione di un *qualunque* fatto di reato sono, *dal punto di vista normativo*, soggetti *personalmente* “qualificati”, anche qualora, per comodità espositiva, si voglia *convenzionalmente* continuare a riferire, in modo “restrittivo”, l’attributo di “qualificati” alle sole persone che rivestono una *particolare* “qualifica soggettiva”, la precisione dommatica impone comunque di ricordare che si tratta di una qualifica che potremmo definire di “secondo grado” o anche “*in senso stretto*” in quanto riferita ad una “condizione o qualità personale” del soggetto attivo del reato *strutturalmente* “speciale”, in particolare “speciale per specificazione”<sup>634</sup>, rispetto alla condizione espressa attraverso il ricorso al termine generale (e generico) “chiunque”.

Da queste considerazioni discende allora che la individuazione del soggetto che ha la “legittimazione attiva” alla commissione di un certo reato, qualunque possa essere la “formula” di volta in volta utilizzata dal legislatore per indicarne la “qualificazione normativa personale” – soggetto che rivesta una particolare “qualifica soggettiva” o che si trovi in una particolare “condizione personale”, come ad es. “pubblico ufficiale”, ma anche indicato attraverso il termine generico “chiunque” –, in quanto “elemento costitutivo” della “descrizione tipica” di ogni “fatto di reato” sotto il profilo della sua “dimensione personale”, contribuisce *sempre* alla ricostruzione ermeneutica dell’“interesse tutelato” dalla singola norma incriminatrice<sup>635</sup>, rientrando conseguentemente altresì, in quanto requisito del “fatto”, *sempre*

<sup>634</sup> Sulle diverse “relazioni strutturali” tra fattispecie – in particolare, tra “fattispecie di reato” (sul problema della teorica possibilità di parlare di “fattispecie” con riferimento al solo “reato” vedi retro nota 30) – relazioni così identificabili muovendo dalla massima “vicinanza” alla massima “lontananza”: identità, specialità in astratto unilateralmente per specificazione o unilateralmente per aggiunta, specialità bilaterale-reciproca o in concreto, mera interferenza, a sua volta per elementi di fattispecie o in concreto, totale diversità – si veda, per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 510 ss. Per una applicazione di detti concetti alla tematica particolare della divergenza tra reato “voluto” e reato “realizzato” vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., *passim*.

<sup>635</sup> La rilevanza ai fini della individuazione dell’interesse tutelato *anche* della indicazione del soggetto che ha la “legittimazione attiva” alla commissione del “fatto di reato” (tanto se si tratta di qualunque persona fisica quanto di un soggetto esplicitamente qualificato) trova altresì conferma nella sua incidenza sulla stessa “quantificazione astratta” della pena a fronte di un comportamento strutturalmente identico o analogo (si faccia, per tutti, l’esempio dei rapporti tra appropriazione indebita e peculato).

nell'“oggetto del dolo”.

*Rebus sic stantibus*, considerando che la “qualifica normativa personale” che individua la “legittimazione attiva” ad un certo reato fa *comunque* parte del “fatto” che lo costituisce (al pari di tutti gli altri elementi “essenziali”), invece di seguire la distinzione tradizionale tra reati “comuni” e reati “propri”, guardando cioè principalmente alla figura dell'autore del reato se soggetto “non qualificato” (meglio: “qualificato” in modo generico) o “qualificato” in modo specifico, sarebbe allora senz'altro *sistematicamente più utile* – soprattutto ai fini della individuazione della disciplina applicabile, specie in sede di concorso di persone – *distinguere* tra reati *a seconda della specifica “descrizione” di ciascun “fatto di reato”* focalizzando l'attenzione, in particolare, sul “ruolo” che assume, nella “struttura” del singolo “fatto di reato” – e conseguentemente nella individuazione dell'“interesse tutelato” da quella norma incriminatrice –, la “qualifica giuridica” del “soggetto attivo” (quale elemento “essenziale-costitutivo” dello stesso “fatto di reato” nella sua specifica “dimensione personale”), in quanto “fondamento”, nel senso di *condicio sine qua non*, per la integrazione di quel particolare “titolo di reato” e quindi della “specie” e “quantità” di pena per esso prevista.

Così, da un lato, ci sono reati, riconducibili sotto un determinato “titolo autonomo”, che, *per come è “descritto” il “fatto”* dalla *singola* norma incriminatrice nelle “note” che lo caratterizzano, possono essere realizzati da qualunque soggetto-persona fisica, ossia – secondo il termine usato nella tecnica legislativa penale – da “chiunque” (*c.d. reati “comuni”*: ad es., omicidio o furto)<sup>636</sup>; ovvero *solo* da un soggetto avente una determinata “qualifica soggettiva” o che si trovi in una particolare “condizione personale”, elementi “personali” caratterizzanti la specifica “legittimazione attiva” alla commissione di quel reato, che presentano però la *caratteristica* di *potersi ricavare, anche se non esplicitamente menzionati nella norma incriminatrice, dalla stessa descrizione del fatto tipico* (*c.d. reati “pseudo-propri”*: ad es., la corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio, di cui all'art. 319 c.p.)<sup>637</sup>.

<sup>636</sup> E qui sta appunto il *significato dell'uso del termine “chiunque”*, elemento “personale” facente parte della “descrizione”, e quindi della “struttura”, del “fatto di reato”.

<sup>637</sup> Spesso in dottrina si fa come esempio di reato c.d. “pseudo-proprio” il peculato. A ben vedere, mi sembra tuttavia che il peculato non possa propriamente rientrare in questa categoria, dal momento che non solo un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio può avere «per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui». Come mi sembra altresì dimostrato *ex adverso* dall'art. 215 c.p.m.p. sul peculato militare, in cui, pur essendo previsto come autore del fatto un soggetto “qualificato” (militare che si trovi in una certa posizione), non può essere di per sé considerato pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (in

Sempre in questa stessa logica, occorre a sua volta sottolineare come la qualificazione dogmatica di un certo illecito penale come “reato comune”, e non “proprio”, non dipende sempre dalla mera estrinseca (se non casuale) utilizzazione da parte del legislatore del termine “chiunque”. Infatti, se, nonostante il ricorso da parte del legislatore al lemma “chiunque”, lo “specifico” “fatto di reato”, per come “descritto” nel “tipo”, può essere commesso *esclusivamente* da un soggetto “qualificato” (nel senso che rivesta una “qualifica speciale”, come nel caso dell’art. 251 c.p.: «Inadempimento di contratti di forniture in tempo di guerra», ossia la qualifica di “contraente inadempiente”), si tratterà comunque dogmaticamente di un reato “proprio”; con tutte le conseguenze che ne discendono sul piano della “disciplina”. Infatti, “chiunque”, secondo l’ipotesi di reato di cui all’art. 251 c.p., è, propriamente, qualunque persona che, in tempo di guerra, ha concluso con lo Stato (o altra entità specificamente indicata nella stessa disposizione) «un contratto di fornitura di cose o di opere», ossia che si trovi nella particolare “condizione personale” di “contraente” descritta dalla norma incriminatrice. Situazione, a ben vedere, esattamente “speculare” rispetto a quella costitutiva dei reati c.d. “pseudo-proprio”; che dà luogo ad una tipologia di reati che, convenzionalmente, si potrebbero allora anche definire come “pseudo-comuni”<sup>638</sup>.

Tutto ciò conferma ulteriormente la *discutibilità* – e quindi la sostanziale inaffidabilità e inutilizzabilità – sul piano dommatico della distinzione per come comunemente operata tra reati “comuni” e reati “propri”, guardando cioè solo in particolare alla qualifica normativa dell’autore del fatto (per come legislativamente esplicitata) piuttosto che alle “modalità” attraverso cui il “fatto” è “descritto” dalla norma incriminatrice. Ponendo viceversa l’attenzione prioritariamente sulla “descrizione del fatto”, è possibile allora evidenziare l’affinità sostanziale e quindi la sostanziale “*analogia*” strutturale, da un lato, tra reati c.d. “comuni” *in senso stretto* (ossia quelli, per precisa volontà legislativa, realmente *sul piano “normativo”* realizzabili da “chiunque”) e reati strutturalmente definibili come c.d. “pseudo-proprio” (ossia realizzabili, per come è descritto il relativo “fatto”, solo da soggetti che rivestono una “qualifica speciale”; reati però – si noti – che, in quanto caratterizzati in via

---

questo senso, vedi D. BRUNELLI-G. MAZZI, *Diritto penale militare*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2002, p. 376).

<sup>638</sup> Quanto invece a quei “fatti di reato” che, per come “descritti”, potrebbero essere commessi da chiunque, ma il legislatore ne delimita la rilevanza penale solo in caso di loro realizzazione da parte di un soggetto normativamente “qualificato”, e quindi a “legittimazione attiva ristretta”, si tratta comunque di reati “propri” in senso stretto, in particolare di reati propri c.d. “esclusivi”, su cui vedi infra nel testo.

“esclusiva”, dal punto di vista della “legittimazione al fatto”, dalla “qualifica personale” del soggetto attivo, sono comunque tecnicamente reati “propri”<sup>639</sup>; detto altrimenti, tutte situazioni in cui è *la stessa “descrizione del fatto” ad indicare inequivocabilmente, di per sé sola considerata, quali possano essere i soggetti “legittimati” alla sua commissione, e quindi “destinatari” dell’“obbligo”* (di fare o di non fare) la cui inosservanza è penalmente sanzionata da quella *particolare* norma incriminatrice.

Sostanziale “analogia” strutturale, dall’altro lato, riscontrabile – simmetricamente – anche tra reati “propri” *in senso stretto* (ossia quelli realizzabili solo da un soggetto “qualificato”, in cui la “esclusività” della “legittimazione attiva” non è però comunque di per sé sempre necessariamente *implicita* nella stessa descrizione del fatto *ma dipende da una precisa scelta* di politica legislativa criminale)<sup>640</sup> e reati c.d. “pseudo-comuni” (ossia quelli solo “apparentemente” comuni, ma in realtà reati “propri” in quanto la “limitazione” della “legittimazione attiva” nei confronti di soggetti che rivestono una certa “qualifica” dipende dalla stessa descrizione del fatto di reato).

Riassumendo e precisando, la individuazione della “legittimazione attiva” alla commissione di ciascun “tipo di reato” non corre sempre (come viceversa comunemente si afferma) lungo la linea della distinzione tra reati “comuni” e reati “propri”, a seconda cioè che – sul piano *formale* della previsione legislativa – autore del fatto può essere “chiunque” o solo un soggetto rivestito di una particolare “qualifica personale”, dipendendo viceversa, da un lato, direttamente dalla stessa “descrizione” del fatto tipico di reato di per sé considerata, dall’altro, solo dalla *specificità* “qualifica normativa” che deve possedere il soggetto attivo perché il “fatto” possa essere penalmente rilevante come “reato”, *a prescindere* dalla circostanza che la norma utilizzi formalmente il termine “chiunque” o si riferisca ad una particolare “qualifica” o “condizione personale” posto che la categoria concettuale della “qualifica normativa” con cui viene indicato l’autore del reato

<sup>639</sup> Con tutte le conseguenze che ne discendono, anzitutto sul piano della disciplina del concorso di persone in quel reato.

<sup>640</sup> Così, sono “reati propri” in senso tecnico tutti, indistintamente, quelli in cui è lo stesso legislatore a indicare come soggetto “legittimato” alla loro commissione solo un soggetto “qualificato normativamente”, *a prescindere* dalla circostanza che la “descrizione” del “fatto di reato” sia compatibile o no anche con la sua realizzazione altresì ad opera di “chiunque” ossia di qualunque altro soggetto-persona fisica; rientrando così in questa categoria sia i reati c.d. “pseudo-propri” sia i reati che ho definito “pseudo-comuni” sia infine i reati “propri in senso stretto”, tanto se qualificabili come “esclusivi” o come “non esclusivi”. Categoria dei reati propri che presenta, fra l’altro, una sua peculiare disciplina con riferimento al “concorso di persone” quando fra i partecipi vi siano *anche* soggetti “non qualificati”, indicati altresì in genere come *extranei* (vedi anche note 80, 646, 649 e 709).

comprende, come visto, tanto il termine generico “chiunque” quanto un termine indicativo di una specifica “qualifica soggettiva” o “condizione personale”; qualifica che in questo secondo caso costituisce un “limite” alla individuazione dei soggetti titolari della “legittimazione attiva”.

Nell’ambito poi dei reati propri “in senso stretto”, in cui – come detto – non è viceversa sufficiente la semplice descrizione del “fatto” per la loro rilevanza come “reato” (meglio: un certo “titolo” di reato) a prescindere dalla esplicita – e *specificata* – indicazione della “qualifica soggettiva” dei soggetti “legittimati” alla loro commissione, occorre a sua volta ulteriormente distinguere tra quelli c.d. “esclusivi” (allo stesso modo in cui lo sono, come detto, i reati c.d. “pseudo-proprio”) e quelli c.d. “non esclusivi”.

I reati propri “esclusivi” (in senso stretto) sono quelli in cui, pur essendo la “descrizione” del “fatto” *di per sé astrattamente compatibile* con la sua realizzazione da parte di “chiunque”, la norma incriminatrice ne *delimita* tuttavia la rilevanza normativa come “reato” *solo* se commesso da un soggetto che riveste una determinata “qualifica” (*specificata*) o che si trova in una certa “condizione personale” (come avveniva per l’abrogato art. 269 c.p., che prevedeva come delitto la «Attività antinazionale del cittadino all’estero»)<sup>641</sup>. Ciò a prescindere, a sua volta, dalla circostanza che quello stesso “fatto” abbia o meno, di per sé considerato, *anche* una sua rilevanza “extrapenale”<sup>642</sup>.

Nella categoria dei reati propri esclusivi rientrano poi (in genere)<sup>643</sup>

<sup>641</sup> Art. 269 c.p. (abrogato dall’art. 12 legge 24 febbraio 2006, n. 85): «ATTIVITÀ ANTINAZIONALE DEL CITTADINO ALL’ESTERO – Il cittadino, che, fuori del territorio dello Stato, diffonde o comunica voci o notizie false, esagerate o tendenziose sulle condizioni interne dello Stato per modo da menomare il credito o il prestigio dello Stato all’estero, o svolge comunque un’attività tale da recare nocimento agli interessi nazionali, è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni». Disposizione per la quale era evidente che il “fatto” (da intendere più specificamente come “comportamento”), per come descritto, poteva teoricamente essere commesso *anche dallo straniero*.

<sup>642</sup> A prescindere cioè dalla circostanza (ritenuta viceversa rilevante da MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 119-120) che il “fatto costitutivo” di quel particolare reato sia del tutto “inoffensivo” ovvero “offensivo” di un certo interesse, *ma già alla stregua del diritto civile o amministrativo* (e che Mantovani chiama viceversa reato proprio “non esclusivo”). Infatti, un fatto anche se offensivo di un interesse già comunque tutelato in sede civile o amministrativa – in ogni caso, evidentemente, secondo “modalità di aggressione” di regola diverse – diviene comunque “*penalmente rilevante*” *solo nel momento in cui è altresì assunto a “materia” di una “norma incriminatrice*”; e conseguentemente non può essere trattato in modo diverso dal caso in cui il fatto divenga per la prima volta “giuridicamente rilevante” solo quando sia la norma incriminatrice a considerarlo per la prima volta “offensivo di un interesse” *penalmente* tutelato (in via originaria).

<sup>643</sup> Vedi le considerazioni svolte infra nota 645.

anche i reati propri c.d. “di mano propria”, così denominati<sup>644</sup> perché la condotta costitutiva dell’illecito può essere realizzata *solo* dal soggetto “qualificato”<sup>645</sup> non solo in sede di esecuzione monosoggettiva ma anche in

<sup>644</sup> La maggior parte della dottrina definisce questi tipi di illecito come “reati propri *di mano propria*”. Di “reati di attuazione personale” parla invece FROSALI, *Sistema penale italiano*, III, cit., p. 76 ss. Questo Autore ritiene poi anche esistente una categoria di “reati *comuni di attuazione personale*”, portando come esempio il delitto previsto dall’art. 637 c.p., “Ingresso abusivo nel fondo del vicino”, data la descrizione della condotta costitutiva dell’illecito come quella di «Chiunque *entra* nel fondo altrui», dal momento che non si può logicamente per sua natura realizzare la condotta di “entrare” *per “interposta persona”* («se alcuno *fa entrare* altri, non entra, e perciò non realizza, in proprio, la fattispecie»: ID., *op. cit.*, p. 74). Presupposto del ragionamento del chiaro Autore è però che, ad es., «quando la norma sul furto (art. 624 cod. pen.) punisce chi “s’impossessa”, può dirsi che un soggetto si impossessa anche *se incarica* altri di prendere per lui la cosa: si impossessa per mezzo di altri, ma è sempre lui che si impossessa». Al contrario, ci sono norme incriminatrici che descrivono «un comportamento che *non può essere tenuto per mezzo di altri*»: ID., *op. cit.*, pp. 73-74. Mi sembra però che *agire “per interposta persona” non possa mai considerarsi un agire “in via diretta”*. In realtà, questo modo di ragionare si muove, con ogni evidenza, lungo la stessa linea di pensiero che ravvisa, secondo l’ampio concetto di “autore” imposto anche nell’ultimo codice penale tedesco dalla tipizzazione di due sole fattispecie di partecipazione (istigazione e complicità) (arg. *ex* §§ 25-27 StGB), nell’agire “per mezzo di un’altra persona” la *figura del c.d. “autore mediato”*; quindi comunque da qualificare normativamente come “autore” del fatto di reato (§ 25 comma 1 StGB). Ciò a prescindere poi da ogni ulteriore considerazione sulla utilità o meno delle fattispecie di c.d. “autorietà mediata” in un sistema come quello previsto dal codice penale vigente in Italia, secondo cui “concorrenti” possono essere anche soggetti “non imputabili” o “non punibili” (anche ad es. per mancanza di dolo o per la presenza di una circostanza soggettiva di esclusione della pena: arg. *ex* artt. 112 ultimo comma e 119 comma 1 c.p.).

<sup>645</sup> Si pensi ad es. al delitto di falsa testimonianza (art. 372 c.p.), in cui “autore” del fatto costitutivo di dichiarazioni mendaci può essere soltanto un soggetto normativamente “qualificato”, appunto come “testimone”. Contrariamente a quanto ritiene la maggioranza della dottrina, nell’ambito della categoria dei “reati propri di mano propria” bisogna comunque distinguere ad es. tra i delitti di incesto e di bigamia (viceversa normalmente accomunati): infatti, il delitto di bigamia (art. 556 c.p.) può essere integrato attraverso *due condotte fra loro “alternative”* di “contrarre matrimonio avente effetti civili”, la prima caratterizzata dalla circostanza che la “legittimazione attiva” spetta solo al soggetto che si trova nella “condizione personale” di essere già «legato da un matrimonio avente effetti civili» mentre l’altro soggetto la cui condotta è altresì necessaria per la realizzazione del reato (trattandosi comunque di un “reato plurisoggettivo”) può essere “chiunque”, meglio: qualunque persona, *legata o no* da un precedente matrimonio avente effetti civili; la seconda condotta, in cui, in modo esattamente simmetrico, mentre la “legittimazione attiva” spetta a qualunque persona legalmente «non coniugata» (cui deve “mancare” una particolare “condizione personale”, sia pure “a contenuto negativo”) la figura dell’altro contraente è “ristretta” alla «persona legata da matrimonio avente effetti civili» (art. 556 comma 1 c.p.); ne consegue che *solo la prima delle due condotte “alternative” costitutive del delitto di bigamia può essere tecnicamente qualificata come “reato proprio”* (a meno di non riconoscere che una “qualifica” o “condizione personale” può essere “a contenuto negativo”: nel qual caso la diffe-

caso di “concorso di persone” nel reato. Il che assume una rilevanza fondamentale all’interno della categoria dei reati propri “esclusivi” imponendo di operare al suo interno una *ulteriore distinzione sul piano della “disciplina”*, posto che, in caso di realizzazione plurisoggettiva dell’offesa contenuto di un reato proprio “di mano propria”, *“esecutore materiale” dell’illecito può essere solo il soggetto “qualificato”,* ossia il c.d. *intranens*; a differenza di quanto accade con riferimento alla partecipazione nei reati propri ma *non* di mano propria, in cui esecutore materiale può essere anche un soggetto *extraneus* ossia “non qualificato” (con la conseguenza che l’*intranens*-soggetto “qualificato” potrebbe allora realizzare l’offesa contenuto del reato anche – come si dice – “per interposta persona”)<sup>646</sup>.

renza tra i due fatti costitutivi del reato sarebbe che entrambi sarebbero da qualificare come “reati propri” dal punto di vista della legittimazione attiva, mentre solo il secondo fatto sarebbe a legittimazione passiva anch’essa “ristretta”).

Al contrario, nel delitto di incesto (art. 564 comma 1 c.p.), pur essendo anche qui le due condotte necessarie per l’integrazione del reato (dando quindi anch’esse vita ad un reato c.d. “a concorso necessario”), *ognuna* di esse è logicamente costituita da un comportamento a “legittimazione attiva” *ristretta* e quindi costitutiva tecnicamente di un “reato proprio” (forse meglio: condotte diverse che danno vita ad un *unico* “reato proprio a concorso necessario”). Importante è però sottolineare come in questo caso *non siamo in presenza di un reato proprio c.d. “esclusivo”* (almeno per come lo ho convenzionalmente definito), posto che il comportamento, *per come descritto*, può essere realizzato *solo dal soggetto “qualificato”* (e non da qualunque altra persona, in quanto, senza la “condizione personale” dei partecipi al fatto, il rispettivo comportamento non è più normativamente qualificabile come “incesto” ma solo come normale, e quindi lecita, attività sessuale). Con la conseguenza, rilevante sul piano dommatico, che *non ogni “reato proprio di mano propria” è altresì sempre riconducibile sotto la categoria dei “reati propri esclusivi”*; con tutto ciò che ne discende altresì sul piano della disciplina del concorso di persone (su cui vedi infra nota 646).

<sup>646</sup> Breve: la “qualifica personale” o la “condizione personale” contribuiscono alla individuazione dell’“interesse tutelato” e fanno quindi parte del “fatto di reato”, sotto il profilo specifico della sua “dimensione personale”, rientrando pertanto altresì nell’“oggetto del dolo”, quando detta “qualifica/condizione personale” permette 1) di considerare come “reato” un “fatto” altrimenti non punibile (se realizzato cioè da soggetto “non qualificato”); 2) di considerare come “reato” riconducibile sotto un certo “tipo di illecito” un “fatto” che, in mancanza della “qualifica” del soggetto attivo, ricadrebbe sotto un altro “tipo” (qualifica che dunque costituisce “elemento specializzante”, individuando in genere un reato “più grave” proprio per la presenza della “qualifica”); 3) di considerare come “reato” un “fatto” che, per come “descritto”, non potrebbe essere commesso da un soggetto diverso da quello qualificato (ad es. incesto).

Pur trattandosi sempre, in tutte e tre le suddette ipotesi, di “reati propri”, una differenza fondamentale può essere individuata però con riferimento al diverso trattamento da operare in sede di “concorso di persone”. Così ad es. in tutti e tre i casi il “dolo” del “reato proprio”, con riferimento in particolare alla “rappresentazione della qualifica” laddove essa comporti, come aspetto dell’“interesse tutelato”, un *particolare “dovere di fedeltà-lealtà”* del destinatario della norma incriminatrice nei confronti di una amministrazione pubblica

Per reati propri “non esclusivi” si intendono viceversa dalla dottrina, sempre convenzionalmente, quelli il cui “fatto” – da identificare *restrittivamente* con la sola situazione fattuale che si sviluppa dalla condotta – è *già di per sé penalmente rilevante* in quanto costitutivo di un certo “titolo di reato”, ma che rientra *anche sotto un altro “titolo” di reato* laddove quello stesso “fatto” sia realizzato da un soggetto avente una determinata “qualifica”, integrando quindi un “*tipo diverso*” di illecito penale, “*strutturalmente speciale*” rispetto al primo in cui l’ “*elemento specializzante-differenziale*” è appunto rappresentato, come testualmente recita l’art. 117 c.p., da “*condizioni*” o “*qualità personali*” del “*colpevole*” (oltre che dai “*rapporti tra il colpevole e l’offeso*”), qualifiche che determinano il “*mutamento del titolo*” del reato (per taluno dei concorrenti, se diverso rispetto a quello voluto)<sup>647</sup>.

Ora, dando la “qualifica personale”, in modo “esclusivo” nel primo

---

(pubblici ufficiali, militari, ecc.), deve essere apportato necessariamente dal soggetto “qualificato” (salvo, ovviamente, che la legge disponga espressamente in modo diverso: vedi ad es. l’art. 48 c.p. nel caso in cui l’*extraneus* inganni l’*intraneus* facendogli credere, ad es., che il denaro di cui si appropria non è quello di cui egli dispone in ragione del suo ufficio o servizio: vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 129); mentre, negli altri casi (in particolare, anche se si tratti di un “reato proprio di mano propria”), ciò non è necessario (si pensi ad es. al delitto di incesto in cui un terzo, *consapevole* del rapporto di parentela, istiga un padre – che *ignora* il suddetto rapporto di parentela – ad avere un rapporto sessuale con la figlia; nel qual caso il terzo estraneo risponderà di concorso nel reato proprio, relativamente al quale non sarà viceversa punibile il soggetto qualificato per mancata rappresentazione della sua qualifica e quindi per mancanza del dolo di concorso). Nel caso in cui, poi, la “qualifica” “specializza” un “tipo” di reato rispetto ad un altro, l’*extraneus* pur *ignorando* la “qualifica” dell’*intraneus*, che realizza come esecutore materiale il “reato proprio” (arg. dalla formula dell’art. 117 c.p., laddove parla di “mutamento del titolo del reato” «per le condizioni o le qualità personali del *colpevole*, o per i rapporti fra il *colpevole* e l’offeso»: retro nota 80), risponde comunque *a titolo di dolo* del reato proprio alla cui realizzazione abbia concorso (sempre che, con riferimento alla qualifica dell’*intraneus*, si tratti di ignoranza *evitabile*: arg. ex art. 45 c.p.: retro nota 80).

<sup>647</sup> Reati denominati viceversa da Mantovani “semi-esclusivi” (MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 120). L’importante è però avere sempre presente che, qualunque termine venga usato, si tratta di una scelta convenzionale, purché sia comunque ben chiaro il “significato normativo” che si intenda dare a quel termine. A questo proposito, occorre poi anche sottolineare come – posto che la relazione genere-specie non è assoluta, potendo ciò che è qualificabile come speciale rispetto a qualcosa essere a sua volta qualificabile come generale rispetto a qualcos’altro – si possano dare casi in cui un fatto di reato proprio si “specializzi” in un altro reato proprio, che presenti però la caratteristica in cui soggetto attivo sia un soggetto con una qualifica strutturalmente “speciale” rispetto alla prima qualifica: si pensi ad es. alla relazione intercorrente tra il peculato comune (commisibile da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio) e il peculato militare (commisibile solo da un soggetto che riveste la qualifica di militare; anche se, a ben vedere, qui saremmo in presenza di una relazione di specialità “bilaterale”). In questi casi, saremmo in presenza di reati propri di natura “non esclusiva”.

caso e in modo “specifico” nel secondo caso, rilevanza penale al “fatto”, alla stregua di un *determinato e particolare* “titolo di reato” (appunto, “proprio”)<sup>648</sup>, ciò comporta logicamente che detta “qualifica” fa necessariamente parte del “fatto di reato” come suo “elemento costitutivo”, sia pure nella sua specifica “dimensione personale”, contribuendo anzitutto ad identificare l’“interesse penalmente tutelato” dalla relativa norma incriminatrice; con la conseguenza, a sua volta, che, facendo parte del “fatto di reato”, la stessa “qualifica” rientra altresì nell’“oggetto del dolo”, nel senso che, affinché ci sia dolo di quel reato “proprio”, essa deve essere positivamente “rappresentata” dal soggetto attivo<sup>649</sup>. In particolare poi, essendo la “qualifica personale”, almeno

<sup>648</sup> In realtà, a ben vedere, la stessa distinzione, generalmente operata dalla dottrina, tra reati propri “esclusivi” e non “esclusivi” non ha logicamente ragione di esistere sul piano strettamente dommatico, posto che, in entrambi i casi, in mancanza della “qualifica personale” il “fatto” non è comunque “penalmente rilevante” alla stregua di quel particolare “titolo di reato” (appunto, “proprio”). Breve: *tutti indistintamente i reati “propri”, in quanto commissibili solo da soggetti “qualificati”, devono essere considerati come reati “esclusivi” dei soggetti “qualificati”*. Ciò non impedisce, ovviamente, la considerazione del diverso “ruolo” che la “qualifica soggettiva” svolge nell’economia delle due diverse tipologie di illecito “proprio”.

<sup>649</sup> Ciò trova altresì *esplicita conferma normativa nell’art. 1081 cod. nav.*, a tenore del quale «Fuori del caso regolato nell’art. 117 del codice penale, quando per l’esistenza di un reato previsto dal presente codice [della navigazione] è richiesta una particolare qualità personale, coloro che, senza rivestire tale qualità, sono concorsi nel reato, ne rispondono se hanno avuto *conoscenza della qualità personale* inerente al colpevole». Il che significa che la “qualità personale” dell’*intranens*, dovendo essere rappresentata dall’*extraneus*, costituisce un “elemento essenziale” del “fatto di reato”; con la logica conseguenza che, se deve essere rappresentata dall’*extraneus* perché ci sia dolo (sia pure “di concorso”), *a fortiori* detta “qualità personale” deve essere “oggetto di rappresentazione” *anzitutto* da parte dell’*intranens* (a meno di non ammettere come esistente una illogica disparità di trattamento; ovvero che non si rientri in una ipotesi di c.d. “autorietà mediata”).

Siccome poi l’art. 1081 cod. nav., come si ricava da una lettura sistematica del disposto, si occupa di una situazione di “concorso nel reato proprio” *diversa da quella disciplinata nell’art. 117 c.p.* (art. 117 di cui il suddetto art. 1081 cod. nav. conferma l’ambito applicativo *anche* in materia di reati “propri” della navigazione: «Fuori del caso regolato nell’articolo 117 del codice penale»), ne consegue che, riferendosi l’art. 117 c.p. al solo “Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti” e quindi al concorso dell’*extraneus* in un reato proprio “non esclusivo” (nel qual caso, perché sia in dolo ai sensi dell’art. 117, l’*extraneus* “non” deve rappresentarsi la “qualità personale” dell’*intranens*, purché sia “rappresentabile” ai sensi dell’art. 45 c.p.: retro note 80 e 646), l’art. 1081 cod. nav. si applica di conseguenza anzitutto ai casi di concorso in un reato “proprio” previsto dal codice della navigazione di tipo “esclusivo”; ma anche ai casi di concorso in un reato “proprio”, sempre previsto dal codice della navigazione, ma “non esclusivo”, quando tuttavia l’*extraneus* – a differenza della situazione prevista dall’art. 117 c.p. – “si rappresenta” la “qualifica” dell’*intranens*. Dove la fondamentale *importanza sistematica* di questa disposizione sta allora proprio nell’evidenziare che, se la “qualifica personale” nei “reati propri” (esclusivi e non esclusivi) previsti dal codice della navigazione deve essere, *come regola generale, rappresentata* dal soggetto “non qualificato”, essa fa allora, come detto, *logica-*

mente parte del “fatto di reato” stesso. Ma, se la rilevanza penale di quel fatto secondo quel particolare “titolo di reato” dipende dalla “qualifica personale” dell’agente in caso di concorso del soggetto qualificato con un *extraneus*, si deve allora *a fortiori* ritenere, non potendosi ragionevolmente distinguere tra le due situazioni, che detta “qualifica personale” faccia comunque *sempre* parte del “fatto” di “reato proprio”, costituendo quindi *sempre* “oggetto del dolo”, anche in sede di “esecuzione monosoggettiva” del “reato proprio” da parte dell’*intraneus*. A sua volta poi, pur facendo l’art. 1081 cod. nav. diretto riferimento *solo* ai reati propri previsti dal codice della navigazione, dato tuttavia l’espresso rinvio operato all’art. 117 c.p. e quindi, indirettamente, anche a tutte le altre disposizioni previste dagli artt. 110 ss. in tema di concorso di persone (anche alla luce dell’art. 16 c.p., secondo cui «Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti»), si deve allora conseguentemente ritenere che le conclusioni cui siamo pervenuti, a meno di non volere ammettere una irragionevole disparità di trattamento tra situazioni formalmente e sostanzialmente “omogenee”, debbano valere anche per tutti indistintamente gli altri “reati propri”, esclusivi e non esclusivi (*diversi* da quelli previsti dal codice della navigazione) dovunque ipotizzati; nel senso, in particolare, che la “qualifica personale” fa sempre parte del “fatto di reato” e quindi dell’“oggetto del dolo”, sia in sede di “concorso di persone” (sempre ricordandosi tuttavia che, secondo le regole generali in materia di partecipazione nel reato, non è necessario che, nei reati dolosi, tutti i concorrenti debbano agire con dolo, a partire dall’*intraneus* nei reati propri, salvo che non sia diversamente stabilito: art. 112 ultimo comma c.p.) che di “esecuzione monosoggettiva”. Con riferimento allora, in particolare, all’oggetto del “dolo” nei “reati propri”, l’art. 117 c.p., nel caso di loro realizzazione in concorso, apporta una *eccezione alla regola* – regola che, ai sensi dell’art. 110 c.p., avrebbe dovuto viceversa prevedere la rappresentazione della “qualità personale” per l’esistenza del “dolo di concorso” nella commissione del “titolo speciale” di reato – *solo* per il concorso dell’*extraneus*; e ciò in nome del vecchio “dogma” dell’“unicità” del “titolo di reato” realizzato in concorso tra più persone. E sempre, a sua volta, ricordandosi che, data la sua formulazione letterale non superabile in via interpretativa trattandosi di disposizione “eccezionale”, nella vicenda ipotizzata dall’art. 117 c.p. l’*intraneus* deve comunque essere l’esecutore materiale del fatto, dal momento che viene utilizzato espressamente il termine “colpevole” – sinonimo di autore-reo nel linguaggio del codice – con riferimento specifico al soggetto “qualificato”.

In mancanza di una disposizione come quella dell’art. 117 c.p., pertanto, l’*extraneus* che non si fosse rappresentato la “qualifica” dell’*intraneus*, elemento specializzante del reato “proprio”, avrebbe dovuto rispondere secondo il titolo di reato “generale” da lui integralmente realizzato in sede di concorso di persone sia sul versante dell’elemento oggettivo che dell’elemento soggettivo. Così, ad es., il *quivis de populo* che avesse istigato il pubblico ufficiale ad appropriarsi di denaro di cui aveva la disponibilità per ragione del suo ufficio ignorandone la qualifica, avrebbe dovuto rispondere di concorso in appropriazione indebita (a mio avviso, ai sensi del combinato disposto dell’art. 110 innestato sull’art. 47 comma 2 c.p.; sull’applicabilità degli artt. 47 comma 2 e 49 comma 3 c.p. in caso di divergenza tra reati in relazione strutturale di “specialità” vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., Cap. IV, *passim*) e non – come oggi avviene in forza appunto dell’art. 117 – di concorso in peculato. A meno di non ritenere applicabile l’art. 116 c.p. e quindi far rispondere comunque anche l’*extraneus* di concorso nel reato proprio, ovviamente, da un lato, sussistendo tutti i requisiti costitutivi di questo – ulteriore – criterio di imputazione per dolo nei casi di realizzazione dell’offesa in concorso (per chi volle un reato diverso); dall’altro, ritenendo l’art. 116 una disposizione “generale” rispetto all’art. 117.

di regola, dommaticamente riconducibile sotto la categoria degli “elementi normativi”, l’errore su questo requisito del “fatto”, laddove dipenda da un errore su legge diversa da quella penale incriminatrice, ricade sotto la disciplina dell’art. 47 comma 3 c.p.<sup>650</sup>.

I reati “propri in senso stretto”, sia “esclusivi” che “non esclusivi”, sono dunque propriamente definibili come reati a “*legittimazione attiva ristretta*” (solo al soggetto “qualificato”). Categoria, quest’ultima, sotto la quale vanno ricondotti, non a caso, *anche tutti i reati “omissivi”*, in particolare anzitutto quelli c.d. “commissivi mediante omissione” (nei quali, perché un soggetto possa essere ritenuto *normativamente* “causa dell’evento”, non basta che abbia la mera “possibilità materiale” di impedirlo, occorrendo viceversa che sia *anche “destinatario” di uno specifico “obbligo giuridico”* di impedimento:

---

Per concludere e riassumere, la “*qualità personale*” che determina la “rilevanza penale” di un “fatto” secondo il “tipo” di un particolare “titolo di reato”, in quanto “*elemento essenziale*” del “fatto di reato”, costituendo la “*dimensione personale specifica*” di quel “fatto di reato” – e attenendo dunque all’“ambito *materiale di validità*” della norma incriminatrice, e non al suo “ambito personale di validità” –, può essere allora, convenzionalmente, definita come “*legittimazione attiva al reato*”, meglio: *a quel particolare “tipo” di reato*. Quindi, mentre la “*capacità penale*”, “generale” o “speciale” non importa, è un requisito “*estraneo*” al “fatto di reato”, e quindi all’“oggetto del dolo”, la “*legittimazione al reato*”, sia “*attiva*” che “*passiva*”, facendo parte della “*dimensione personale speciale*” di un determinato “tipo di reato”, costituisce, in quanto “elemento essenziale” del “fatto di reato”, “*oggetto del dolo*”.

<sup>650</sup> Sul significato e la portata dell’art. 47 comma 3 c.p. come *errore sulla legge penale incriminatrice* che, *in deroga* all’art. 5 c.p., quando ha «cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato» esclude *tout court* il “dolo” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 410-422 e note 81, 206, 442 e 749. Con specifico riferimento alla materia penale tributaria, si veda l’art. 15 d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74, rubricato “Violazioni dipendenti da interpretazione delle norme tributarie”, a tenore del quale, «Al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell’articolo 47, terzo comma, del codice penale, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione». Disposizione che va addirittura oltre quanto previsto dall’art. 47 comma 3 c.p., stabilendo *tout court* la assoluta “non punibilità” del fatto di reato commesso in caso di ignoranza della legge tributaria da ritenersi, sul piano normativo, oggettivamente “inevitabile”, quando ciò abbia determinato l’ignoranza, sempre “inevitabile”, sulla esatta portata della norma penale tributaria incriminatrice per sua erronea interpretazione (conformemente a quanto stabilito dall’art. 5 c.p.); volendosi così definitivamente superare da parte del legislatore del 2000 le incertezze applicative derivate dall’interpretazione dell’abrogato art. 8 legge 7 agosto 1982 n. 516, a tenore del quale «L’errore sulle norme che disciplinano le imposte sui redditi e sul valore aggiunto esclude la punibilità quando ha cagionato un errore sui fatti che costituiscono reato a norma del presente decreto». Disciplina “speciale” dipendente dalle peculiarità del diritto penale tributario, che si manifesta anche nella non punibilità del tentativo con riferimento ai delitti previsti dagli artt. 2, 3 e 4 del d. lgs. n. 74/2000 cit. (art. 6 d. lgs. cit.).

arg. ex art. 40 comma 2 c.p.)<sup>651</sup>. Ma anche quelli c.d. “omissivi propri” o “di mera condotta omissiva”, nei quali, vuoi perché la stessa norma incriminatrice (come per lo più accade) fa esplicito riferimento alla particolare “condizione” o “qualità personale”<sup>652</sup> del “legittimato” alla commissione del reato, vuoi perché, anche se nella “descrizione” del “fatto” la norma incriminatrice usi (per indicare il legittimato al reato) il termine “chiunque”, è solo dal realizzarsi della c.d. “situazione tipica”<sup>653</sup> che scaturisce lo *specifico* “obbligo di attivarsi” per un *determinato* soggetto, trattandosi quindi, in realtà, di reati *solo apparentemente “comuni”* che abbiamo definito come “pseudo-comuni”<sup>654</sup>, soggetto attivo può essere *solo un soggetto “qualificato”* per cui siamo anche qui in presenza di “reati propri”<sup>655</sup>.

f) (segue) *La “legittimazione passiva” al reato*

*Specularmente* rispetto al concetto di legittimazione attiva, come altro aspetto della “dimensione personale” del “fatto di reato”, troviamo il concetto di “legittimazione passiva al reato”, che può essere dommaticamente definita come la “qualifica normativa” della “persona *fisica o giuridica*” (sia pure in senso lato, comprensiva anche degli enti non riconosciuti) *specificamente* titolare delle situazioni giuridico-soggettive *attive* costituite dai “diritti” e “facoltà” riconosciuti alla “persona offesa” e al c.d. ente esponenziale di interessi collettivi o diffusi dalla *singola* norma incriminatrice (ad es., il diritto

<sup>651</sup> Si tratta, in particolare, di reati propri “non esclusivi” in quanto, per definizione, l’art. 40 comma 2 c.p. opera una “duplicazione” di un certo “titolo di reato” stabilendo la “equivalenza normativa” del fatto di “omesso impedimento” di un evento, ma *solo* da parte di chi ha un particolare “obbligo giuridico” di impedimento, con la “commissione” dello stesso evento da parte di “chiunque” (nei reati commissivi di evento “a forma libera”).

<sup>652</sup> Si pensi ad es. al delitto di “Omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale” (art. 361 c.p.) e a tutte le contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro, riferite in genere al datore di lavoro.

<sup>653</sup> Sulla necessaria presenza, nei reati di omissione propria, di una c.d. “situazione tipica” in presenza della quale sorge l’obbligo di attivarsi vedi per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 543 ss.

<sup>654</sup> Si pensi all’esempio classico di reato di omissione “propria” testualmente commissibile da “chiunque”, l’omissione di soccorso, in cui l’obbligo di attivarsi sorge però *solo* per il soggetto che si trovi nella particolare “situazione di fatto” descritta dalla norma incriminatrice (c.d. “situazione tipica”: vedi nota 653) e in cui, pertanto, la “condizione personale” del soggetto attivo del reato si ricava dalla stessa descrizione del fatto; onde si tratta di un reato c.d. “pseudo-comune” (su cui vedi retro nel testo e nota 640).

<sup>655</sup> Riprendendo l’esempio del delitto di “omissione di soccorso” (art. 593 c.p.), sono infatti, come detto (retro nota 654), le “situazioni tipiche” ivi previste ad individuare la “condizione personale” in cui si trova il soggetto “legittimato” alla commissione del reato.

di “querela” spettante alla persona offesa: artt. 120 c.p. e 90 comma 1 c.p.p.)<sup>656</sup>. Anche la “legittimazione passiva al reato” presenta un *doppio aspetto* (che può dare luogo ad altrettanti “limiti”): “materiale” e “formale”. Dal punto di vista “materiale”, il suo “*sostrato contenutistico*” è dato dal possesso di quei requisiti “*minimi*”, “*psico-fisici*” (se si tratta di persona umana) o “*giuridici*” (se si tratta di persona giuridica), perché un certo “soggetto di diritto” possa essere considerato “persona offesa” di un *determinato “fatto di reato” per come “descritto”* dalla norma incriminatrice e dunque compatibile con la “struttura” del singolo “tipo” di illecito. E lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, vale anche per i c.d. “enti esponenziali” di interessi collettivi o diffusi, “persone giuridiche” normativamente definite dal codice di rito come «Gli enti o le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato» (art. 91 c.p.p.).

Dal punto di vista “formale”, viceversa, con perfetta simmetria rispetto alla distinzione tra reati “comuni” e reati “propri”, la “legittimazione passiva” fa riferimento alla “qualifica normativa” che la persona offesa dal fatto *specificamente* descritto dalla singola norma incriminatrice deve possedere perché questo fatto possa *validamente* essere rilevante come “reato” dal punto di vista giuridico. “Legittimazione” ad essere “persona offesa” da uno specifico reato che può spettare o a qualunque “soggetto di diritto”, persona fisica o giuridica, ovvero solo ad un “soggetto di diritto” che riveste

<sup>656</sup> Sulla distinzione, nell’ambito della categoria generale del “soggetto passivo” del reato, tra “persona offesa” e c.d. “ente esponenziale”, anche a proposito dei “diritti e facoltà” esercitabili da questi soggetti, vedi retro cap. III, 2.3 lett. a) e note 514 e 517. Con riferimento, in particolare, al “diritto di querela”, esercitabile ai sensi dell’art. 120 comma 1 c.p. dalla “persona offesa” dal reato, occorre tuttavia chiedersi se anche gli “enti esponenziali” possano essere titolari di questo diritto. Ammesso ipoteticamente che esistano reati offensivi di interessi collettivi o diffusi perseguibili a querela, potrebbe sembrare, almeno a prima vista, che anche gli enti esponenziali debbono ritenersi titolari del diritto di querela dal momento che, come stabilito espressamente dall’art. 91 c.p.p., questi enti «possono esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato», creandosi quindi sotto questo profilo una piena equiparazione tra le due tipologie di “soggetti passivi” del reato. A ben vedere tuttavia ciò non è possibile, dal momento che questi diritti e facoltà comuni alla persona offesa e agli enti esponenziali possono essere esercitati, come afferma testualmente lo stesso art. 91, «in ogni stato e grado del procedimento»; procedimento che, per definizione, non può a sua volta essere validamente iniziato in mancanza di querela, trattandosi appunto di una “condizione di procedibilità”. Per cui si deve concludere che il “diritto di querela” spetti *esclusivamente alla “persona offesa” dal reato*, o meglio alla persona che si assume offesa. Quanto poi alla facoltà di prestare il “consenso scriminante” *ex* art. 50 c.p. da parte del titolare dell’interesse tutelato dalla norma incriminatrice, posto che in tal caso per definizione *manca* la commissione di un “fatto di reato”, non si può logicamente neppure parlare di “persona offesa”.

una determinata “qualifica personale” (da intendersi, come abbiamo visto, come “qualifica speciale”). In altre parole, così come ci sono casi di reati a “legittimazione attiva ristretta”, correlativamente ci sono anche reati a “*legittimazione passiva ristretta*”, nel senso che “soggetto passivo” di quel certo fatto di reato (ossia “persona offesa”) può essere *solo* un soggetto – in genere persona fisica, ma anche persona giuridica<sup>657</sup> – avente una speciale “qualifica personale”. Quanto poi ai c.d. “enti esponenziali” di interessi collettivi o diffusi, essi sono soggetti giuridici a legittimazione passiva *necessariamente ristretta* in quanto è lo stesso art. 91 c.p.p. a stabilire che «possono esercitare in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa del reato», come abbiamo visto, *solo* «gli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato»<sup>658</sup>.

<sup>657</sup> Si pensi, ad es., al delitto previsto dall’art. 290 c.p. che individua, tra le possibili “persone offese” dal delitto di vilipendio, «le Assemblee legislative o una di queste, ovvero il Governo o la Corte costituzionale».

<sup>658</sup> Si noti poi come la “legittimazione passiva al reato” della persona offesa non sia necessariamente “alternativa” rispetto a quella degli enti esponenziali. Si pensi ad es. ad un delitto di violenza sessuale in cui, accanto alla vittima-persona offesa dal reato, il giudice ammetta nel relativo procedimento-processo anche la presenza di enti esponenziali che hanno come loro finalità istituzionale la tutela delle donne da episodi di violenza. A parte la possibilità di costituzione di parte civile (il cui presupposto è la diversa qualifica di “danneggiato dal reato”, che – almeno per la dottrina dominante – non coincide con quello di “persona offesa”), se si ammette oltre la persona offesa (in senso stretto) anche l’ente esponenziale ad esercitare i diritti e le facoltà previsti dall’art. 91 c.p.p., si deve allora logicamente ritenere che, per quelle tipologie di reati si sia in presenza, come oggetto specifico di tutela, non di un solo interesse ma di una pluralità di interessi: uno individuale, l’altro “diffuso” (di cui appunto l’ente esponenziale riconosciuto ha appunto la finalità di tutela). O, forse meglio, si dovrebbe senz’altro parlare di un *interesse a “struttura complessa”* (per questo concetto vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 200 e 341) di cui ha la titolarità non solo la persona specificamente offesa (ad es. la singola donna violentata) *ma anche una pluralità indeterminata di altri soggetti* (nel nostro esempio, le donne come categoria), di cui l’ente ha appunto la finalità di tutela da possibili atti di violenza. In breve, volendo ricostruire anche dommaticamente l’istituto, qui è dall’esistenza di un ente esponenziale (riconosciuto dalla legge) che ha per finalità la tutela istituzionale di certi interessi che si deve pervenire a riconoscere per certi tipi di reato l’esistenza come oggetto di tutela di interessi riferibili sia a singoli soggetti che ad enti che di quegli interessi hanno per legge la finalità di tutela. In altre parole, è, in particolare, da una disposizione di diritto processuale (l’art. 91 c.p.p.) che si ricava la effettiva struttura di certi interessi tutelati da certe norme incriminatrici (evidenziando ulteriormente, anche sotto questo specifico profilo, la strettissima interdipendenza tra momenti “sostanziali” e “processuali” della norma incriminatrice: retro cap. II, 1).

Muovendo viceversa dall’idea, tradizionale, che l’interesse oggetto di tutela si possa ricavare

Vi sono però anche casi di legittimazione passiva ristretta nei quali un certo “fatto” può essere normativamente qualificato come “reato” (non se “realizzato” ma, al contrario) *esclusivamente se “non realizzato” nei confronti di un soggetto che rivesta una determinata “qualifica”*. “Qualifica personale-soggettiva” che deve dunque “mancare” perché sussista la “legittimazione passiva” a quel determinato reato. Si pensi, come esempio tipico per tutti, al caso previsto dall’art. 649 comma 1 c.p., laddove dispone la “non punibilità” dell’autore dei fatti costitutivi di delitti contro il patrimonio commessi “*in danno*” di congiunti (purché non realizzati con violenza alle persone), situazione da inquadrare correttamente, dal punto di vista dommatico, come ipotesi di *carezza di legittimazione “passiva”* al reato.

Ciò significa che il concetto di legittimazione passiva (ristretta) al reato può avere un contenuto “positivo” o “negativo”; nel senso che una certa “condizione o qualità personale” di un certo soggetto deve, rispettivamente, “*essere presente*” ovvero “*mancare*” perché sussista la sua legittimazione passiva a quel determinato reato. “Qualifica personale” che costituisce, nel primo caso, *elemento “positivo”* e, nel secondo caso, *elemento “negativo”* del “fatto di reato”. Con tutte le conseguenze che logicamente e sistematicamente ne discendono sul piano dell’“oggetto del dolo”; in particolare, quando la “legittimazione passiva” rilevi non quale “elemento positivo” del “fatto di reato” ma, in quanto “causa personale di non punibilità”, come “elemento negativo”. Infatti, in questo caso, pur *non trattandosi dogmaticamente di “cause di giustificazione”*<sup>659</sup>, dovendosi però considerare comunque tali situazioni (che

---

*esclusivamente dagli elementi costitutivi del singolo fatto di reato*, e quindi direttamente dalla sola norma incriminatrice (per cui ciascuna norma tutelerebbe, *alternativamente*, solo un interesse o individuale o collettivo o diffuso), si dovrebbe al contrario pervenire alla conclusione che, laddove si ritenga che una particolare norma incriminatrice tuteli solo un interesse individuale (come sarebbe nel nostro esempio quello all’integrità sessuale della singola donna violentata), titolare dell’interesse sarebbe solo la singola “persona offesa”; persona offesa alla quale si potrebbe “affiancare” nel procedimento-processo anche l’eventuale ente esponenziale (titolare allora di un “interesse” estraneo alla norma incriminatrice ed esclusivamente di natura “procedimentale-processuale”). Conclusione alla quale si potrebbe pervenire già da una semplice lettura dell’art. 91 c.p.p. quando parla di enti cui la legge ha attribuito «finalità di tutela degli interessi lesi dal reato». Con la conseguenza allora, così ragionando, che questi “interessi lesi dal reato”, per la cui tutela potrebbero intervenire gli enti esponenziali *ex art. 91 c.p.p.*, potrebbero essere non solo interessi collettivi o diffusi, ma anche interessi squisitamente individuali. In questa logica, l’ente esponenziale potrebbe allora essere riconosciuto dalla legge *anche solo per la tutela di interessi “individuali”*.

<sup>659</sup> Come non lo sono i casi di “incapacità funzionale”, essendo situazioni “estrane” al “fatto di reato”, attenendo viceversa all’“ambito di validità personale” della norma incriminatrice (vedi retro cap. III, 2.3 lett. c). *Contra*, nel senso che, almeno in certi casi, si tratterebbe di vere e proprie “cause di giustificazione” FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 130-131.

potremmo, sempre dommaticamente, definire di “legittimazione passiva negativa”), al pari delle cause di giustificazione, “elementi negativi del fatto di reato”, anch’esse ricadono sotto la disciplina delle “circostanze di esclusione della pena” di cui all’art. 59 c.p.; categoria normativa quest’ultima che, dunque, ha un ambito applicativo *più ampio* delle “cause di giustificazione”<sup>660</sup>, comprendendo anche quelle “cause personali di non punibilità” costituite dalla carenza di “legittimazione passiva” (nel soggetto in danno del quale viene realizzato il fatto). Ciò significa allora che, in questi casi, *il dolo è escluso dalla supposizione erronea della “presenza” della “qualifica” del soggetto passivo; mentre se la qualifica oggettivamente esistente è ignorata, essa rileva comunque a favore dell’agente.*

Così, sempre con riferimento all’ipotesi prevista dall’art. 649 comma 1 c.p., se, per fare un esempio, l’autore di un “fatto materiale” di per sé corrispondente al “tipo” del furto *suppone erroneamente* che la cosa mobile (si pensi ad un orologio d’oro) appartiene ad un soggetto che ritiene avere la “qualifica” di “coniuge non legalmente separato” (mentre tale qualifica oggettivamente non esiste) è escluso il “dolo” del “delitto” di furto ai sensi dell’art. 59 comma 4 c.p.; se viceversa il soggetto attivo *ignora* che il suo comportamento è rivolto “in danno” del coniuge non legalmente separato<sup>661</sup> (mentre si tratta di qualifica oggettivamente esistente perché, ad es., crede erroneamente che una separazione “di fatto” equivalga giuridicamente ad una separazione “legale”, ignorando quindi di *non* essere legalmente se-

<sup>660</sup> Così come, all’inverso, le “cause di giustificazione” non esauriscono la categoria dommatica degli “elementi negativi del fatto di reato” (vedi retro note 7 e 11).

<sup>661</sup> In questo esempio occorre a sua volta anche considerare che la “qualifica personale” di «coniuge non legalmente separato», in quanto “causa personale di non punibilità” attinente alla “legittimazione passiva”, è sì “elemento negativo” del “fatto di reato” (specificamente, nella sua “dimensione personale passiva”), che però, strutturalmente, presenta la particolarità di avere un “contenuto” in parte “positivo” (“coniuge”) ma in parte anche “negativo” (“non legalmente separato”). Il che rileva ai fini dell’oggetto del dolo, in quanto l’autore del comportamento può sia ignorare del tutto che il soggetto “in danno” del quale agisce è con lui “giuridicamente coniugato” (tanto per “errore di fatto”, ad es. perché dopo molti anni di separazione di fatto non riconosce più fisicamente una certa persona come il suo coniuge, quanto per “errore di diritto”, perché, ad es., ritiene che il matrimonio canonico registrato non abbia effetti anche civili; ovvero che una lunga separazione di fatto equivalga giuridicamente al divorzio, con conseguente perdita della qualità di coniuge) sia – ferma la conoscenza della qualifica di “coniuge” nella persona contro cui agisce – ignorare solo che il coniuge “non” sia da lui “legalmente separato”, ossia la “mancanza” di una “separazione legale” (mancanza oggettivamente esistente) (= ignora la presenza della qualità di coniuge, ossia la attuale costanza di un matrimonio avente effetti civili); situazioni entrambe riconducibili sotto l’art. 59 comma 1 c.p. E lo stesso vale, *mutatis mutandis*, in caso di supposizione erronea di detta “qualifica” di “coniuge non legalmente separato” (vedi anche retro nel testo).

parato) non sarà punibile *ex art. 59 comma 1 c.p.* direttamente per mancata integrazione del “fatto oggettivo” di reato («Le circostanze che escludono la pena ... sono valutate a favore dell’agente *anche se da lui non conosciute*», risolvendosi in realtà detto errore in un “reato putativo per errore sul fatto”: art. 49 comma 1 c.p.). E lo stesso si deve dire anche laddove il soggetto attivo supponga erroneamente che il coniuge “in danno” del quale agisce è da lui legalmente separato (mentre in realtà non lo è; il che può avvenire, ad es., perché chi agisce ritiene erroneamente che per la separazione legale basti la presentazione della relativa domanda giudiziale), “non punibilità” discendente, ancora una volta, dall’art. 59 comma 1 c.p. per mancata integrazione del “fatto oggettivo” di reato («Le circostanze che escludono la pena ... sono valutate a favore dell’agente *anche se ... da lui per errore ritenute inesistenti*»), risolvendosi logicamente la erronea rappresentazione della inesistenza di qualcosa in ignoranza della sua esistenza; il che trova conferma normativa nella stessa formulazione dell’art. 59 comma 1 c.p.

In conclusione e ricapitolando, con riferimento alla categoria giuridica della “legittimazione al fatto di reato”, è possibile concettualmente distinguere tra quattro situazioni, a loro volta analizzabili nella duplice prospettiva “formale” e “sostanziale-materiale”. Schematizzando, si può allora parlare di:

1) legittimazione “attiva” al reato “comune”: a) “formale”: spetta a qualunque “persona fisica” individuata attraverso la formula “chiunque” (a meno che non si tratti di un reato “pseudo-comune”, da considerare, in realtà, reato “proprio”); b) “sostanziale-materiale”: consiste nella idoneità psico-fisica a porre in essere il “fatto di reato” per come specificamente “descritto” nel singolo “tipo di illecito”;

2) legittimazione “passiva” al reato “comune”: a) “formale”: può in astratto spettare a qualunque soggetto di diritto, “persona fisica” o “persona giuridica” (termine qui comprensivo degli enti non riconosciuti e anche dei c.d. enti esponenziali); b) “sostanziale-materiale”: è data dalla “compatibilità” della persona “fisica” e/o “giuridica” con la *specifica “struttura”* del singolo “tipo di illecito” (ad es., la diffamazione o il furto, a differenza dell’omicidio, possono essere commessi *anche contro una “persona giuridica”*). In particolare, poi, laddove il legislatore si riferisce nella “tipizzazione” del singolo “fatto di reato comune” *specificamente ad un soggetto passivo “persona fisica”*, la legittimazione passiva può essere, a sua volta, ulteriormente distinta, convenzionalmente, in “non ristretta”, se il fatto di reato comune può essere commesso “contro chiunque” (ad es. omicidio doloso) o “ristretta”, se viceversa può essere commesso solo “contro un soggetto qualificato” (ad es., oltraggio a pubblico ufficiale: art. 341-*bis* c.p.; oltraggio a magistrato in udienza: art. 343 c.p.; offese all’onore o al prestigio del Presidente della Re-

pubblica: art. 278 c.p.)<sup>662</sup>. Se viceversa, nella “descrizione” del “fatto di reato comune”, il legislatore fa specifico riferimento come “soggetto passivo” ad una “persona giuridica” (in senso lato), siamo comunque sempre in presenza di un reato a legittimazione passiva “ristretta”, posto che la “persona giuridica” è di per sé, in quanto tale per sua natura, un soggetto giuridico già *normativamente “qualificato”* (si pensi, ad es., al delitto previsto dall’art. 290 c.p. di «Vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze armate»).

3) legittimazione “attiva” al reato “*proprio*”: a) “formale”: si ha quando il legislatore si riferisce nella “tipizzazione” del singolo “fatto di reato” ad un “soggetto attivo” “persona fisica” che sia *anche* titolare di una speciale “qualifica normativa” o si trovi in una particolare “condizione personale”; b) “sostanziale-materiale”: occorre considerare se solo il soggetto “qualificato” possa realizzare il “fatto” *per come descritto* nel “tipo” (ad es., il peculato: c.d. reato “pseudo-proprio”) o anche “chiunque” (ad es., l’abolita fattispecie delittuosa di «Attività antinazionale del cittadino all’estero»: abrogato art. 269 c.p.).

Con specifico riferimento al “concorso di persone”, importante è altresì la distinzione, nell’ambito della categoria generale dei reati propri, tra quelli la cui esecuzione materiale può essere realizzata da chiunque e i reati propri c.d. “di mano propria” (ad es. l’incesto) in cui la condotta costitutiva dell’offesa può essere commessa solo dal soggetto “qualificato”;

4) legittimazione “passiva” al reato “*proprio*”: a) “formale”: come per il reato comune, può in astratto spettare a qualunque soggetto di diritto, “persona fisica” o “persona giuridica” (termine qui comprensivo degli enti non riconosciuti e anche dei c.d. enti esponenziali); b) “sostanziale-materiale”: è data dalla “compatibilità” della persona “fisica” e/o “giuridica” con la *specificità “struttura”* del singolo “tipo di illecito” (ad es, nel codice della navigazione, il delitto di pirateria di cui all’art. 1135, a differenza dell’omicidio del superiore previsto dall’art. 1150, può essere commesso *anche contro una*

<sup>662</sup> A ben vedere, i c.d. reati “plurioffensivi” sono, in realtà, reati che tutelano non una pluralità di interessi diversi, ma *un unico interesse a struttura complessa* (vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 26-27); ciò non esclude però che soggetti passivi del reato possano essere, se diversi, anche i diversi titolari di una “parte” dell’unico interesse. Se così non fosse, non si comprenderebbe fra l’altro, dal punto di vista sistematico, il significato e la portata dell’art. 493-bis c.p., specie nella sua versione originaria, laddove prevede per certi delitti di falso anche la perseguibilità a querela della persona offesa. Quanto viceversa al reato di sottrazione di cose comuni di cui all’art. 627 c.p., reato oggi depenalizzato e sanzionato con una sanzione pecuniaria civile, qui *l’interesse era unico* ma, per definizione, molteplici ne erano i soggetti titolari e quindi le eventuali persone offese da quell’illecito. Situazione che doveva quindi considerarsi diversa da quella prima esaminata.

“*persona giuridica*”) <sup>663</sup>. In particolare, poi, laddove il legislatore si riferisce nella “tipizzazione” del singolo “fatto di reato proprio” *specificamente ad un soggetto passivo “persona fisica*”, la legittimazione passiva può essere, a sua volta, ulteriormente distinta, convenzionalmente, in “*non ristretta*”, se il fatto di reato proprio può essere commesso “contro chiunque” (ad es., arresto illegale: art. 606 c.p.) o “*ristretta*”, se viceversa può essere commesso oltre che da un soggetto “qualificato” anche “in danno” di un “soggetto giuridico” a sua volta “qualificato” (in quanto sia titolare di una particolare “qualifica normativa” o si trovi in una particolare “condizione personale”) (ad es., pirateria, art. 1135 cod. nav., omicidio del superiore, art. 1150 cod. nav., bancarotta fraudolenta, oggi art. 322 d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, Codice della crisi d’impresa). Se viceversa, nella “descrizione” del “fatto di reato proprio”, il legislatore fa specifico riferimento come “soggetto passivo” ad una “persona giuridica” (in senso lato), siamo comunque *sempre* in presenza di un reato a legittimazione passiva “ristretta”, posto che la “persona giuridica” è di per sé, in quanto tale per sua natura, un soggetto giuridico *già normativamente “qualificato”* (ad es., peculato militare, art. 215 c.p.m.p.).

g) (segue) *I concetti di “legittimazione attiva” e “legittimazione passiva” con riferimento alle “cause di giustificazione”*

Il concetto di “legittimazione” ha infine una sua *autonoma rilevanza*, e quindi un suo “spazio” dommatico e sistematico, anche con specifico riferimento alle “cause di giustificazione”. Ciò, sia considerando che le cause di giustificazione sono, come ritengo corretto logicamente prima ancora che normativamente <sup>664</sup>, “elementi negativi” del “fatto di reato”; sia, direi *a fortiori*, ritenendo come i tripartiti che le cause di giustificazione siano viceversa situazioni di fatto previste da “norme autonome” di “liceità” dell’intero ordinamento giuridico (e quindi “estranee” al diritto penale) <sup>665</sup>.

Ci sono infatti cause di giustificazione che possono assistere il comportamento di qualunque “soggetto attivo-persona fisica” del “fatto” (che *sarebbe, in loro mancanza*, costitutivo di reato), tanto se individuato dal termine

<sup>663</sup> Recita infatti l’art. 1135 cod. nav.: «PIRATERIA – 1. Il comandante o l’ufficiale di nave nazionale o straniera, che commette atti di depredazione in danno di una nave nazionale o straniera o del carico ovvero a scopo di depredazione commette violenza in danno di persona imbarcata su una nave nazionale o straniera, è punito con la reclusione da dieci a venti anni. 2. Per gli altri componenti dell’equipaggio la pena è diminuita in misura non eccedente un terzo; per gli estranei la pena è ridotta fino alla metà».

<sup>664</sup> Retro cap. I, 1 e nota 7.

<sup>665</sup> Retro cap. II, 3 e nota 415.

“chiunque” o dal riferimento ad una “qualifica personale”<sup>666</sup>, come ad es. la legittima difesa e lo stato di necessità (cause di giustificazione *tendenzialmente* riferibili a tutti i “tipi” di reato, “comuni” e “propri”, sempre ovviamente che la singola scriminante sia *strutturalmente compatibile* con la descrizione del fatto nella sua dimensione “positiva”). “Legittimazione attiva” alla commissione del “fatto giustificato”, questa, che potremmo allora, convenzionalmente, definire anche come “legittimazione attiva *comune*” in quanto identificata dal ricorso al *pronome indefinito* “chi”; il che avviene attraverso la formula «Non è punibile chi» con cui si aprono normalmente<sup>667</sup> le “disposizioni” che prevedono “cause di giustificazione”.

Ma ci sono anche cause di giustificazione che, indipendentemente dalla circostanza che il fatto di reato, considerato nei suoi soli “elementi positivi”, sia di per sé “comune” o “proprio”, possono applicarsi *soltanto* a soggetti che rivestano una *determinata “qualifica personale”*, scriminanti che si potrebbero allora convenzionalmente anche definire a “*legittimazione attiva ristretta*” o anche a “legittimazione attiva propria” (si pensi, ad es., alla causa di giustificazione prevista dall’art. 53 c.p., in cui il soggetto autorizzato all’uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica può essere *solo* un pubblico ufficiale nell’esercizio delle sue funzioni<sup>668</sup> o/e qualunque altra persona le-

<sup>666</sup> Si ricordi che anche il termine “chiunque” è di per sé, sul piano squisitamente “normativo”, indicativo di una specifica “qualifica normativa personale” (retro cap. III, 2.4 lett. e); quando viceversa si dice che la norma incriminatrice fa riferimento *specifico* ad una “qualifica personale” (ad es., pubblico ufficiale), questa deve essere convenzionalmente intesa “in senso stretto” come qualifica che potremmo pertanto definire “di secondo grado”, in quanto *strutturalmente “speciale”* rispetto alla qualifica inerente ad un soggetto identificato col termine “chiunque”.

<sup>667</sup> In altri casi, come per le scriminanti dell’esercizio del diritto e dell’adempimento del dovere di cui all’art. 51 c.p., si usa l’altra formula «esclude la punibilità»; formula tuttavia anch’essa soggettivamente “indefinita”, come il pronome “chi”, dovendosi sottintendere: “nei confronti di chiunque”.

<sup>668</sup> Come si argomenta dal riferimento alla “finalità” specificamente richiesta per l’operatività della suddetta scriminante costituita dal «fine di adempiere un dovere del proprio ufficio». Il che, fra l’altro, deve portare anche interpretativamente alla conclusione che l’uso legittimo delle armi *non è un’ipotesi speciale di “adempimento del dovere”* direttamente previsto da una norma giuridica, come viceversa spesso si ritiene (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 275 ss.; *contra*, correttamente, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 344-347), essendo l’adempimento di un dovere dell’ufficio *solo la “finalità”* che deve assistere il comportamento del pubblico ufficiale. Il che trova conferma anche nell’*incipit* dello stesso art. 53 («Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti»), da cui si desume come questa scriminante abbia un ambito applicativo *ulteriore e autonomo* anche se meramente “residuale” e “sussidiario” rispetto all’“esercizio di un diritto” o all’“adempimento di un dovere” di cui all’art. 51 c.p. e alla “legittima difesa” di cui all’art. 52 c.p. Ritenendo viceversa che l’uso delle armi costituisca contenuto di un “dovere d’ufficio”, si dovrebbe

galmente richiesta dallo stesso pubblico ufficiale)<sup>669</sup>. Anzi, a ben vedere, si potrebbe dire che proprio questa “qualifica personale” contribuisce a rendere il fatto, scriminato in quanto assistito da quella specifica causa di giustificazione, commissibile a sua volta solo dal soggetto qualificato (quantomeno nella sua realizzazione concreta). Qualifica che dunque finisce per contribuire alla stessa “descrizione” del “fatto tipico” non però ai fini dell’integrazione del reato ma, tutt’al contrario, *negativamente*, ai fini della sua “*mancata integrazione*” con conseguente “non punibilità” del suo autore (conformemente d’altronde al “ruolo” che le cause di giustificazione svolgono nel sistema penale come “elementi negativi” del fatto di reato). Ciò significa allora, in ultima analisi, che si potrebbe qui convenzionalmente anche parlare, in modo esattamente speculare rispetto alla “legittimazione attiva al reato”, di “legittimazione *attiva al non reato*” (e, a sua volta, di “fatto giustificato” come “non-reato”).

Ci si può poi chiedere se si possa anche parlare di “cause di giustificazione” a “legittimazione passiva ristretta” a soggetti che si trovino in una particolare “condizione personale” o che rivestano una determinata “qualifica”. A ben vedere, *tutte* le scriminanti, in quanto “elementi negativi” del “fatto di reato”, prevedono, nella loro descrizione tipica, un “soggetto di

---

allora concludere che il pubblico ufficiale che, in presenza di una delle situazioni ipotizzate dall’art. 53, non facesse uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, commetterebbe un illecito, quantomeno disciplinare; il che, evidentemente, non è, essendo l’uso delle armi *solo un comportamento “autorizzato”* e non giuridicamente “imposto”. Conclusione ribadita d’altronde in modo esplicito proprio a livello normativo dalla “disposizione di chiusura” dello stesso art. 53, laddove al comma 3 stabilisce che «La legge determina gli altri casi, nei quali è *autorizzato* l’uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica». Formula, a sua volta, testualmente ripresa anche dall’art. 41 comma 2 c.p.m.p. che parla esplicitamente dell’uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica da parte del militare come di comportamento meramente “autorizzato” e non “imposto” («La legge determina gli altri casi, nei quali il militare è *autorizzato* a usare le armi o altro mezzo di coazione fisica»).

<sup>669</sup> Si pensi come causa di giustificazione a “legittimazione attiva ristretta” anche alla *legittima difesa del “militare”*, specificamente prevista dall’art. 42 comma 3 c.p.m.p. con riferimento ai delitti di insubordinazione e di abuso di autorità *in deroga* a quanto stabilito dall’art. 52 c.p. Stabilisce infatti l’art. 42 comma 1 c.p.m.p. che, «Per i reati militari, *in luogo* dell’articolo 52 del codice penale, si applicano le disposizioni dei commi seguenti». “*Deroga*” all’art. 52 c.p. prevista, in generale, dall’art. 42 comma 2 c.p.m.p. altresì *per tutti i “reati militari”, diversi* da quelli espressamente indicati nel comma 3 e quindi anche per tutti i reati militari commissibili *anche o solo da “non militari”* (infra cap. III, 2.4 lett. h). Con la conseguenza che la causa di giustificazione della legittima difesa prevista dall’art. 42 comma 2 c.p.m.p., pur essendo di natura “speciale” in quanto riferibile solo ad una categoria ristretta e specifica di reati, appunto quelli militari, *non* è qualificabile – a differenza della scriminante ulteriormente “speciale” prevista dal comma 3 – a “legittimazione attiva ristretta”, dipendendo la sua riferibilità o meno solo ai militari dalla “legittimazione attiva” al singolo reato militare.

diritto” (persona fisica o giuridica)<sup>670</sup> *contro i cui interessi* giuridicamente protetti (ovviamente “in mancanza” della scriminante) si dirige la condotta giustificata; soggetto che si identifica con colui che *sarebbe* “legittimato passivo” del singolo reato se mancasse, appunto, la causa di giustificazione<sup>671</sup>.

Esistono però, più in particolare, situazioni in cui la *singola scriminante* prevede un soggetto *contro* cui si rivolge il comportamento giustificato, “qualificato” in modo “specifico” o che si trovi in una “speciale” “condizione personale”. Si pensi ad es. alla legittima difesa *ex art.* 52 c.p., nel caso in cui «il pericolo attuale di un’offesa ingiusta» provenga da una persona fisica<sup>672</sup> che si trovi quindi nella “condizione personale” di “aggressore” e contro cui deve essere attuata la “difesa”. Ancora, possiamo fare riferimento alla persona fisica autore della “violenza” o della “resistenza” all’Autorità *contro* cui – in modo esclusivo – il pubblico ufficiale può far uso delle armi ai sensi dell’art. 53 c.p.<sup>673</sup>. Per la loro struttura, si tratta dunque di cause di giustificazione che possono essere convenzionalmente definite a “legittimazione passiva ristretta”.

h) *La “validità materiale interna” della norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale”. Il concetto di “legittimazione speciale alla pena”*

Quanto all’“ambito di validità *materiale interno*” della norma incriminatrice con riferimento all’*eventuale* “contenuto specifico” della “pena criminale” che costituisce la “conseguenza sanzionatoria” di un *determinato* “tipo” di reato, occorre anzitutto sottolineare come, nell’ordinamento italiano, esistono delle tipologie di pene criminali *principali*, diverse da quelle “comuni” di cui all’art. 17 c.p., *specificamente* previste *per certi tipi di reati*. Così, per i reati di competenza del giudice di pace, vengono in evidenza, come *pene principali*

<sup>670</sup> Parallelamente a quanto detto a proposito della “legittimazione al reato”, attiva e passiva, anche con riferimento alle “cause di giustificazione” si deve ritenere che qualunque persona fisica sia di per sé comunque “qualificata normativamente”, anche se non “specificamente qualificata”, come avviene ad es. per il soggetto pubblico ufficiale ai sensi dell’art. 53 c.p.

<sup>671</sup> Si pensi ad es. al “terzo estraneo” – che può essere qualunque soggetto normativamente qualificabile come “uomo” – che viene lecitamente ucciso da una persona che può invocare la presenza dello stato di necessità.

<sup>672</sup> Retro nota 421.

<sup>673</sup> Sempre com’è ovvio che l’uso delle armi non sia già “giustificato” in quanto costitutivo delle scriminanti dell’“adempimento di un dovere” o della “legittima difesa”, essendo la scriminante dell’art. 53 c.p. *meramente “residuale”* rispetto alle altre cause di giustificazione “generali” (escluso lo stato di necessità), come si ricava inequivocabilmente dall’inciso iniziale con cui si apre la formulazione dell’art. 53 c.p. («Ferma le disposizioni contenute nei due articoli precedenti»). Vedi anche retro nota 668.

direttamente *sostitutive*<sup>674</sup> delle pene detentive originarie, oltre alla multa e all'ammenda, la “permanenza domiciliare” e il “lavoro di pubblica utilità” (art. 52 ss. d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274). A sua volta, il codice penale militare di pace all'art. 22 comma 1 – valevole anche per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra (arg. *ex* art. 37 comma 3 c.p.m.p. e art. 47 c.p.m.g.<sup>675</sup>) – prevede come *pena principale* “speciale”<sup>676</sup> per la *specifica* categoria dei “reati militari” – anche se non esclusiva<sup>677</sup> – la “reclusione militare”<sup>678</sup>.

Siccome per il principio di “personalità della responsabilità penale” non vi può essere dissociazione tra l'autore dell'illecito e il destinatario della relativa conseguenza sanzionatoria, ne discende che, accanto al concetto di “legittimazione attiva al reato”, si può logicamente individuare anche il corrispondente concetto *simmetrico* di “legittimazione alla pena”: nel senso che

<sup>674</sup> L'art. 52 comma 2 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, usa il termine “modificazione” («Per gli altri reati di competenza del giudice di pace le pene sono così modificate: ...»). Che si tratti di *vere e proprie* “*pena principali sostitutive*” delle originarie pene detentive si ricava anche dall'interpretazione sistematica dell'art. 58 comma 1 decreto cit., a tenore del quale «*Per ogni effetto giuridico* la pena dell'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità *si considerano* come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena originaria», e dell'art. 62 decreto cit., secondo cui «Le sanzioni sostitutive previste dagli articoli 53 e seguenti della legge 24 novembre 1981, n. 689, non si applicano ai reati di competenza del giudice di pace» (evidentemente perché per i reati di competenza del giudice di pace la “sostituzione” non è eventualmente affidata, come avviene di regola, al giudice di cognizione in sede di commisurazione della pena in concreto – art. 58 legge n. 689/1981 –, ma è già stata *direttamente* operata “in astratto” dallo stesso legislatore a livello di comminatoria edittale).

<sup>675</sup> L'art. 47 c.p.m.g. dispone anche un aggravamento di pena (attraverso la previsione di una circostanza aggravante) per i reati previsti dal codice penale militare di pace (sempre che l'aggravamento non sia già *specificamente* previsto dal codice penale militare di guerra).

<sup>676</sup> Così come l'art. 24 c.p.m.p. prevede anche alcune pene *accessorie* militari “speciali” (“speciali” nel senso di cui all'art. 16 c.p.: infra nota 680), in particolare la “degradazione”, rilevante, come vedremo, ai fini della *sostituzione* della reclusione militare a quella comune (retro nota 538) quando la condanna del militare per reati militari «non importa la degradazione» (art. 27 comma 1 c.p.m.p.), ossia si tratti di condanna alla reclusione inferiore a cinque anni (arg. *ex* art. 28 comma 3 c.p.m.p.).

<sup>677</sup> Si noti come, nell'ordinamento attualmente vigente, non vi sia corrispondenza tra il “reato militare” e la pena della “reclusione militare”: lo stesso art. 22 c.p.m.p., al comma 2, stabilisce infatti che «La legge penale militare determina i casi, nei quali, per i reati militari, si applicano le *pena comuni* dell'ergastolo e della reclusione»: retro nota 119.

<sup>678</sup> Nella formulazione originaria, l'art. 22 comma 1 c.p.m.p. prevedeva come pena principale “speciale” anche la pena di morte, oggi abolita altresì per i delitti previsti dalle leggi militari di guerra e sostituita dall'ergastolo (pena criminale “comune”: art. 17 c.p.). Come abbiamo visto infatti (retro nota 676), i reati militari possono essere puniti *anche con le pena comuni*, sia pure nei soli casi espressamente previsti dalla legge penale militare.

“destinatario” della situazione giuridica soggettiva di “soggezione alla pena” prevista *specificamente* per un certo reato può essere *solo* il soggetto “legittimato” alla sua commissione.

Più in particolare, si può parlare di una “legittimazione alla *pena comune*” e di “legittimazione alla *pena speciale*” a seconda che la “specie” di pena principale *edittalmente* prevista sia, rispettivamente, “comune” (e sono tali quelle previste dall’art. 17 c.p.) o “speciale” (se prevista da leggi penali “speciali” *ex art.* 16 c.p., come i codici penali militari). Legittimazione alla pena comune o speciale che però *non coincide con la legittimazione alla commissione di un reato “comune” o di un reato “proprio”*<sup>679</sup>. Ciò vale non solo per i reati “comuni” (in quanto commissibili da “chiunque”) previsti dal codice penale “comune” di competenza del giudice di pace, e quindi astrattamente sanzionabili con la “pena speciale” della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità; ma anche per i reati specificamente previsti dai codici penali militari, e quindi da “leggi speciali” (ai sensi dell’art. 16 c.p.)<sup>680</sup>, e *normativamente* qualificabili come “reati militari” (più esattamente, “delitti militari”: art. 37 comma 3 c.p.m.p.)<sup>681</sup>.

Infatti, da una attenta analisi dommatica e sistematica dei codici penali militari, incontriamo, da un lato, sia reati militari commissibili solo da militari<sup>682</sup> (riconducibili quindi alla categoria dommatica dei reati “propri”) e puniti con la reclusione militare, sia reati militari commissibili solo da mi-

<sup>679</sup> Si consideri che, come la legge penale “comune”, cioè il codice penale, prevede reati “propri”, anche le leggi penali “speciali” prevedono non solo reati “propri”, in quanto commissibili da soggetto *specificamente* “qualificato”, ma anche reati “comuni”: vedi, in questo senso, i codici penali militari e i reati previsti dal codice della navigazione.

<sup>680</sup> Art. 16 c.p.: «*Leggi penali speciali.* – Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, *in quanto non sia da queste stabilito altrimenti*»; come appunto avviene con i codici penali militari (di pace e di guerra) a partire dal sistema sanzionatorio delle pene (ma anche per i reati previsti dal codice della navigazione).

<sup>681</sup> Art. 37 comma 3 c.p.m.p.: «I reati preveduti da questo codice, e quelli per i quali qualsiasi altra legge penale militare commina una delle pene indicate nell’articolo 22, sono delitti».

<sup>682</sup> Ovviamente in sede di esecuzione “monosoggettiva”. La soggezione alla legge penale militare anche di «*persone estranee* alle forze armate dello Stato», sia come “concorrenti” in reati “propri” dei militari sia, addirittura, come “autori” principali e diretti di reati militari, è a sua volta specificamente prevista dall’art. 14 c.p.m.p. («*ESTRANEI ALLE FORZE ARMATE DELLO STATO* – 1. Sono soggette alla legge penale militare le persone estranee alle forze armate dello Stato, che concorrono a commettere un reato militare. 2. Oltre i casi espressamente enunciati nella legge, alle persone estranee alle forze armate dello Stato, che commettono alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 94, 136, 140, 141, 142, 145, 182 e 184, si applicano le pene stabilite per i militari, sostituite le pene comuni alle militari secondo le disposizioni dell’articolo 65. Tuttavia, il giudice può diminuire la pena»).

litari ma puniti con la reclusione comune; dall'altro, sia reati militari commissibili solo o anche da non militari (che a loro volta possono essere anche soggetti che rivestono una "qualifica personale" *diversa* da quella di militare) e puniti con la reclusione militare, sia reati militari commissibili solo o anche da non militari e puniti con la reclusione comune<sup>683</sup>.

<sup>683</sup> Schematizzando, con specifico riferimento al "reato militare" e tenendo anche conto della ulteriore distinzione tra reati militari "esclusivi" e "non esclusivi" («È reato *esclusivamente* militare quello costituito da un fatto che, nei suoi elementi materiali costitutivi, non è, *in tutto o in parte*, preveduto come reato dalla legge penale comune»: art. 37 comma 2 c.p.m.p.; disposizione da cui si ricava fra l'altro la previsione di un *ulteriore* concetto di fatto – "oggettivo" – in senso "*normativo*", *più ristretto* – come si argomenta dall'uso dell'espressione "in parte" – di quello che si ricava dall'art. 47 comma 1 c.p.), possiamo allora distinguere tra:

- Reato militare *esclusivo* commesso da *militare* e punito con *pena militare* (ad es. artt. 125, 133, 148 c.p.m.p.)
- Reato militare *esclusivo*, commesso da *militare* e punito con *pena comune* (art. 157, comma 1, c.p.m.p.) (anche se è discutibile ritenerlo esclusivamente militare alla luce dell'art. 642 c.p. *sub specie* della mutilazione fraudolenta)
- Reato militare *non esclusivo* commesso da *militare* e punito con *pena militare* (artt. 126, 129, 169, 212, 230-237 c.p.m.p., art. 83 c.p.m.g.)
- Reato militare *non esclusivo* commesso da *militare* e punito con *pena comune* (art. 195 comma 2 c.p.m.p., violenza contro inferiore con omicidio o lesioni, 215-218 c.p.m.p.)
- Reato militare *esclusivo* commesso da *non militare* e punito (astrattamente) con *pena militare* (art. 53 c.p.m.g.)
- Reato militare *esclusivo* commesso da *non militare* e punito (astrattamente) con *pena comune* (artt. 255 c.p.m.p.)
- Reato militare *non esclusivo* commesso da *non militare* e punito (astrattamente) con *pena militare*
- Reato militare *non esclusivo*, commesso da *non militare* e punito (astrattamente) con *pena comune* (art. 107, 252-254 c.p.m.p.)
- Reato militare *esclusivo* commesso da *militare o da non militare* (la legge usa il termine "chiunque") e punito (astrattamente) con *pena militare* (artt. 116 c.p.m.g.) (reato che potrebbe anche essere definito come "eventualmente proprio" ovvero, guardando dalla prospettiva opposta, "eventualmente comune")
- Reato militare *esclusivo* commesso da *militare o da non militare* e punito con *pena comune* (artt. 58, 86 c.p.m.g.)
- Reato militare *non esclusivo* commesso da *militare o da non militare* e punito con *pena militare* (art. 166 c.p.m.p., artt. 72-79, 87 c.p.m.g.)
- Reato militare *non esclusivo* commesso da *militare o da non militare* e punito con *pena comune* (art. 242 c.p.m.p.)

Da ricordare che ci possono essere *anche* reati militari, astrattamente commissibili da "chiunque" ma che, *per come è descritto il "fatto"*, in realtà possono essere commessi *solo da militare* e pertanto probabilmente qualificabili come reati militari "*pseudo-comuni*"; così come ci possono essere altresì reati militari, edittalmente puniti con pena militare o con pena comune, commissibili per come è descritto il fatto da qualunque persona fisica, la cui legittimazione attiva spetta formalmente a "chiunque", qualificabili come reati "*eventualmente propri*"; nel senso che, in concreto, possono essere realizzati sia da un soggetto "qualificato"

In conclusione, è possibile allora distinguere tra: 1) la legittimazione alla pena “comune” per reato “comune”; 2) la legittimazione alla pena “comune” per reato “proprio”; 3) la legittimazione alla pena “speciale” per reato “comune”; 4) la legittimazione alla pena “speciale” per reato “proprio”.

Sempre con riferimento alla conseguenza sanzionatoria specificamente collegata alla commissione di un certo reato o ad una determinata (e quindi limitata) categoria di reati, l'ordinamento prevede anche casi di pena criminale principale di un certo “*tipo comune*” (ad es., ergastolo o reclusione *ex art. 17 c.p.*), *ma con un “contenuto speciale”*, diverso da quello “ordinario” o, viceversa, casi di pena criminale principale di “*tipo speciale*” *ma con un “contenuto comune”*.

Alla prima categoria, delle “pene comuni a contenuto speciale”, potrebbero appartenere, in primo luogo, i casi riconducibili sotto l'art. 4-*bis* ord. penit., laddove dispone che, con riferimento a certi delitti sentiti come particolarmente gravi dal punto di vista dell'allarme sociale e tassativamente indicati dal legislatore, le “*modalità di esecuzione*” delle rispettive pene detentive – in cui si sostanzia il loro *specifico* “contenuto sanzionatorio” – *non possono di regola* consistere (a meno che i loro autori non dimostrino, sia pure secondo modalità differenti, la loro “mancanza” di “pericolosità sociale”)<sup>684</sup> anche nella possibile concessione dei “benefici penitenziari” dell'assegnazione del lavoro all'esterno, dei permessi premio e, soprattutto, delle “misure alternative alla detenzione” carceraria; prevedendosi in tal modo un “*trattamento esecutivo-penitenziario*” *diverso* da quello *generalmente* previsto per *tutti* i condannati a pena detentiva. In quest'ottica si pensi in particolare al c.d. ergastolo “ostativo”, anche dal punto di vista della sua legittimità co-

---

(ad es., il “militare”) o da qualunque altra persona fisica (vedi, rispettivamente, gli artt. 180 e 193 c.p.m.g.). Si consideri infine che, come si ricava dal citato art. 37 comma 2 c.p.m.p., il concetto di reato *militare* “proprio esclusivo” è *più ampio* di quello di reato “proprio esclusivo” in generale, dal momento che il reato *esclusivamente* militare (che può essere a sua volta, come sopra visto, non solo “proprio” ma anche commissibile da “chiunque”) può essere preveduto dalla legge penale comune – nella sua dimensione “oggettiva” – *anche solo “in parte”*. Per cui, argomentando *a contrario*, è reato militare “*non esclusivo*” quello il cui fatto oggettivo è *integralmente* previsto dalla legge penale comune.

<sup>684</sup> La preclusione alla concessione di premi e benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. *non opera* nelle seguenti situazioni (di evidente *mancanza* di “pericolosità sociale”): casi di cui al comma 1, quando c'è collaborazione con la giustizia (a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit. o dell'art. 323-*bis* comma 2 c.p.); casi di cui al comma 1-*bis* quando si dimostri la mancanza di collegamenti con la criminalità organizzata o sia impossibile la collaborazione; casi di cui al comma 1-*ter*, quando manchino elementi da cui desumere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

stituzionale<sup>685</sup>. Un altro esempio di “pena comune a contenuto speciale” è poi rinvenibile nell’art. 63 n. 3 c.p.m.p., laddove, con riferimento a certi reati militari commessi da militari ma astrattamente puniti con pena comune, si dispone, sempre *in sede di esecuzione*, la “sostituzione” della reclusione “comune” con la reclusione “militare” (sempre che la condanna non comporti la interdizione perpetua dai pubblici uffici e quindi la “indegnità” del militare)<sup>686</sup>.

Viceversa, alla categoria delle “pene speciali a contenuto comune” si potrebbe riportare la situazione prevista dall’art. 65 c.p.m.p., che prevede, ancora una volta non edittalmente ma solo in sede di esecuzione, la “sostituzione” della reclusione “militare” con la reclusione “comune” quando si tratti di reati militari commessi da persone “estrane” alle forze armate<sup>687</sup>.

In tutti questi casi, si può allora anche dire che gli autori di questi particolari reati – non importa se “comuni” o “propri” – sono altresì soggetti “legittimati”, a seconda dei casi, rispettivamente ad una pena “comune a contenuto speciale” ovvero ad una pena “speciale a contenuto comune”.

Sempre all’“ambito di validità materiale interno” della singola norma incriminatrice con riferimento alla “pena criminale” da essa *specificamente* prevista appartengono infine anche le “condizioni di procedibilità” (a differenza delle “condizioni di punibilità” che, come abbiamo visto<sup>688</sup>, debbono viceversa essere sistematicamente collocate nell’ambito di validità materiale interno del fatto di reato)<sup>689</sup>. Posto infatti che la pena criminale può essere

<sup>685</sup> Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239; Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253; Corte cost., ord. 11 maggio 2021, n. 97; Corte EDU, Sez. I, sent. 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*.

<sup>686</sup> Art. 63 n. 3 c.p.m.p.: «ESECUZIONE DELLE PENE COMUNI INFLITTE AI MILITARI IN SERVIZIO PERMANENTE – Nella esecuzione delle pene inflitte ai militari in servizio permanente alle armi, per reati preveduti dalla legge comune, compresi quelli indicati nell’articolo 264 di questo codice, si osservano le norme seguenti: ... 3° alla pena della reclusione, se la condanna non importa la interdizione perpetua dai pubblici uffici, è sostituita la reclusione militare per eguale durata, ancorché la reclusione sia inferiore a un mese».

<sup>687</sup> Art. 65 c.p.m.p.: «ESECUZIONE DELLE PENE MILITARI INFLITTE ALLE PERSONE CHE NON HANNO, O CHE HANNO PERDUTO, LA QUALITÀ DI MILITARE, O CHE PRESTANO DI FATTO SERVIZIO ALLE ARMI – Nei casi preveduti dall’articolo 16, per la esecuzione delle pene militari si osservano le norme seguenti: 1° ... 2° alla pena della reclusione militare è sostituita la pena della reclusione per eguale durata. 2. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando, per un reato militare, sia pronunciata condanna contro chi ha cessato di appartenere alle forze armate dello Stato, contro gli assimilati ai militari, gli iscritti ai corpi civili militarmente organizzati e le altre persone estranee alle forze predette».

<sup>688</sup> Retro cap. III, 2.4 lett. d.

<sup>689</sup> Nel senso che le “condizioni di punibilità”, a differenza delle “condizioni di procedi-

legittimamente applicata solo da un giudice ritualmente investito della funzione giurisdizionale penale e all'esito di un processo penale validamente instaurato<sup>690</sup>, ne discende allora che la eventuale previsione di una specifica condizione di procedibilità da parte della singola norma incriminatrice incide sulla stessa *valida applicabilità della pena* specificamente prevista come conseguenza di quel singolo reato.

Ciò significa che la “mancanza” della “condizione di procedibilità” richiesta dalla singola norma incriminatrice, costituendo un “limite” al suo specifico “ambito materiale di validità interno” con riferimento al profilo della “pena criminale” astrattamente prevista e quindi applicabile per quel particolare reato, si risolve dunque in una specifica “causa di non punibilità”<sup>691</sup>.

*2.5. La categoria delle “cause personali di non punibilità” tra “limiti della norma incriminatrice” e “limiti del fatto di reato”. Differenziazione dommatica, sistematica e di disciplina*

Nell'analisi dell'“ambito di validità” della norma incriminatrice, abbiamo visto come vi sono due suoi “aspetti”, quello della “validità personale” da un lato e quello della “validità materiale” riferita specificamente alla sua “dimensione personale” dall'altro, che, pur potendosi facilmente confondere concernendo entrambi l'individuazione dei “soggetti di diritto” cui la norma incriminatrice è *validamente* riferibile, devono viceversa essere tenuti rigorosamente distinti non solo sul piano propriamente concettuale, ma soprattutto per la *diversità di disciplina* che ne discende in primo luogo nella prospettiva dei relativi “limiti di validità” (sul piano “normativo”).

Questi “limiti” alla “validità personale” e alla “validità materiale-personale” della norma incriminatrice, che incidono sulle “qualifiche personali”, rispettivamente, della “capacità penale” e della “legittimazione”, possono

---

bilità”, debbano essere sistematicamente collocate nell'ambito di “validità materiale interno” del “fatto di reato”, vedi retro cap. III, 2.4 lett. d.

<sup>690</sup> Retro cap. II, 1.

<sup>691</sup> Occorre qui però anche ricordare come la mancanza di una condizione di procedibilità si risolva anche in una causa di inapplicabilità della misura di sicurezza o della sanzione amministrativa da reato a carico dell'ente, dal momento che anche queste fattispecie di responsabilità diverse da quella di punibilità possono essere accertate solo all'interno di un valido processo penale: vedi retro cap. III, 2.4 lett. d) e nota 618.

poi essere a contenuto sia “positivo” che “negativo”<sup>692</sup>.

Più in particolare, prendendo anzitutto in considerazione la prospettiva del “fatto di reato”, sia dal lato “attivo” che “passivo” e ricapitolando, questi “limiti” sono costituiti o dalla “mancanza” di un requisito, attinente alla capacità penale o alla legittimazione, che dovrebbe viceversa “esistere” per la rilevanza criminale del fatto come “fatto punibile”, rappresentando quindi solo l’aspetto “negativo” di un “elemento positivo” (ad es., la mancanza del minimo di idoneità psico-fisica per commettere un qualunque fatto di reato, da un lato, o la mancanza della qualifica di “militare” laddove prevista dalla singola norma incriminatrice, dall’altro); ovvero, al contrario, dalla “presenza” di un requisito che dovrebbe viceversa “mancare” per la rilevanza del “fatto” come “reato”, rappresentando quindi, propriamente, un suo “elemento negativo” (come ad es., rispettivamente, la presenza di una situazione di immunità o la presenza della qualità di coniuge non legalmente separato *ex art.* 649 comma 1 n. 1 c.p.). In quanto “limiti di validità” della norma incriminatrice sotto i due profili, “personale” e “materiale-personale”, in cui si può presentare la rilevanza di un “soggetto di diritto” ai fini della punibilità del fatto, si traducono in “cause personali di non punibilità”.

Detto altrimenti, se – in generale – tutti i “limiti di validità” della norma incriminatrice si traducono *sempre* in “cause di non punibilità”, e specificamente quelli attinenti alla “capacità” o alla “legittimazione” penali in “cause personali di non punibilità”, occorre però nettamente distinguere le cause personali di non punibilità che costituiscono solo l’“aspetto negativo” (= la “mancanza”) di un *requisito che deve viceversa positivamente esistere* per la “validità”, e quindi l’“applicabilità”, della norma incriminatrice<sup>693</sup> dalle cause personali di non punibilità, che presentano però la particolarità di essere “autonomamente” previste da *specifiche* disposizioni legislative e che costituiscono propriamente “elementi negativi”: a volte “elementi negativi-impeditivi” di “requisiti positivi” della capacità o della legittimazione penali ossia di “validità della norma incriminatrice” sotto i due profili, rispettivamente, “personale” e “ma-

<sup>692</sup> Limite a “contenuto negativo” potrebbe essere la qualità di “coniuge non legalmente separato” di cui all’art. 649 c.p. Vedi anche retro nota 661.

<sup>693</sup> Si pensi ad es. al caso in cui, nella descrizione di un certo “tipo” di illecito penale, il “fatto”, per essere normativamente rilevante come “reato”, deve essere commesso da un “cittadino”; con la conseguenza che, se il “non cittadino” (ossia lo “straniero”, cui è normativamente equiparato l’apolide non residente nel territorio dello Stato: arg. *a contrario ex art.* 4 comma 1 c.p.), ossia il soggetto non avente la “qualifica normativa” di “cittadino”, non può realizzare *quel* fatto di reato, ciò costituisce un “limite” all’“ambito di validità materiale” della “norma”, che si traduce, nel nostro es., in una “causa personale di non punibilità” dell’autore di quel fatto.

teriale-personale” (come le situazioni di “immunità” la cui presenza “esclude”, in quanto appunto “impedisce”, l’integrazione del requisito positivo della “capacità penale”); altre volte “elementi negativi in senso stretto”, in quanto “si aggiungono”, sia pure con valenza “negativa” nel senso che debbono “mancare”, agli altri elementi necessari per la valida integrazione della “fattispecie di punibilità” o della “conseguenza sanzionatoria” (come la qualità di coniuge non legalmente separato in danno del quale è commesso un delitto contro il patrimonio senza violenza alle persone: art. 649 comma 1 n. 1 c.p.).

Come accade per la categoria generale delle “cause di non punibilità”, individuate attraverso il ricorso a formule assolutamente generiche quali “non è punibile”, “nessuno può essere punito” ed altre di analogo tenore<sup>694</sup>, anche la categoria delle “cause personali di non punibilità” (dette anche “cause personali di esenzione da pena”)<sup>695</sup>, che ne rappresenta una sottocategoria “speciale”, pur oggetto di una *espressa* “qualifica normativa” – in quanto conosciuta a livello legislativo negli artt. 111 c.p.<sup>696</sup> e 530 comma 3 c.p.p. –, è anch’essa identificata da *formule generiche* che si limitano a dettare una, *sia pure parziale e generica*<sup>697</sup>, “disciplina” – “non punibilità” sul piano sostanziale<sup>698</sup>, “assoluzione” sul piano processuale (ma senza precisare se

<sup>694</sup> Retro cap. I, 8.

<sup>695</sup> Di “cause di esclusione della pena” *tout court* parlano ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 149-150 e MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 863.

<sup>696</sup> Anche se, letteralmente, nell’art. 111 si parla di «persona ... non punibile a cagione di una condizione o qualità personale».

<sup>697</sup> Infatti, da un lato si parla specificamente di “non punibilità” solo con riferimento all’esecuzione monosoggettiva del reato, ma nulla si dice espressamente per il caso in cui l’offesa tipica sia viceversa determinata dal concorso di più persone (*non* ne parla l’art. 111 c.p., che si preoccupa solo di disporre la “punibilità”, oltretutto anche aggravata, per il determinante “non qualificato”; mentre gli artt. 112 ultimo comma e 119 comma 1 c.p. si limitano a fare genericamente riferimento, rispettivamente, da un lato a situazioni non meglio definite di “non punibilità”, dall’altro a “circostanze soggettive di esclusione della pena” anch’esse, pur volendo seguire la dottrina dominante – *infra* cap. III, 2.6 e nota 717 –, non specificamente riferite alle “cause personali di non punibilità”). A sua volta, l’art. 530 comma 1 c.p.p. parla di “assoluzione” «perché il reato è stato commesso da *persona* non imputabile o *non punibile* per un’altra ragione», ma non dice se questa formula assolutoria valga per tutte indistintamente le situazioni riconducibili sotto la categoria generica delle “cause personali di non punibilità”.

<sup>698</sup> Concetto di “non punibilità”, in generale, da intendere più comprensivamente, secondo larga parte della dottrina, come “non assoggettabilità a sanzione penale”, ricomprendendo fra le sanzioni penali *anche* le “misure di sicurezza” (vedi retro nota 626). A ben vedere, tuttavia, l’affermazione che la formula generica “causa di non punibilità” ricomprenderebbe, in realtà, almeno in linea tendenziale, tutte le sanzioni “penali-criminali”, e quindi

la formula assolutoria è unica per tutte le cause “personali” di non punibilità) – *comune* a tutte le “cause di non punibilità” che attengono all’“autore” di un “fatto” astrattamente corrispondente ad un “tipo criminoso”.

Formula generica dunque quella di “cause personali di non punibilità” che, di per sé, come già abbiamo visto accadere per la categoria generale delle “cause di non punibilità”<sup>699</sup>, si limita sostanzialmente a “descrivere” una certa fenomenologia giuridica ma non la “spiega”, non toccando il problema né della qualificazione dommatica né della collocazione sistematica di ciascuna delle diverse situazioni riconducibili sotto la categoria generica delle “cause personali di non punibilità”, nel senso che non ne individua la effettiva (e diversa) “natura giuridica” in funzione dell’applicazione della *intera* disciplina ad essa relativa.

A ben vedere infatti, come per la categoria generale delle “cause di non punibilità”, anche per quella delle “cause personali di non punibilità” si

---

non solo le pene ma anche le misure di sicurezza, non solo non è corretta (anzitutto perché dà per dimostrato proprio ciò che occorre dimostrare, ossia la “natura penale” anche delle misure di sicurezza oltre che, a monte, la loro riconducibilità sotto la categoria giuridica generale delle “sanzioni”: retro cap. I, 6); ma non è neppure necessaria per raggiungere il fine cui con questa affermazione si vuole pervenire, ossia l’“*inapplicabilità*” anche delle misure di sicurezza in presenza di una “causa di non punibilità”. Infatti, posto che per l’applicazione di una misura di sicurezza – almeno come regola generale: art. 202 comma 1 c.p. – è necessaria l’integrazione di un “fatto di reato” al completo di tutti i suoi elementi, laddove la “causa di non punibilità” operi come situazione la cui presenza impedisce l’integrazione del reato (ad es., in caso di errore sul fatto o per la presenza di una causa di giustificazione), l’inapplicabilità della misura di sicurezza discende *direttamente* dalla mancata realizzazione di uno dei suoi presupposti applicativi, ossia appunto la realizzazione di un “fatto di reato”. A ciò si aggiunga che, nella sua assolutezza, la suddetta affermazione (che le cause di non punibilità come regola impediscono l’applicazione di tutte le sanzioni penali e quindi anche le misure di sicurezza, *sempre che la legge non disponga altrimenti*; individuando così un rapporto regola-eccezione) è *anche palesemente errata*, posto che occorrerebbe allora sempre *distinguere* tra cause di non punibilità che escludono anche l’applicazione di misure di sicurezza e quelle che viceversa non la escludono: si consideri infatti come sia lo stesso diritto positivo, fuori dei casi in cui la causa di non punibilità si traduce in una causa di “mancata integrazione del fatto di reato”, a parlare ora di “applicazione” (meglio: “applicabilità”) e di esecuzione delle misure di sicurezza pur in presenza di una “causa di non punibilità”, come nel caso di quelle situazioni la cui presenza esclude la “imputabilità” dell’autore del fatto di reato (arg. *ex* art. 203 c.p., laddove, dando la definizione di “pericolosità sociale”, parla di «persona, *anche se non imputabile* o non punibile»), lasciando fra l’altro nel dubbio su quali siano queste *ulteriori* “cause di non punibilità” cui fa cenno la disposizione in questione), ora, al contrario, di “non applicazione” e di “cessazione dell’esecuzione” delle misure di sicurezza, come nel caso della “non punibilità” per “estinzione del reato” (art. 210 comma 1 c.p.; più articolata è la situazione che si determina in caso di “estinzione della pena”: vedi art. 210 comma 2 c.p., retro nota 227).

<sup>699</sup> Retro cap. I, 8.

deve ritenere che *non si tratti di una categoria "unitaria"*. Nel senso, in particolare, che sotto di essa possono essere ricondotte situazioni dalla "natura giuridica" la più diversa: infatti, oltre le "cause di non imputabilità"<sup>700</sup>, occorre fondamentalmente *distinguere* a seconda che le diverse "cause personali di non punibilità" costituiscano "limiti", rispettivamente, alla "validità personale" della norma incriminatrice ovvero alla sua "validità materiale" sotto lo specifico profilo della "dimensione personale del fatto". Sinteticamente, si potrebbe anche parlare di "limiti personali della norma" e "limiti personali del fatto di reato"; anche se la precisione concettuale impone comunque di ricordare sempre che *ogni "limite del fatto" è altresì "limite della norma"*<sup>701</sup>, nel nostro caso però non "limite personale" *ma "limite materiale"* dell'"ambito di validità" della norma incriminatrice stessa (sia pure sotto il *profilo specifico dei "soggetti"* che possono legittimamente – meglio: "validamente" – porre in essere quel determinato fatto di reato).

Iniziando allora dalle cause di non punibilità *espressamente* previste in disposizioni autonome, in particolare costituite dalle situazioni di "immunità", ossia di "incapacità penale", esse, attenendo propriamente alla "validità personale" della norma incriminatrice come suoi "limiti", sono requisiti, più specificamente: "elementi negativi-impeditivi" della "capacità penale", in quanto tali *"estranei" al "fatto di reato"*; *"reato" che pertanto può "normativamente" esistere a prescindere dalla "incapacità penale" del suo autore*, anche se *non integra* la "norma incriminatrice" e dunque non è punibile (appunto, per la "invalidità" che investe la "qualifica personale" del soggetto attivo in quanto da considerare "penalmente incapace"). Ciò comporta, con specifico riferimento alle situazioni di "immunità", la correttezza della formula dell'art. 111 c.p., laddove parla espressamente di "determinazione *al reato*" di persona «non punibile a cagione di una condizione o qualità personale»<sup>702</sup>; e della formula assolutoria dell'art. 530 comma 1 c.p.p. «*se il reato è stato commesso da persona [non imputabile o] non punibile per altra ragione*»; causa, quest'ultima, della sentenza di assoluzione che si può avere, in particolare, anche «Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in pre-

<sup>700</sup> Retro cap. I, 10 n. 1b.

<sup>701</sup> Retro cap. I, 10 e nota 205.

<sup>702</sup> Anche se qualcuno potrebbe altresì sostenere che nell'art. 111 c.p. si parla di "reato", e non di semplice "fatto", posto che questo illecito esiste giuridicamente proprio per l'apporto che dà il "determinatore" alla sua realizzazione in concorso, *supplendo* ciò che manca al soggetto "immune". Ma questa interpretazione non regge sistematicamente per quanto stabilito dall'art. 530 commi 1 e 3 c.p.p., in cui si distingue nettamente tra i termini di "fatto" e di "reato" già in sede di esecuzione monosoggettiva.

senza ... di una causa *personale* di non punibilità» (art. 530 comma 3 c.p.p.)<sup>703</sup>.

Ciò significa allora, sintetizzando, che un “fatto di reato” può essere realizzato, *nella sua integralità, anche* da un soggetto *personalmente* “incapace” di essere “destinatario”, in quanto penalmente “immune”, della corrispondente “norma incriminatrice”, sotto il cui ambito applicativo il “fatto di reato” non è pertanto riconducibile. Per cui si può allora anche dire che, *pur essendoci il “reato”* (= “fatto di reato”, al completo dei suoi elementi costitutivi), *il suo autore non può essere destinatario della sanzione, e quindi “punibile”<sup>704</sup>, per quella “causa personale di esenzione da pena” costituita dall’“immunità”*. Ciò perché non si è realizzata, meglio: *non è “applicabile”*, la “norma incriminatrice”.

<sup>703</sup> Così dicendo, ciò significa che la “qualifica personale” di “immunità sostanziale” non si traduce anche in una “immunità processuale” (in questo senso viceversa G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli, Jovene, 1961, pp. 460-461; *contra* esattamente GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 157-160), il che determinerebbe la necessità di una immediata archiviazione o di una sentenza di “non doversi procedere” perché l’azione penale non poteva essere iniziata (declaratoria anche immediata alla stregua dell’art. 129 c.p.p.: «in ogni stato e grado del processo»), magari per “difetto di giurisdizione” (difetto di giurisdizione che comunque non potrebbe però mai comportare l’“inesistenza” del procedimento/processo, posto che anche solo per l’accertamento della qualità di “immune” è necessaria la previa instaurazione di un processo valido: così GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 159; “inesistenza” del procedimento/processo penale quando vi sia “difetto di giurisdizione” da escludere comunque, in generale, alla luce dell’art. 20 c.p.p.). Dagli artt. 111 c.p. ma soprattutto 530 c.p.p. sembrerebbe viceversa che la qualità di “immune” possa essere dichiarata *solo dopo un accertamento sul “merito”* del “fatto di reato”. Ciò, mi sembra, anche perché, se si tratta comunque di una “causa *personale* di non punibilità”, lo stesso immune dovrebbe potere godere di formule assolutorie più “ampie” e quindi “più favorevoli” (di una di mero proscioglimento nel “rito”). A meno di non volere ammettere una irragionevole e quindi inammissibile disparità di trattamento proprio a sfavore dell’immune (si consideri fra l’altro che le immunità non sono solo “assolute” ma anche “relative”, come le “funzionali”, che *di per sé* non escludono la responsabilità secondo altri settori dell’ordinamento; immunità funzionali di cui, mi sembra, solo un accertamento nel merito potrebbe sicuramente evidenziarne l’esistenza: retro nota 219).

E si ricordi anche come la ragione dell’“ordine” adottato per le formule assolutorie dall’art. 530 c.p.p. stia esclusivamente nella elencazione di queste partendo da quelle “più favorevoli” per giungere a quelle “meno favorevoli” per l’imputato, non però dal punto di vista del trattamento sanzionatorio (dal momento che, portando tutte alla “non punibilità” dell’imputato, sono da considerare normativamente “equivalenti” sul piano del diritto penale), ma per la loro diversa rilevanza in sede civile e amministrativa per le restituzioni e il risarcimento dei danni, come si ricava dall’art. 652 c.p.p. (che *limita* l’efficacia “preclusiva” nei giudizi civili e amministrativo solo ad alcune formule di assoluzione).

<sup>704</sup> Si ricordi sempre come, nel diritto penale-criminale, vige il principio, anche costituzionalizzato (art. 27 comma 1 Cost.), della “personalità” della “responsabilità penale”. A sua volta, occorre poi vedere se “sanzione penale” è solo la “pena”, in tutte le sue specie, o anche la “misura di sicurezza” (retro cap. I, 6 e infra cap. V, 8 lett. c).

minatrice”<sup>705</sup> per carenza di uno dei suoi profili di “validità”: quello “personale”.

Breve: *si è realizzato il “fatto di reato”, ma il suo autore non è punibile in quanto quella “norma incriminatrice” non gli può essere personalmente applicata* (per quella specifica “causa personale di esenzione da pena” costituita da una situazione di “immunità”).

Se però il “fatto di reato” realizzato da un soggetto “immune” *esiste giuridicamente*, pur non essendo riconducibile sotto la norma incriminatrice, può comunque rilevare, almeno in linea teorica, *ai fini dell’integrazione delle altre “fattispecie di responsabilità da reato”*; salvo, ovviamente, che non vi siano ulteriori controindicazioni, sempre ricavabili a livello “normativo”<sup>706</sup>. Nulla impedisce infatti a livello teorico che, ad es., il “danno da reato” causato da un soggetto immune – sempre poi ammesso che la situazione di immunità non escluda *anche* la responsabilità civile, occorrendo sempre guardare allo *specifico dato normativo*, non solo interno ma anche internazionale o sopranazionale<sup>707</sup> – possa quantomeno essere risarcito, *ex art. 185 comma 2 c.p.*, da quelle «persone che, *a norma delle leggi civili*, debbono rispondere per il fatto di lui»; persone che possono essere anche “giuridiche” (come ad es. uno Stato estero, se non vi fosse il principio generale di diritto internazionale dell’esenzione di uno Stato dalla giurisdizione civile straniera; Stato di cui l’ambasciatore agisce come rappresentante).

Diversa – meglio: opposta – è la conclusione laddove si tratti di cause di non punibilità che consistono in situazioni di “mancanza di legittimazione al fatto di reato”, sia dal lato attivo che passivo. Qui, come abbiamo visto, *appartenendo il requisito della “legittimazione” alla stessa struttura del “fatto di reato”*, la sua mancanza impedisce, a monte, la stessa integrazione del reato, o meglio: di un “fatto *normativamente rilevante* come reato”, con inapplicabilità della norma incriminatrice per sua “invalidità materiale”. Con la

<sup>705</sup> “Norma incriminatrice” che, lo si ricordi sempre, si ricava – come qualunque norma giuridica – necessariamente *in via interpretativa* dall’insieme, *sistematicamente (co)ordinato*, di una pluralità di “disposizioni” (solo legislative, nel senso di: con “valore di legge”, parlando di diritto penale), ossia di enunciati linguistici aventi, appunto, contenuto “normativo” (retro nota 45).

<sup>706</sup> Per la applicabilità – almeno come regola generale: *arg. ex art. 203 comma 1 c.p.* – anche della fattispecie di responsabilità per le misure di sicurezza vedi retro cap. I, 1; vedi però note 219 e 735.

<sup>707</sup> Mi sembra poi che occorra a sua volta distinguere tra immunità “assolute” e “relative-parziali”. Ad es. l’art. 68 comma 1 Cost. stabilisce che «I membri del Parlamento *non possono essere chiamati a rispondere* delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni»; quindi *anche* in sede civile o amministrativa.

conseguenza, sul piano processuale, che la formula assolutoria sarà “*il fatto non costituisce reato*”.

Il problema si pone viceversa per l’art. 111 c.p., che parla espressamente, come abbiamo appena visto, di “determinazione *al reato* di persona [non imputabile o] non punibile a cagione di una condizione o qualità personale”. Ora, se in mancanza della “legittimazione”, attiva o passiva, richiesta dalla norma incriminatrice il “fatto”, considerato *solo* nella sua dimensione “naturalistica” materiale e soggettivo-psicologica corrispondente al “modello” di illecito penale descritto dal legislatore, esiste, ma non è *normativamente* qualificabile come “reato”, occorre tuttavia *distinguere* a seconda che la “qualifica personale” mancante possa o meno essere *apportata* anche da un altro soggetto che *concorre* col primo alla verifica di quella particolare “offesa”. Nel primo caso, è evidente come, sulla base dei principi generali che reggono il concorso di persone nel reato nell’ordinamento italiano, basta che l’offesa contenuta di uno specifico reato sia nel suo complesso *integralmente realizzata* in tutti i suoi elementi costitutivi oggettivi e soggettivi dall’*insieme* dei contributi – *anche tutti “atipici”* alla stregua della fattispecie di “parte speciale” – dei diversi partecipi<sup>708</sup>. Così, ad es., se taluno ha realizzato un comportamento di impossessamento di cosa mobile in danno del “coniuge non legalmente separato”, pur essendo personalmente “non punibile” *ex art. 649 comma 1 n. 1 c.p.*, il terzo che lo abbia eventualmente istigato o comunque aiutato risponderà di concorso in furto, dal momento che la mancanza di “legittimazione passiva” della vittima – che impedisce la rilevanza normativa di quel comportamento come “reato” nei confronti dell’esecutore materiale – non è a lui riferibile, non trovandosi il terzo in quel particolare “rapporto” con la “persona offesa”; apportando quindi quanto necessario per l’integrazione di un “fatto” normativamente qualificabile come “reato” (proprio come dice l’art. 111 c.p.). Lo stesso deve dirsi anche laddove, come accade normalmente trattandosi di reati “propri” (diversi tuttavia da quelli anche “di mano propria”, su cui vedi subito dopo), un determinato delitto può essere – legittimamente e quindi “validamente” – commesso solo da un soggetto “qualificato”. Così, ad es., se un pubblico ufficiale, avendo per ragione del suo ufficio la disponibilità di denaro appartenente alla pubblica amministrazione, determina un soggetto “estraneo” a commettere un fatto di appropriazione di quel denaro (in ipotesi, fornendogli la chiave della stanza dove il denaro si trova), indi-

<sup>708</sup> Sulla struttura della fattispecie di “concorso di persone nel reato” per tutti vedi GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 27 ss. e ID., *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 93 ss.

pendentemente dal se e per quale reato l'*extraneus* dovrà ritenersi a sua volta responsabile<sup>709</sup>, il pubblico ufficiale risponderà di concorso in peculato, apportando lui – dal punto di vista sia della qualifica richiesta dalla norma incriminatrice sia del dolo (in particolare, rappresentandosi, oltre al fatto, di violare il suo “dovere di fedeltà e lealtà” nei confronti della pubblica amministrazione) – quanto necessario per l’integrazione dell’offesa contenuto del delitto di peculato *al completo* dei suoi requisiti costitutivi.

Alla conclusione opposta si deve viceversa pervenire, come detto, nei reati c.d. “propri di mano propria” laddove l’esecutore materiale *non* rivesta la “qualifica normativa” richiesta dalla norma incriminatrice, nel qual caso, non potendo la suddetta qualifica – per definizione – neppure essere apportata da altro soggetto, il “fatto” *non* può rilevare *normativamente* come “reato” e quindi essere “punibile” non solo a livello di esecuzione “monosoggettiva” ma anche di “concorso di persone”<sup>710</sup>.

In conclusione, ciò significa che la “causa personale di non punibilità” per la commissione di un “reato”, cui fa espresso e specifico riferimento l’art. 111 c.p., può consistere esclusivamente – oltre che in una situazione di “immunità” – nella “mancanza di legittimazione” attiva o passiva al reato solo tuttavia quando *ciò che manca* per la *rilevanza normativa* del fatto come reato (meglio: quel particolare “tipo” di reato) può essere apportato da un altro concorrente; mentre *non* può riferirsi ai casi in cui la “condizione o

<sup>709</sup> Posto che, nell’esempio sopra formulato, laddove l'*extraneus* ignori la qualifica dell'*intraneus*, risulta *inapplicabile* l’art. 117 c.p. alla stregua del suo tenore letterale – secondo cui “colpevole”, cioè l’esecutore materiale del fatto di reato, deve essere il soggetto “qualificato” – e trattandosi di disposizione “eccezionale”: sul punto vedi retro note 80 e 649. Si consideri tuttavia come, rispondendo l'*extraneus* (che ignora la qualifica dell'*intraneus*) in maniera diversa a seconda che l'*intraneus* sia o no l’esecutore materiale, ci sarebbe un problema costituzionale di ingiustificata “disparità di trattamento”, rilevante *ex art.* 3 Cost. (dal momento che, secondo la disciplina del codice penale italiano in materia di concorso di persone, la responsabilità, se si tratta di reato doloso, è tendenzialmente *uguale* per tutti i partecipi *a prescindere dal tipo di contributo* apportato alla verifica dell’offesa, ossia dal “ruolo” svolto da ciascuno dei partecipi), e anche di responsabilità per “fatto altrui”, rilevante ai sensi dell’art. 27 comma 1 Cost. (*cambiando* per l'*extraneus* il tipo di responsabilità *a seconda del ruolo svolto dal soggetto “qualificato”*, ossia dall'*intraneus*, nella realizzazione dell’offesa: concorso doloso nel reato *proprio speciale* – ad es. peculato – *ex art.* 117 c.p. nel caso in cui l'*intraneus* sia l’esecutore materiale; concorso nel reato *comune generale* ai sensi del combinato disposto degli artt. 110, 47 comma 2 e 49 comma 3 c.p. qualora esecutore materiale sia l'*extraneus* – ad es. appropriazione indebita –, e sempre ovviamente che non si tratti di reati propri anche di mano propria). Sul punto, vedi retro note 80, 624 e 649.

<sup>710</sup> Così, ad es., nel delitto di bigamia, reato a “concorso necessario”, solo chi contrae un matrimonio avente effetti civili deve essere lui stesso o l’altro coniuge a trovarsi nella condizione personale di essere già legato da un precedente matrimonio sempre avente effetti civili, non qualunque altro concorrente (come ad es. un istigatore). Vedi retro nota 645.

qualità personale”, in cui si sostanzia la “legittimazione” al reato, serva ad identificare il soggetto attivo di un reato proprio “di mano propria”<sup>711</sup>. In ultima analisi, dunque, quando l’art. 111 c.p. parla – non semplicemente di “fatto”, ma senz’altro – di “reato” commesso da persona “non punibile a cagione di una condizione o qualità personale” (persona “determinata” da un altro soggetto), lo fa, correttamente, da un lato con riferimento ad un soggetto “immune”, che può realizzare un “fatto” già qualificabile sul piano della sua rilevanza “normativa” come “reato” pur essendo *personalmente* “non punibile” (a differenza del “determinatore”); dall’altro, anche con riferimento ai casi di carenza di “legittimazione” al reato, sia pure nei limiti in cui la qualifica personale *non* investa il soggetto attivo di un reato proprio anche “di mano propria”, situazioni nelle quali il “determinatore” può apportare quanto è normativamente necessario perché il “fatto” possa “validamente” assumere, appunto, la qualifica di “reato” (originariamente mancante) e integrare di conseguenza l’offesa contenuto della fattispecie concorsuale (come può avvenire ad es. nel caso previsto dall’art. 649 comma 1 c.p., dove la “causa personale di non punibilità” discende dalla “mancanza di legittimazione” del “soggetto passivo” del reato per i suoi “rapporti” con l’autore del fatto, quando la carenza di “legittimazione passiva” al reato può tuttavia essere superata dalla mancanza di detta relazione personale della persona offesa col determinatore, che apporta dunque quanto mancante per la integrazione dell’offesa)<sup>712</sup>.

<sup>711</sup> A questo proposito, occorre tuttavia chiedersi quale sia la “disciplina” applicabile se, ad es., nel caso dell’art. 242 c.p., sia il “cittadino” ad istigare uno “straniero” a portare le armi contro lo Stato italiano. Qui saremmo evidentemente *fuori* della portata dell’art. 111, posto che esecutore materiale (ossia il “determinato-istigato”) *non* è il soggetto “qualificato” ossia il “cittadino”. Al contrario, in questo caso saremmo in presenza di una normale situazione di “concorso di persone nel reato”, con punibilità del “cittadino” (istigatore) ma “non punibilità” dello “straniero” (esecutore materiale), posto che l’art. 242 prevede un reato proprio “esclusivo”. Se si tratta viceversa di reati propri “non esclusivi”, la mancanza di legittimazione attiva dell’autore del fatto comporta la rilevanza normativa di quel fatto non per il reato proprio, strutturalmente speciale, *ma per il diverso titolo di reato strutturalmente “generale” rispetto all’altro*. Si ricordi anche come nel concorso nel reato proprio esclusivo, a sua volta, la qualifica personale, e quindi la “legittimazione attiva”, può accompagnare sia l’esecutore materiale sia un altro concorrente; in quest’ultimo caso, a meno che non si tratti di reato proprio altresì di mano propria (come l’incesto o la bigamia).

<sup>712</sup> Se viceversa la “causa di non punibilità” di cui all’art. 649 c.p. dovesse essere qualificata senz’altro come “causa di giustificazione”, la sua incomunicabilità ai concorrenti discenderebbe direttamente dall’art. 119 comma 1 c.p. (dovendosi allora considerare, in quanto scriminante, “circostanza di esclusione della pena” di natura “soggettiva”). Per il significato e la portata dell’art. 119 nel sistema vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 363 ss. e ID., *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 132 ss.; vedi anche *infra* cap. III, 2.6.

Diversamente, nel caso di *esecuzione "monosoggettiva"*, solo in presenza della "causa personale di non punibilità" costituita dall'"immunità" (ossia solo in caso di "mancanza" di "capacità penale") si può dunque correttamente parlare di un "reato" realizzato da un soggetto personalmente "non punibile", ossia di *loro "dissociazione" già sul piano astratto* della "norma incriminatrice" (in quanto il "fatto di reato" non è ad essa riconducibile per "mancanza" della sua "validità personale"). Mentre la "presenza" della "legittimazione", attiva e passiva, in caso di "esecuzione monosoggettiva" è *sempre necessaria* affinché un "fatto", pur oggettivamente e soggettivamente corrispondente ad un determinato "tipo" di illecito penale sul piano "naturalistico", possa essere altresì *normativamente qualificabile* come "reato".

"Mancanza" della "legittimazione al reato", attiva o passiva, che, comportando la mancanza di un "fatto di reato" sul piano "normativo", esclude allora conseguentemente *anche la integrazione delle ulteriori "fattispecie di responsabilità" appunto "da reato"* (diverse da quella di "punibilità")<sup>713</sup>.

#### 2.6. *La portata della categoria codicistica delle "circostanze di esclusione della pena" ai sensi degli artt. 59 e 119 c.p.*

La necessaria distinzione nell'ambito della categoria delle "cause personali di non punibilità" in senso proprio, nominativamente e specificamente previste come tali, tra ciò che convenzionalmente abbiamo definito "limiti personali della norma" e "limiti personali del fatto" appare poi fondamentale anche con riferimento al problema della individuazione dell'esatta portata della categoria *codicistica* delle "circostanze di esclusione della pena", giuridicamente rilevante in quanto indicativa di una specifica disciplina contenuta negli artt. 59 commi 1 e 4 e 119 c.p.<sup>714</sup>. Si tratta, in altri termini, di vedere anzitutto *se ed eventualmente quali "cause personali di non punibilità"* possano essere ricondotte sotto la generica formula legislativa

<sup>713</sup> Il che non esclude ovviamente che quel fatto, pur non essendo normativamente qualificabile come "reato", possa tuttavia essere comunque "impedito" (attraverso ad es. un comportamento di legittima difesa), potendo integrare *di per sé* gli estremi di un fatto antigiuridico o illecito alla stregua di *altri* settori dell'ordinamento (diversi dal penale-criminale): così, limpidamente, PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., pp. 678-691.

<sup>714</sup> Art. 119 c.p.: «VALUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE DI ESCLUSIONE DELLA PENA – 1. Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. 2. Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato».

delle “circostanze di esclusione della pena”. E, una volta data risposta in tutto o in parte affermativa, stabilire se la disciplina dettata dagli artt. 59 e 119 c.p. debba essere applicata nella sua integralità o solo parzialmente.

Fermo anzitutto che il termine “circostanza” è usato tecnicamente nella nomenclatura sia del codice penale che di procedura penale, con riferimento non solo ai c.d. “elementi accidentali” del reato (e, prima ancora, alle “circostanze” c.d. “innominate” che debbono orientare l’esercizio del potere discrezionale del giudice ai sensi dell’art. 133 c.p.)<sup>715</sup> *ma anche* (in quanto di “esclusione della pena” riferibili) *ad “elementi essenziali”* – sia pure “negativi”, nel senso che debbono “mancare” – appartenenti alla *struttura* stessa dell’illecito penale e della “fattispecie di punibilità”<sup>716</sup>; occorre in primo luogo sottolineare come, *di per sé considerato* e quindi prima di ogni interpretazione sistematica, il lemma “circostanze di esclusione della pena” sia talmente generale e generico da potere teoricamente ricomprendere tutte le situazioni, dalla “natura giuridica” la più diversa, che abbiano però come *carattere comune* (determinato dalla loro “presenza”) l’“effetto” della “*non punibilità*” dell’autore del “fatto di reato”.

Muovendo anzitutto dall’art. 119 c.p. – che, come l’art. 111 c.p., appartiene alla specifica disciplina del “concorso di persone” nel reato –, occorre evidenziare come il termine “*soggettivo*”, riferito dal comma 1 ad una categoria “speciale” di “circostanze di esclusione della pena” che, in quanto tali (ossia appunto “soggettive”), *non sono estensibili* agli altri concorrenti, ha un *significato ambiguo*, potendo essere di per sé riferito – ovviamente nella sola prospettiva “negativa” di ciò che determina la “non punibilità” dell’autore del fatto di reato – sia alle caratteristiche (e qualità) “personali” inerenti al “soggetto attivo” sia all’elemento “soggettivo” (meglio: ai criteri “soggettivi” di imputazione) del fatto di reato. In questa logica, potrebbero

<sup>715</sup> Di «*circostanze* indicate nell’articolo 133» parla espressamente l’art. 203 comma 2 c.p. (per indicare i criteri normativi da cui desumere la «qualità di persona socialmente pericolosa»); così come a sua volta l’art. 417 lett. b c.p.p. – da leggere in combinato con l’art. 203 comma 2 c.p. – fa riferimento, fra i requisiti che debbono costituire contenuto della richiesta di rinvio a giudizio, insieme alle «circostanze aggravanti» a «*quelle [circostanze] che possono comportare l’applicazione di misure di sicurezza*».

<sup>716</sup> Data la genericità del termine, “circostanze di *esclusione* della pena” possono essere infatti non solo situazioni che incidono direttamente sulla “conseguenza sanzionatoria-pena criminale” (come potrebbero essere le stesse “cause estintive della punibilità”, se il legislatore non prevedesse già per loro una espressa, autonoma e *specificata* disciplina: arg. *ex* art. 182 c.p.), ma anche “elementi negativi” sia del “fatto di reato”, come le cause di giustificazione, sia della “fattispecie di punibilità”, come l’ignoranza inevitabile della legge penale (che, lo si ricordi, vale *anche* come “causa di inapplicabilità della sanzione” per le *altre* “fattispecie di responsabilità *da reato*”: retro cap. III, 2.4 lett. b) e le cause di non imputabilità.

allora essere teoricamente riconducibili sotto l'ambito applicativo dell'art. 119 comma 1 c.p., non solo le cause di giustificazione che non valgono per l'intero ordinamento giuridico (o, addirittura, che valgono solo per l'ordinamento penale)<sup>717</sup>, non a caso caratterizzate *generalmente*<sup>718</sup> dalla ulteriore presenza nella loro "struttura tipica" *anche da momenti di natura soggettivo-psicologica* (anche "impliciti", ricavabili da una corretta interpretazione "sistemica")<sup>719</sup>, e le cause di esclusione dell'elemento soggettivo del reato specificamente previste dal codice penale (come l'errore sul fatto e il caso fortuito), ma *anche* tutte quelle "cause personali di non punibilità" legate alle qualità "personali" e dunque "soggettive" dell'autore del fatto, costituite dalle situazioni di "immunità" e di "mancanza di legittimazione" (in particolare, quelle che ineriscono ai "rapporti personali" tra l'autore del fatto e la vittima, come quella prevista dall'art. 649 comma 1 n. 1 c.p.). Cause personali di non punibilità che, dunque, per l'applicazione diretta del disposto dell'art. 119 comma 1 c.p., *non* si comunicherebbero ai compartecipi.

<sup>717</sup> È questa la nota e sistematicamente acuta conclusione cui perviene GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 367. Si ricordi viceversa come la dottrina tripartita (italiana ma di ascendenza culturale tedesca), secondo cui qualificabili propriamente come "cause di giustificazione" sarebbero solo quelle "cause di liceità" vevolevoli per l'intero ordinamento giuridico, riporti parte delle "cause di non punibilità" *concomitanti* alla condotta sotto la categoria delle "scusanti" (come ad es. alcune delle situazioni riconducibili sotto lo "stato di necessità"), elementi "negativi-impeditivi" del requisito – appartenente al concetto di "colpevolezza" – della "esigibilità" (di un comportamento diverso da quello tenuto). "Scusanti" che, in quanto appunto fattori di esclusione della "colpevolezza", ricadrebbero allora fra le "circostanze soggettive di esclusione della pena" di cui all'art. 119 comma 1 c.p. (come ritiene la attuale dottrina dominante in Italia). In generale, per una critica all'autonoma rilevanza del requisito della "colpevolezza" e, in particolare, di quello della "esigibilità" vedi retro cap. I, 3; nel senso, a sua volta, che il concetto di "causa di giustificazione" avrebbe natura meramente "formale" (onde sarebbe riferibile anche a situazioni di "liceità" esclusivamente "penale" o comunque non di intero ordinamento) vedi retro note 212 e 336.

<sup>718</sup> Si pensi ad es. viceversa come "eccezione" alla causa di giustificazione dello "stato di necessità" di cui all'art. 54 c.p., che, pur essendo una scriminante non vevolevole per l'intero ordinamento giuridico (arg. *ex art.* 2045 c.c.: retro cap. II, 3 e note 27 e 368), non presenta tuttavia nella sua struttura tipica requisiti di natura psicologico-soggettiva (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 348 ss.).

<sup>719</sup> Fra le scriminanti non vevolevoli per l'intero ordinamento, si pensi ad es. alla causa di giustificazione "generale" dell'art. 53 c.p. (che presenta fra i suoi requisiti costitutivi positivi anche l'elemento "psicologico" intenzionale del «fine di adempiere un dovere del proprio ufficio»: retro nota 668) e a quella "speciale" prevista dall'art. 384 c.p. (che richiede, sia pure come *requisito implicito*, la effettiva *rappresentazione* della situazione di «necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore»: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 361 ss.). Una eccezione è viceversa costituita, come detto (retro nota 718) dalla causa di giustificazione dello "stato di necessità" di cui all'art. 54 c.p.

In questa stessa logica, potrebbero allora rientrare sotto l'ambito applicativo dell'art. 119 comma 1 c.p. anche le "cause di esclusione dell'imputabilità" (non a caso *normalmente* poste dai codici *a fianco* delle altre cause "personali" di non punibilità, come ad es. negli artt. 111 c.p. e 530 comma 3 c.p.p.); ciò, nonostante la loro "non estensibilità" (= "incomunicabilità") agli altri concorrenti si ricavi, sia pure *indirettamente*, già dall'art. 112 ultimo comma c.p. (disposizione da cui si deduce direttamente che anche i "non imputabili" possono essere, nel sistema penale italiano, qualificabili come "concorrenti" nel reato, pur non essendo "punibili", data appunto la loro particolare condizione personale)<sup>720</sup>. Art. 112 ultimo comma c.p. che, non a caso, affianca ai partecipi "non imputabili", con una formula assolutamente generica, anche quelli "non punibili" senza ulteriore specificazione: dunque, *per qualsiasi "causa"* normativamente rilevante e pertanto *potenzialmente* comprensiva anche di tutte le "circostanze soggettive di esclusione della pena", sia di quelle che escludono l'elemento soggettivo del reato sia di quelle che si sostanziano in cause personali di non punibilità (sempre, ovviamente, che non ricadano sotto la disciplina di disposizioni *più specifiche*, come appunto l'art. 119 comma 1 c.p.); confermando così, in modo (se possibile) ancora più ampio e definitivo, la "regola generale" della "non estensibilità" della "non punibilità" agli altri concorrenti nel reato diversi da quello cui la "causa di non punibilità" direttamente si riferisce<sup>721</sup>.

Questa costruzione, che si avvicinerrebbe molto a quella attualmente sostenuta dalla maggior parte della dottrina italiana (salvo per l'idea dell'esistenza di "cause di giustificazione *soggettive*")<sup>722</sup> e che permetterebbe di dare una *soluzione normativa* certa al problema dell'estensibilità o meno ai concorrenti di tutta una serie di cause di non punibilità, imporrebbe però, sistematicamente, almeno in via di prima approssimazione, di intendere la

<sup>720</sup> Art. 112 ultimo comma c.p.: «Gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1), 2) e 3) di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile».

<sup>721</sup> Non dovrebbero viceversa ricadere sotto l'ambito applicativo dell'art. 112 ultimo comma c.p. le "cause estintive del reato", dal momento che, pur comportando anch'esse la conseguenza della "non punibilità", la loro "non estensibilità" agli altri concorrenti è – a differenza delle altre "cause di non punibilità" – già oggetto di *specifica e autonoma* disciplina ai sensi dell'art. 182 c.p. («Salvo che la legge disponga altrimenti, l'estinzione del reato o della pena ha effetto *soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce*»).

<sup>722</sup> MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 577-578, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 486; *contra*, a favore dell'ammissibilità di cause di giustificazione "soggettive", GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 363-372 e ID., *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., pp. 132-138.

*locuzione “circostanze di esclusione della pena”* di cui all’art. 59 c.p. come direttamente riferibile<sup>723</sup> – allo stesso modo di quanto si potrebbe dire a proposito dell’art. 119 comma 1 c.p. – *anche a tutte le cause “personali” di “non punibilità”* (in senso ampio), dalle immunità alle cause di non imputabilità passando per quelle cause di non punibilità che si sostanziano nella mancanza di legittimazione al reato.

Così dicendo però si aprirebbe un grave problema, quello cioè dell’applicabilità della disciplina dettata dall’art. 59 commi 1 e 4 a *tutte* queste situazioni, con conseguente rilevanza, in caso di risposta affermativa, anche della supposizione erronea della loro esistenza. Tale affermazione implicherebbe però come presupposto dell’intero ragionamento un dato che necessiterebbe viceversa di apposita dimostrazione (a meno di non incorrere in una vistosa petizione di principio), ossia che la locuzione “circostanze di esclusione della pena” abbia lo stesso significato e quindi portata negli artt. 119 e 59 c.p., quando viceversa è lo stesso art. 119 a *distinguere* al suo interno tra circostanze “soggettive” e “oggettive” di esclusione della pena imponendo conseguentemente di trovare (almeno) un “criterio distintivo” nell’ambito di questa categoria generale; criterio individuato, fra l’altro, riferendo la qualifica di “oggettive” ai sensi dell’art. 119 comma 2 *solo alle “cause di giustificazione” che escludono l’“antigiuridicità” del fatto alla stregua di tutti i settori dell’ordinamento*<sup>724</sup>.

In realtà, sia pure ammettendo come mera ipotesi di lavoro la coincidenza dei significati tra i due articoli visto l’ampio e, soprattutto, diversificato “spettro” di situazioni cui la locuzione “circostanze di esclusione della pena” astrattamente si riferirebbe, non limitato quindi alle “cause di giustificazione”<sup>725</sup>, occorrerebbe però anzitutto stabilire anche nel nostro caso,

<sup>723</sup> Sicuramente da *non* ricondurre sotto l’ambito applicativo della categoria delle “circostanze di esclusione della pena” di cui all’art. 59 c.p. sono quelle situazioni di “non punibilità” la cui presenza impedisce la integrazione dell’elemento “soggettivo” del reato, come l’errore sul fatto di reato e il caso fortuito, posto che – a parte ogni altra considerazione (che potrebbe non risultare decisiva come l’impossibilità logica di supporre erroneamente la presenza di un errore sul fatto di reato: vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 185) – si tratta comunque di situazioni già oggetto di *specifica e autonoma* disciplina ad opera di *altre* disposizioni del codice penale (come ad es. gli artt. 47 e 45 c.p.).

<sup>724</sup> Retro cap. II, 3. Ricordando sempre, a questo proposito, come, per i sostenitori della teoria della tripartizione o quadripartizione, solo le cause di non punibilità che escludono l’antigiuridicità del fatto per tutti i settori dell’ordinamento giuridico siano correttamente qualificabili come cause di giustificazione, non essendo ammissibili cause di giustificazione che escludano solo l’antigiuridicità penale o che comunque non valgano per l’intero ordinamento (retro note 27, 212 e 415).

<sup>725</sup> E ciò anche escludendo dalla sistematica del reato le c.d. “scusanti” (vedi retro capp. I,

in via interpretativa, se *ciascuna delle disposizioni* che si riferiscono genericamente alle circostanze di esclusione della pena definendone la “disciplina”, come quelle dei commi 1 e 4 dell’art. 59 c.p., sia *strutturalmente compatibile* con *ciascuna* delle singole “cause *personali* di esclusione della pena” per come sono *legislativamente* costruite (e anche tenendo conto della specifica “funzione” che svolgono nel sistema).

Prendendo in considerazione anzitutto le situazioni di “immunità”, se l’art. 59 *primo comma*, stabilendo la rilevanza “oggettiva” (meglio: per la loro semplice esistenza) delle “circostanze di esclusione della pena”, è strutturalmente compatibile con l’idea e, soprattutto, la *funzione* svolta dalle immunità, *incompatibile* è viceversa l’art. 59 *quarto comma*: infatti, da un lato, è la stessa “funzione” delle immunità, che comporta *eccezionalmente* la non “obbligatorietà-destinatarietà” della norma incriminatrice e quindi la impossibilità di qualificare come “capaci penalmente” i soggetti immuni, ad impedire che la semplice supposizione erronea della esistenza di una situazione di immunità (oggettivamente inesistente) possa escludere la punibilità dell’autore del fatto, posto che, così ragionando, si andrebbe palesemente fuori dalla *ratio* dell’“eccezione”. Dall’altro lato, poi – e si tratta della obiezione forse più importante, anche dal punto di vista sistematico –, se la causa “personale” di non punibilità costituita dalla “immunità” è, come abbiamo visto, un requisito “estraneo” alla struttura del “fatto di reato” (di per sé considerato, e quindi all’ambito di “validità materiale” della norma che lo prevede, concernendo viceversa solo il suo “ambito di validità personale”), non si comprenderebbe come la supposizione erronea della sua esistenza possa escludere il “dolo” e quindi lo stesso reato, lasciando residuare una eventuale responsabilità per colpa, incidendo quindi proprio sull’elemento soggettivo dell’illecito<sup>726</sup>.

1 e 10 n. 1c e II, 3; note 223 e 717), considerando comunque che anche l’unica “causa di non punibilità” dove il legislatore usa il termine “scusa”, ossia l’ignoranza inevitabile della legge penale di cui all’art. 5 c.p., è un requisito sistematicamente “estraneo” rispetto al “fatto di reato”; anche se occorre ricordare come tale requisito appartenga in ogni caso all’“ambito di validità materiale”, sia pure “esterno”, della norma incriminatrice (retro cap. III, 2.4 lett. b).

<sup>726</sup> *A fortiori*, alla stessa conclusione dell’inapplicabilità dell’art. 59 comma 4 c.p. si dovrebbe pervenire ritenendo che il soggetto immune, in quanto non destinatario del precetto penalmente sanzionato, non potrebbe neppure realizzare un “fatto di reato” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 429-430); per cui non si comprenderebbe come possa ritenersi viceversa qui applicabile l’art. 59 comma 4 c.p. in caso di supposizione erronea della presenza di una situazione di immunità che, escludendo il dolo (ma lasciando residuare una eventuale responsabilità a titolo di colpa), presupporrebbe viceversa (contrariamente alla premessa) che l’immune possa commettere fatti costitutivi di reato.

E lo stesso discorso dovrebbe farsi anche per le cause di “non imputabilità”. Se infatti nulla osterebbe a valutarne la rilevanza a favore dell’agente se oggettivamente esistenti, anche se da lui ignorate, secondo quanto stabilito dall’art. 59 comma 1 c.p., alla conclusione opposta dovrebbe pervenirsi a proposito della disciplina dettata dall’art. 59 comma 4. A prescindere infatti da ogni considerazione sulla “capacità di intendere e di volere” che, in quanto “*sostrato naturalistico*” della “qualifica normativa” dell’imputabilità, logicamente può solo esistere o non esistere sul piano oggettivo, ma non essere erroneamente supposta<sup>727</sup>, se la qualifica normativa “personale” dell’“imputabilità” è, come già sappiamo, anch’essa un requisito “esterno” rispetto alla struttura del “fatto di reato” (attenendo, al pari dell’immunità, all’“ambito di validità personale” – e non “materiale” – della norma incriminatrice), ne discende logicamente che la supposizione erronea di una causa di “non imputabilità” – anche ammesso che fosse teoricamente ipotizzabile – non potrebbe mai escludere il dolo e quindi il reato (essendo per definizione ad esso “estranea”). Onde, ancora una volta, l’incompatibilità *strutturale* anche delle “cause di non imputabilità” con la disciplina dettata dall’art. 59 comma 4 c.p. (a differenza di quanto stabilito dall’art. 59 comma 1).

Conclusione, questa della impossibilità di ricondurre le immunità e le cause di non imputabilità sotto la categoria generale delle “circostanze di esclusione della pena” di cui parla *specificamente* l’art. 59 c.p. per la loro *incompatibilità strutturale* con la “disciplina” dettata dal comma 4<sup>728</sup>, che trova

<sup>727</sup> La impossibilità logica di dare rilevanza alla supposizione erronea della capacità o incapacità “naturalistica” di intendere e di volere (dal momento che essa, in quanto dato “ontologico”, può solo esistere o non esistere sul piano oggettivo) non può essere però, di per sé, un argomento decisivo contro l’applicabilità dell’art. 59 comma 4 c.p. alla supposizione erronea della presenza di “cause di non imputabilità”. Infatti, – come abbiamo visto (retro cap. III, 2.3 lett. b) e nota 223) –, anche se l’art. 85 comma 2 c.p. sembrerebbe indicare come “regola”, almeno “tendenziale”, la coincidenza tra l’imputabilità (qualifica normativa, presupposto necessario della punibilità) e la capacità (naturalistica) di intendere e di volere, l’ordinamento positivo, sul piano della “disciplina” effettivamente vigente, “presume” l’imputabilità dell’autore del fatto di reato, sempre che non si sia in presenza di una delle “cause di non imputabilità” *tassativamente* previste (come cause di esclusione della punibilità) dal diritto positivo, in particolare dagli artt. 88 ss. c.p.

<sup>728</sup> È vero che, sia pure a livello di ipotesi puramente teorica, qualcuno potrebbe anche sostenere che la disposizione dell’art. 59 comma 4 c.p. potrebbe applicarsi *solo se non incompatibile* con le singole situazioni costitutive di “cause personali di non punibilità”; con la conseguenza allora che anche le immunità e le cause di non imputabilità potrebbero allora rientrare, di per sé considerate, nella categoria generale delle “circostanze di esclusione della pena” di cui all’art. 59, tuttavia *solo nei limiti* in cui la “disciplina” dettata da questo articolo *non risulti incompatibile* con la loro struttura e, soprattutto, funzione. Ragionando

ulteriore conferma dal punto di vista sistematico nella collocazione codicistica di queste “cause personali di non punibilità”: mentre infatti l’art. 59 c.p. si trova nel Capo II del Titolo III del Libro I del codice penale, titolo rubricato “Del reato”, dedicato quindi agli elementi che compongono la *struttura* dell’illecito penale (sia come elementi c.d. “essenziali” che c.d. “accidentali”), alle “immunità” fa viceversa riferimento l’art. 3 comma 1 c.p., situato nel Titolo I, rubricato “Della legge penale”, del Libro I del codice penale, così come le “cause di non imputabilità” sono previste nel Capo I del Titolo IV, rubricato “Del reo e della persona offesa dal reato”, del Libro I del codice penale. Collocazione differenziata nel sistema delineato dallo stesso codice penale che, anche se non risolutiva, ha comunque una sua precisa rilevanza normativa essendo il portato di una precisa e chiara scelta politica del legislatore del 1930.

Dalle considerazioni finora svolte discende allora che, fra tutte le situazioni teoricamente, e quindi astrattamente, riconducibili dal punto di vista strettamente letterale sotto la categoria generale delle c.d. “cause *personali* di non punibilità”, possono essere correttamente qualificate sul piano *normativo* come “circostanze di esclusione della pena” ai sensi – oltre che dell’art. 119 comma 1 c.p. – dell’art. 59 c.p., rientrando sotto il suo ambito applicativo, *esclusivamente* quelle ipotesi di “non punibilità”, specificamente e *autonomamente* previste dalla legge penale, costituite dalla “*mancanza di legittimazione*” al singolo reato<sup>729</sup>. Come abbiamo visto, infatti, si tratta di si-

---

in questi termini, però, si finirebbe per operare una *distinzione*, all’interno dello stesso art. 59, non compatibile con la sua struttura che sembrerebbe viceversa “unitaria”, disciplinando il comma 1 e il comma 4 le due situazioni logicamente ipotizzabili sul piano dell’“elemento soggettivo” e tra loro opposte: il comma 1 il caso della circostanza di esclusione della pena oggettivamente esistente ma ignorata dall’agente; il comma 4 il caso, inverso, della stessa situazione oggettivamente inesistente ma erroneamente supposta. In una parola, *le due opposte dimensioni in cui si manifesta la disciplina dell’errore* (ossia non rappresentazione di un *quid* esistente e supposizione erronea di un *quid* inesistente); onde la *palese illogicità* – e quindi insostenibilità anche teorica – sul piano di una corretta interpretazione sistematica di una posizione che volesse viceversa distinguere nettamente la portata applicativa dei commi 1 e 4 dell’art. 59 con riferimento alle diverse cause personali di esenzione da pena.

<sup>729</sup> Cause personali di non punibilità espressamente previste in disposizioni *autonome* costituite da situazioni di “mancanza di legittimazione” al reato sono ad es., come ipotesi di “mancanza di legittimazione passiva”, quelle ipotizzate dall’art. 649 comma 1 c.p.; e, come ipotesi di “mancanza di legittimazione attiva”, in cui cioè un determinato fatto di reato non è punibile se commesso da un soggetto avente una determinata qualifica o che si trova in una determinata condizione personale, quella prevista dall’art. 604-*quater* comma 4 c.p., a tenore del quale «Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609-*bis*, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni

tuazioni che – a differenza delle “immunità” e delle “cause di non imputabilità” – appartengono alla stessa “struttura” del “fatto di reato” come suoi “*elementi negativi*” in senso stretto (ossia che “si aggiungono” agli altri elementi del “tipo di illecito” sia pure con “valenza negativa”, nel senso che debbono “mancare” per la sua integrazione)<sup>730</sup> rientrando conseguentemente *anche nell’“oggetto” del “dolo”*<sup>731</sup>. “Elementi negativi” del “fatto di reato” al pari delle “cause di giustificazione” anch’esse sicuramente riconducibili sotto la categoria delle “circostanze di esclusione della pena” previste, e specificamente disciplinate nella particolare prospettiva dell’“errore” sul fatto di reato, dall’art. 59 commi 1 e 4 c.p.

Il che ci consente altresì di ribadire come quella degli “elementi negativi del fatto”, in quanto *categoria logica*, non si esaurisca nelle “cause di giustificazione”, comprendendo anche *tutti* quegli elementi del fatto di reato – *autonomamente rilevanti* (in quanto non meramente “impeditivi” di altri requisiti “positivi”) – che “debbono materialmente mancare” per la integrazione del “tipo oggettivo” e che “non debbono essere rappresentati” per l’affermazione dell’esistenza del “dolo”. Categoria degli “elementi negativi” del fatto di reato cui dunque, oltre le cause di giustificazione e le situazioni autonomamente previste da specifiche disposizioni legislative quali cause di “mancanza di legittimazione” al reato (attiva e passiva), vanno ricondotti anche i c.d. “elementi specializzanti” (denominati anche “differenziali”) di un fatto di reato, da considerare “elementi negativi *impliciti*” di un fatto di reato strutturalmente “generale” rispetto al primo<sup>732</sup>.

Breve: data la assoluta genericità della formula utilizzata dall’art. 59 c.p., si deve allora ritenere che la categoria delle “circostanze di esclusione della pena”, cui detta disposizione fa specifico riferimento ai fini dell’applicabilità della disciplina ivi prevista, non si esaurisca nelle “cause di giustificazione”, dovendosi viceversa “estendere” anche *a tutti gli altri “elementi negativi del fatto”* (in senso proprio), la cui “presenza” esclude la “punibilità” dell’agente, conclusione che sembrerebbe discendere anche da una semplice

---

tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni».

<sup>730</sup> Diverse quindi, lo si sottolinea nuovamente, da quelle situazioni in cui la “mancanza” di “legittimazione” al reato – sia dal lato “attivo” che “passivo” – costituisce *solo il risvolto “negativo”* di quell’“elemento positivo” del fatto di reato rappresentato dalla particolare “condizione o qualità personale” che deve essere positivamente rivestita dal soggetto “attivo” o “passivo” per l’integrazione del fatto (retro cap. III, 2.5).

<sup>731</sup> Retro cap. III, 2.4 lett. e.

<sup>732</sup> TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 220 ss. e retro note 11 e 337.

lettura dello stesso art. 59 c.p.<sup>733</sup>.

A differenza dell'art. 59, viceversa, l'art. 119 comma 1 c.p. di per sé considerato è, per la sua struttura, idoneo a ricomprendere in via diretta anche *tutte* le cause “personali” di non punibilità. Ciò significa però che, sempre con specifico riferimento alle cause “personali” di esenzione da pena (ad esclusione tuttavia della “mancanza di legittimazione”), bisogna allora ammettere che, *rebus sic stantibus*, gli artt. 59 e 119 comma 1 c.p., nonostante entrambe le disposizioni utilizzino lo stesso termine di “circostanze di esclusione della pena”, diano tuttavia a questo lemma un significato diverso, con conseguente diversità anche del loro ambito applicativo.

Ciò comporta però, in ultima analisi, *distinguere* il significato che assume il termine “circostanze di esclusione della pena” a seconda che venga utilizzato nell'art. 59 e/o nell'art. 119 c.p.; e pertanto riconoscere in via interpretativa, nonostante il termine sia lo stesso, un *significato normativo diverso* a seconda della *specifica funzione* che ciascuna disposizione deve assolvere nel sistema (meccanismo non nuovo: si pensi al diverso significato che assume ad es., a seconda dei casi, il termine “fatto” all'interno del codice penale)<sup>734</sup>.

Concludendo e riassumendo: la categoria delle “cause personali di non punibilità”, categoria “speciale” di “cause di non punibilità”, di costruzione prevalentemente dommatica ma che trova anche un esplicito – seppure parziale – momento di emersione “normativa” negli artt. 111 c.p. e 530 comma 3 c.p.p., non è una categoria “unitaria” dovendosi al suo interno *distinguere* tra cause personali di non punibilità che, con la loro “presenza”,

<sup>733</sup> Ci si potrebbe allora domandare quale sia la ragione per cui il legislatore del 1930 abbia ritenuto di disciplinare l'errore sugli elementi negativi del fatto (e in particolare sulle cause di giustificazione) in una disposizione *diversa e autonoma* rispetto a quella dell'art. 47, trattandosi in ogni caso di “errore *sul fatto* di reato”. Molto probabilmente la ragione della previsione autonoma dell'art. 59 c.p., in particolare con riferimento alla supposizione erronea della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione, sta nella precisa volontà legislativa, come si ricava inequivocabilmente dalla disciplina prevista dal comma 4 dello stesso articolo, di stabilire una volta per tutte, già a livello normativo e quindi *non superabile* in via interpretativa, che detto errore – nell'ordinamento italiano – *esclude il “dolo”* e *non* – come viceversa ritiene praticamente da sempre la dottrina tedesca maggioritaria – la “antigiuridicità” del fatto, trattandosi di un vero e proprio “errore sul fatto di reato” e *non* di un “errore *sul divieto*” e quindi sulla “liceità” del fatto. Sui rapporti tra art. 47 comma 1 e art. 59 comma 4, nel senso che l'art. 59 comma 4 sarebbe solo una “specificazione” di quanto già discenderebbe dall'art. 47 comma 1 CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 175-176, e TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 231.

<sup>734</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 223-225. Per una nozione ancora più ristretta di “fatto” *non* comprensiva dei requisiti della “legittimazione al reato” attiva e passiva retro cap. III, 2.5 e infra cap. IV, 1.

“escludono” il “reato”, in quanto requisiti “interni” alla sua “struttura” sia pure “negativi” (come le cause personali di non punibilità che si sostanziano nella “mancanza di legittimazione al reato”, attiva o passiva); e le altre cause personali di non punibilità che, all’opposto, sono strutturalmente “esterne”, e quindi “estrane”, rispetto al “reato”, presupponendone l’esistenza. Così, laddove si tratti di situazioni di “immunità” o di “non imputabilità”, siamo in presenza di un “fatto” *normativamente qualificabile come “reato” ma “non punibile”* – come esplicitamente stabilito dall’art. 530 comma 1 c.p.p. – e quindi di una “dissociazione”, già a livello astratto, *tra esistenza del “reato” e “punibilità”* del suo autore (per “invalidità personale” della norma incriminatrice)<sup>735</sup>.

<sup>735</sup> In particolare, in caso di “immunità”, ciò significa allora non solo che un *extraneus* può, secondo le normali regole sul concorso di persone, o “accedere” col suo comportamento ad un “reato” già commesso in tutti i suoi elementi costitutivi dall’immune, in quanto tale “non punibile”, il che però non esclude la punibilità dell’*extraneus* a titolo di concorso (conformemente d’altronde a quanto espressamente stabilito, sia pure per una situazione specifica, dall’art. 111 c.p. e, in genere, dall’art. 112 comma 2 c.p.), ovvero rispondere, sempre a titolo di concorso, quale esecutore materiale di un reato alla cui realizzazione ha contribuito l’immune (per l’ipotesi inversa a quella dell’art. 111 in cui sia cioè l’immune ad istigare l’*extraneus* alla commissione di un reato); ma anche che, realizzando comunque l’immune un “reato”, potrebbe *astrattamente*, sia pure a livello teorico, rispondere giuridicamente alla stregua di altre “fattispecie di responsabilità” in cui il “reato” è elemento costitutivo, *diverse* da quella di “punibilità”; sempre però che questa possibilità di responsabilità diversa da quella criminale non sia altresì, a sua volta, *espressamente esclusa* dalle stesse norme che prevedono la situazione di immunità (specie se si tratta di “immunità funzionale”) o da altre norme vigenti nell’ordinamento italiano. Così, ad es. in caso dell’“immunità funzionale” del Presidente della Repubblica e dei Parlamentari, gli stessi artt. 90 e 68 Cost. usano espressioni generiche – e quindi onnicomprensive – da cui si può desumere la volontà normativa del Costituente di *escludere qualsiasi tipo di responsabilità*, non solo penale-criminale (si pensi all’art. 90 comma 1 Cost. che utilizza *tout court* l’espressione «Il Presidente della Repubblica *non è responsabile* degli atti compiuti nell’esercizio delle sue funzioni» e all’art. 68 comma 1 Cost. laddove si afferma che «I membri del Parlamento *non possono essere chiamati a rispondere* delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni»).

Per evitare tuttavia qualunque possibile equivoco parlando qui di “reato” il cui autore non è tuttavia “punibile”, è necessario a questo punto fare un’importante precisazione, ribadendo anche concetti già sviluppati. Dire infatti, come si fa nel testo (ma anche in questa nota), che, in presenza di situazioni “personali” di “immunità” e di “non imputabilità”, c’è una “dissociazione”, *già a livello astratto*, tra esistenza del “reato” e “punibilità” non entra affatto in contraddizione – nonostante le apparenze – con quanto si è sottolineato fin dall’inizio, ossia che non può giuridicamente esistere, sul piano logico, un “fatto di reato” al quale la “norma incriminatrice” che lo prevede non ricollegghi necessariamente a livello astratto l’applicabilità di una pena criminale alla realizzazione della “fattispecie di punibilità”. Quando in questi casi si parla di “dissociazione” tra reato e punibilità in astratto si vuole solo evidenziare che, pur in presenza di un “fatto di reato” congruente con l’ambito di “validità materiale” della norma incriminatrice, non ci può tuttavia essere astratta punibilità dal momento che manca quell’aspetto della – complessiva – validità della norma

Ciò significa allora che sotto la categoria delle “cause personali di non punibilità” (o “cause personali di esenzione da pena”) vanno ricondotte situazioni fra loro assolutamente *diverse* non solo dal punto di vista *strutturale* e *funzionale*, ma anche sul piano della loro *posizione sistematica*, collocandosi in luoghi diversi della “fattispecie di punibilità”.

---

incriminatrice costituito dalla sua “validità personale” (per l’immunità, con riferimento al fatto di reato; per l’imputabilità, con riferimento alla pena). Breve: pur essendoci un “fatto di reato”, questo è astrattamente “non punibile” in quanto la “norma incriminatrice” che lo prevede non si è integralmente realizzata mancando il profilo della sua “validità personale”. Il reato è un “fatto punibile” solo se integra la “norma incriminatrice” in tutti gli aspetti che ne costituiscono la “validità” e quindi la giuridica “esistenza”.



## CAPITOLO QUARTO

### LA STRUTTURA DELLA “FATTISPECIE DI PUNIBILITÀ”

SOMMARIO: 1. Elementi “positivi” ed elementi “negativi”. Elementi che “fondano” ed elementi che “escludono” la responsabilità penale-criminale. – 2. La categoria concettuale degli “elementi negativi a contenuto negativo”. – a) Gli elementi costitutivi della struttura del fatto di reato. Elementi positivi e negativi (in particolare, le cause di giustificazione). Le diverse tipologie di elementi negativi. – b) Gli elementi negativi a contenuto negativo. Il ruolo delle “presunzioni”. – c) Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nei reati di pericolo presunto. – d) Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nella colpa specifica e nei reati aggravati dall’evento. – e) L’elemento negativo a contenuto negativo come oggetto di prova contraria rispetto alla presunzione. – 3. La “quadripartizione” degli elementi del reato secondo la loro posizione sistematica e struttura interna. – 4. La valenza processuale della tesi che le cause di “non punibilità” costituiscano “eccezione” alla “regola” della “punibilità”.

#### 1. *Elementi “positivi” ed elementi “negativi”. Elementi che “fondano” ed elementi che “escludono” la responsabilità penale-criminale*

Abbiamo visto in presenza di quali presupposti si possa correttamente affermare la rilevanza giuridica di un certo comportamento umano (ai fini dell’applicazione di una sanzione punitivo-criminale) in quanto riconducibile sotto una “norma incriminatrice” “valida” nella sua “integralità” e in tutti gli “aspetti” che ne costituiscono la “struttura” e quindi, in quanto giuridicamente “esistente”, già dal punto di vista della sua previsione “astratta” “legittimamente” applicabile.

Ritornando dunque in particolare alla *dimensione normativa* del “fatto di reato” nel momento del suo concreto accertamento processuale e della conseguente concreta applicazione della pena criminale corrispondente<sup>736</sup>, una volta stabilito che il “fatto” oggetto di imputazione corrisponde ad una “ipotesi tipica” di reato, dovendo il giudice penale procedere all’accertamento

<sup>736</sup> E riprendendo il discorso interrotto retro cap. II, 4.

della sua concreta verifica, e sempre nella prospettiva di una corretta (ri)costruzione di un sistema criminale “integrale” e “integrato” secondo uno schema logicamente “progressivo”, occorre a questo punto passare all’analisi della “*struttura*” della “fattispecie di punibilità”, prevista dalla “norma incriminatrice” (come “fattispecie condizionante” la “pena criminale”) di cui il “fatto di reato” costituisce il nucleo centrale ed essenziale.

Riassumendo e ricapitolando quanto detto in precedenza, “normativamente qualificabile” come “reato” è il “fatto umano” cui una *disposizione giuridica* (= enunciato linguistico normativo) collega come conseguenza (giuridica) una “pena criminale”<sup>737</sup>. La pena criminale serve dunque a individuare, e quindi a qualificare normativamente, un certo fatto come “reato” (= illecito penale). Ciò non significa però, contrariamente a quanto normalmente si afferma, che, dato un fatto corrispondente all’ipotesi tipica delineata dal legislatore, l’ordinamento vi colleghi senz’altro (e dunque già “in astratto”) la sanzione-pena. Perché infatti sorga la “punibilità”, da intendere come “astratta possibilità di applicazione della pena criminale”, oltre alla realizzazione di un fatto di reato (inteso *restrittivamente* come insieme dei soli elementi materiali e dei requisiti soggettivo-psicologici che ne compongono la struttura), accompagnato dalla “legittimazione attiva” del suo “autore” e dalla “legittimazione passiva” della “persona offesa”<sup>738</sup>, occorre anche il verificarsi (o il non verificarsi) di *altre “condizioni”* che *nel loro complesso* possono, appunto, essere indicate – in senso generico – come “*di punibilità*” (meglio: *di “esistenza”* della “fattispecie di punibilità”), quali le – eventuali – condizioni di punibilità in senso stretto (o “proprio”), previste dall’art. 44 c.p., la “presunzione” della “positiva” conoscenza o, almeno, della conoscibilità del disvalore penale del fatto (“presunzione” esclusa in quanto superata dall’elemento “negativo” dell’ignoranza inevitabile della legge penale: art.

<sup>737</sup> Di regola, la pena criminale è stabilita dalla stessa “disposizione” che descrive gli *elementi che caratterizzano “specificamente” un certo “tipo” di illecito penale*. Questa disposizione contribuisce con le altre necessarie ad individuare la “norma incriminatrice” che ha ad oggetto la “fattispecie di punibilità”. Non mancano tuttavia, specie nella normativa c.d. “complementare” – quella nella quale si manifesta, con maggior evidenza, l’idea di un diritto penale meramente (o “ulteriormente”) “sanzionatorio” –, casi in cui una disposizione legislativa prevede direttamente un comando o un divieto, mentre una diversa disposizione stabilisce una pena criminale per l’inosservanza di quell’obbligo di comportamento.

<sup>738</sup> E ovviamente una volta verificata la riconducibilità di questo fatto, di per sé corrispondente al “modello” delineato dal legislatore e costitutivo della “materia del divieto”, sotto una “norma incriminatrice” “valida” nella sua integralità e dal punto di vista specifico “temporale”, “spaziale” e “personale”: retro cap. III, 2.1, 2.2 e 2.3.

5 c.p.)<sup>739</sup> e (almeno per quella parte della dottrina “più sensibile” alle categorie sistematiche della dottrina tedesca) la “presunzione” della “esigibilità” di un comportamento diverso da quello tenuto (“presunzione” superabile dalla “presenza” di situazioni che hanno reso, in concreto, la condotta “inesigibile”, fra cui le c.d. “scusanti”)<sup>740</sup> e la “presunzione” dell’imputabilità del suo autore (“presunzione” superata dalla “presenza” di una delle cause tassativamente previste dal codice penale negli artt. 88 ss. di “non imputabilità”), requisito da considerare per ultimo in quanto attinente in modo esclusivo alla prospettiva (non del “fatto di reato” ma) dell’applicabilità della “conseguenza sanzionatoria” costituita dalla “pena criminale”<sup>741</sup>. Ad esse si deve infine aggiungere la “*manca*za” di situazioni, *successive* alla commissione del reato, o anche alla semplice “ipotesi processuale” della sua realizzazione<sup>742</sup>, la cui presenza “estingue” la “punibilità” (situazioni comprensive delle c.d. “cause sopravvenute di non punibilità”). Dove il vero problema, dal punto di vista dottrinario e sistematico, è allora stabilire se queste situazioni fanno parte, sia pure come elementi “negativi”, della “fattispecie di punibilità” (ed è – meglio: dovrebbe essere – anzitutto la tesi di chi vede nella “punibilità” il “quarto” elemento costitutivo del

<sup>739</sup> Requisito appartenente all’“ambito di validità *materiale* esterno” della “norma incriminatrice” con specifico riferimento al “fatto di reato”: retro cap. III, 2.4 lett. b.

<sup>740</sup> Occorre a questo proposito ricordarsi come la “esigibilità” di un comportamento diverso da quello tenuto e conforme alla norma, mentre per la maggioranza della dottrina tedesca e per coloro che ne seguono le cadenze argomentative farebbe parte del concetto di “colpevolezza” (da intendere a sua volta in senso “normativo”: retro cap. I, 3), per un grande dottrinario tedesco come Maurach essa caratterizzerebbe viceversa il requisito della “responsabilità per il fatto”, da intendere come uno dei due aspetti che può assumere, insieme al “gradino superiore” della “colpevolezza” (che lo comprende), la categoria dottrina e sistematica della “*attribuibilità*” (*Zurechenbarkeit*) dell’illecito al suo autore (da collocare quindi *dopo e fuori* l’“illecito” e che permette di constatare la eventuale non corrispondenza del comportamento tenuto con le esigenze del diritto). “Attribuibilità dell’illecito” quale categoria sistematica “autonoma” in quanto consentirebbe, secondo il chiaro Autore, di spiegare dottrinarmente, nel sistema tedesco, l’applicabilità delle “misure di sicurezza” anche a soggetti nei confronti dei quali non si può muovere un “rimprovero” di “colpevolezza” per la commissione di un fatto di reato, ma solo, appunto, di – generica – “responsabilità per il fatto” realizzato (in primo luogo anzitutto i “non imputabili”): MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 374 ss. Vedi anche retro note 151 e 154.

<sup>741</sup> Requisito appartenente all’“ambito di validità *personale* esterno” della “norma incriminatrice” con specifico riferimento alla “pena criminale”: retro cap. III, 2.3 lett. b.

<sup>742</sup> Come si argomenta dall’art. 531 comma 1 c.p.p., laddove si prevede che la declaratoria di “estinzione del reato” venga pronunciata attraverso una sentenza non di “assoluzione” nel merito dell’imputazione, ma solo di “non doversi procedere” e quindi nel rito. Il che trova conferma anche nell’art. 129 comma 2 c.p.p.

reato, accanto alla tipicità, all'antigiuridicità e alla colpevolezza)<sup>743</sup>, ovvero sono senz'altro direttamente costitutive di "fattispecie di non punibilità", previste da "norme autonome" di "non punibilità"<sup>744</sup>.

Quanto infine alle "cause personali di non punibilità", la loro posizione sistematica è, a seconda dei casi, *interna o esterna* rispetto alla "fattispecie di punibilità". Fanno parte della "fattispecie di punibilità" laddove attengano alla "legittimazione", sia al fatto di reato – in quanto "elementi del reato" – che alla sola pena criminale; ne sono viceversa estranee laddove, come le "immunità", attengano non all'ambito di "validità materiale" della norma incriminatrice ma alla sua "validità personale" con riferimento specifico al "fatto di reato", da considerare quindi *prima* dal punto di vista sistematico rispetto alla "fattispecie di punibilità".

Il "fatto di reato" è dunque una *condizione "necessaria" ma "non sufficiente"* per l'integrazione della "fattispecie di punibilità" (= per il sorgere, sia pure "in astratto", della "punibilità"). È cioè un fatto sì "punibile" (nel senso di: "astrattamente sanzionabile con una "pena"), in quanto "illecito", *ma solo in presenza di tutta una serie di altre condizioni*.

Schematizzando algebricamente, la "fattispecie di punibilità" ipotizzata dalla "norma incriminatrice", con specifico – ma non esclusivo (si consideri ad es. la posizione sistematica dell'imputabilità) – riferimento al suo "ambito di validità materiale", risulta allora, nel suo complesso, composta dai seguenti *requisiti essenziali*, secondo l'ordine logico e cronologico in cui de-

<sup>743</sup> Come Marinucci (vedi retro note 6, 14, 153 e 155). Nel senso che queste situazioni di "non punibilità sopravvenuta" sono senz'altro da considerare "elementi negativi" della "fattispecie di punibilità" anche da parte di chi non segue la "quadripartizione" vedi *infra* nel testo.

<sup>744</sup> Si ricordi come Gallo distingue in generale, fra le "norme penali", quelle ad efficacia "costitutiva" e quelle ad efficacia "estintiva" della punibilità, tutte considerate norme "autonome" (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 3-4). Ad esse, il chiaro Autore aggiunge le norme ad efficacia "modificativa" della punibilità, identificabili con quelle che prevedono fattispecie autonome "circostanziali", aggravanti e attenuanti, che inciderebbero sulla sola "quantità" del reato (in generale, vedi retro nota 283). Sul punto, si veda anche CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., p. 84 ss., che viceversa parla semplicemente di "elementi" costitutivi, modificativi ed estintivi della punibilità, non di "norme" (vedi anche retro nota 42).

Occorre tuttavia sottolineare come, anche ritenendo che le cause estintive del reato siano previste da "norme autonome" di "non punibilità" (norma incriminatrice: "se A – fattispecie di punibilità – deve essere B – pena criminale"; norma di estinzione della punibilità: "se C – causa estintiva del reato – deve essere non-B"), ciò significa comunque, *ex adverso*, che, ai fini della "punibilità", e quindi dell'integrazione della relativa "fattispecie", sia *necessaria la loro "mancanza"*; onde comunque la loro *natura di "elementi negativi"* (in senso stretto) della "fattispecie di punibilità".

vono essere processualmente accertati; elementi che possono essere “positivi”, individuati algebricamente dal segno (+), e “negativi”, individuati dal segno (-):

1. + fatto “oggettivo” di reato, a sua volta, così scomponibile: + condotta (azione od omissione, con le “modalità” che l’accompagnano, comprensive dei soggetti “attivo” e “passivo” del fatto, ossia dei soggetti “legittimati”), (eventualmente nel caso dei reati c.d. “materiali”) + nesso causale + evento naturalistico – cause di giustificazione;

2. + elemento “soggettivo” del reato (= criterio “soggettivo” di imputazione del fatto “oggettivo” di reato), ossia, in alternativa, + dolo o + colpa ovvero, nell’ordinamento italiano, laddove si tratti di “delitti”, + preterintenzione;

3. + (eventuali, se richieste dalla singola norma incriminatrice) condizioni oggettive di punibilità (elemento “positivo”);

4. + conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto (oggetto di presunzione *iuris tantum*, nel senso che è la presenza dell’ignoranza inevitabile della legge penale che “esclude” la punibilità; errore di proibizione “scusabile” da considerare dunque come “causa di non punibilità”, e quindi elemento “negativo” – più esattamente: “negativo-impeditivo” – della fattispecie di responsabilità punitivo-criminale).

Fin qui lo schema degli “elementi costitutivi” della “fattispecie di punibilità”, integrativa dell’“ambito di validità materiale” della norma incriminatrice con specifico riferimento alla sua “fattispecie condizionante”. Residuano, da aggiungere a questo schema (sempre come presupposti della “punibilità”):

5. + imputabilità (oggetto di presunzione *iuris tantum*, nel senso che la responsabilità è “esclusa” in presenza di una delle cause, tassativamente previste dall’ordinamento, che fanno venire meno l’imputabilità; da considerare pertanto “cause di non punibilità”, e quindi elementi “negativi” – più esattamente: “negativi-impeditivi” – della fattispecie di responsabilità punitiva);

6. + capacità penale (oggetto di presunzione *iuris tantum*, nel senso che la “punibilità” è “esclusa” in presenza di una delle cause, tassativamente previste dall’ordinamento penale, di “immunità assoluta” o di “immunità funzionale” – quindi “parziale” e “relativa” –; da considerare dunque “cause di non punibilità”, nel senso specifico di “cause personali di esenzione da pena”, e quindi elementi “negativi” – più esattamente: “negativi-impeditivi” – della fattispecie di responsabilità punitiva).

A voler essere dommaticamente e sistematicamente precisi tuttavia occorre ricordare come tanto l’“imputabilità” quanto la “capacità penale” vanno propriamente ricondotte sotto l’“ambito di validità *personale*” della

norma incriminatrice; con la conseguenza che imputabilità e capacità penale, in quanto “qualifiche” concernenti l’*autore* del “fatto di reato”, al pari di tutto ciò che attiene ai “limiti” della norma incriminatrice nella sua integralità e nei suoi ambiti di validità temporale e spaziale, dovrebbero allora *teoricamente* essere considerate *prima* di quanto concerne il suo “ambito di validità *materiale*”.

Dal momento però che l’ordine delle “formule assolutorie” di cui all’art. 530 comma 1 c.p.p. pone *per ultima* quella «se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un’altra ragione», quindi anche per una “causa *personale* di non punibilità” (arg. *ex art.* 530 comma 3 c.p.p.), e quindi *dopo* tutte le formule che hanno ad oggetto il “fatto” (indicato nell’imputazione) in quanto “più favorevoli”, discende che l’accertamento processuale di eventuali “cause di esclusione dell’imputabilità” o di *altre* “cause personali di non punibilità” deve *seguire* l’accertamento della rilevanza giuridica del “fatto” come “reato” (arg. anche *ex art.* 527 comma 1 c.p.p.)<sup>745</sup>. Categoria generica delle c.d. “cause personali di esenzione da pena” che, ai fini dell’ordine che il giudice deve seguire nella deliberazione della sentenza, comprende *anche* tutte le questioni concernenti la “legittimazione passiva al reato”, come ad es. la causa di non punibilità prevista dall’art. 649 comma 1 n. 1 c.p., anche se, in una sistemica del reato dommaticamente corretta, queste vanno collocate nell’“ambito di validità *materiale*” della norma incriminatrice (concernendo il “fatto di reato”), e quindi prima del suo “ambito di validità *personale*”.

Volendo, alla luce di queste considerazioni, si potrebbe allora, *convenzionalmente*, anche *distinguere* tra un concetto di “fattispecie di punibilità” *in senso stretto e proprio*, corrispondente solo all’“ambito di validità *materiale*” della norma incriminatrice; e un concetto di “fattispecie di punibilità” *in senso ampio* – ma *atecnico* e quindi dommaticamente impreciso – comprensivo di *tutti*, indistintamente, i requisiti che *comunque* incidono – “in positivo” o “in negativo” – sulla “punibilità” di un certo soggetto, a prescindere dalla loro effettiva natura giuridica e dalla loro corretta qualificazione dommatica e collocazione sistemica, alla stregua quindi di *tutti*, indistintamente, gli “ambiti di validità” della norma incriminatrice.

Se la fattispecie di responsabilità penale (in senso ampio) è dunque co-

<sup>745</sup> Art. 527 comma 1 c.p.p.: «DELIBERAZIONE COLLEGIALE – Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide separatamente le questioni preliminari non ancora risolte e ogni altra questione relativa al processo. Qualora l’esame del merito non risulti precluso dall’esito della votazione, sono poste in decisione le questioni di fatto e di diritto concernenti l’imputazione e, se occorre, quelle relative all’applicazione delle pene e delle misure di sicurezza nonché quelle relative alla responsabilità civile».

stituita dall’*“insieme” di tutti gli elementi “necessari”, e nel loro complesso “sufficienti”*, per la produzione dell’effetto giuridico “pena”, ciò significa che *ciascuno* di questi elementi, in quanto – per definizione – necessario, è logicamente *“conditio sine qua non”* della conseguenza sanzionatoria.

Ora, per la produzione di un certo effetto (e quindi anche dell’effetto “giuridico”), dal punto di vista squisitamente logico, è necessaria la “presenza” di certi elementi (c.d. *condizioni “positive”*) e la “mancanza” di altri (c.d. *condizioni “negative”*). Ciò vale anche per la fattispecie di responsabilità penale (meglio: punitivo-criminale): infatti, così come, dal punto di vista logico, debbono necessariamente “esistere” (= “essere presenti”) (per la produzione della conseguenza giuridica “pena”) certi elementi (*elementi “positivi” della fattispecie*, quali sue *conditiones sine qua non “positive”*), altrettanto debbono “mancare” necessariamente altri elementi (*elementi “negativi”*, nel senso di *conditiones sine qua non “negative”*)<sup>746</sup>.

Ciò significa che, nell’analisi degli elementi appartenenti alla “struttura” dell’“illecito penale” o, meglio, in maniera più comprensiva, della “fattispecie di responsabilità punitivo-criminale”, occorre anzitutto *distinguere* tra le categorie, *logiche*, degli *“elementi positivi”* – che debbono cioè “esistere” (nel senso di “essere presenti”) per l’integrazione della fattispecie di responsabilità – e degli *“elementi negativi”* – che debbono viceversa “mancare” per l’integrazione della stessa fattispecie; elementi negativi costituiti da c.d. “cause di non punibilità” *genericamente intese*. Distinzione che vale, in particolare, anzitutto proprio per gli elementi del “fatto di reato”, la cui “struttura” deve essere conseguentemente analizzata sia nel suo aspetto “positivo” (comprensivo sia degli “elementi positivi costruiti positivamente” che degli “elementi positivi costruiti negativamente”) sia nel suo aspetto “negativo” (dovendosi distinguere, anche sotto quest’ultimo profilo,

<sup>746</sup> Si ricordi anche come – seguendo la Logica di Stuart Mill – di condizioni “positive” e “negative” si parli, nella stessa “teoria del reato”, in particolare dai sostenitori della teoria “bipartita”, anzitutto a proposito della causazione dell’“evento naturalistico”, ossia a proposito di ciò che è *logicamente necessario* per affermare l’esistenza di un rapporto di causalità; nel senso, in particolare, che, per l’integrazione di un nesso di causalità *penalmente rilevante* occorre – come regola – il verificarsi di due “condizioni”, una “positiva”, la “presenza” di una condotta che sia *conditio sine qua non* dell’evento naturalistico, e una “negativa”, la “mancanza” tra la condotta e l’evento di un “fattore eccezionale” (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 274; con particolare chiarezza, parla di *conditiones sine qua non “positive”* e “negative”, già sul piano logico-naturalistico della “causalità”, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 257). Quanto detto vale salvo per quelle situazioni *sia pure da considerare “eccezionali”*, in cui, per le specifiche finalità di “imputazione” perseguite dal diritto penale, si deve comunque affermare l’esistenza di un nesso di causalità *penalmente rilevante*, e quindi di “imputazione oggettiva dell’evento” *sul piano normativo, nonostante la mancanza di una condotta “conditio sine qua non” dell’evento*: vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 279 ss.

tra “elementi negativi costruiti positivamente” – ad es. le cause di giustificazione – ed “elementi negativi costruiti negativamente” – ad es., come vedremo, il pericolo nei reati di pericolo presunto<sup>747</sup> –, entrambi elementi negativi “in senso stretto” (o “proprio”) in quanto “*si aggiungono*” agli altri elementi (positivi), sia pure con valenza “negativa”; nel senso che debbono “mancare”. Elementi negativi in senso proprio da tenere a loro volta nettamente distinti da un’altra tipologia di elementi negativi che possiamo *stipulativamente* definire come “negativi-impeditivi”<sup>748</sup>, così denominati in quanto, con la loro presenza, “impediscono” appunto l’integrazione di un *altro* elemento del reato, positivo o negativo (ad es. l’errore sul fatto di reato rispetto al dolo o il particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo con riferimento allo stato di necessità).

Si tratta della prima, “elementare”, e quindi “basica”, distinzione tra gli elementi costitutivi essenziali del fatto di reato e della fattispecie di responsabilità penale; distinzione alla quale può seguire anche quella tra elementi meramente “descrittivi” ed elementi “normativi”<sup>749</sup> (ulteriore distinzione che si interseca con la prima).

Data dunque la necessaria “presenza” di certi elementi e la necessaria “mancanza” di altri per l’integrazione della fattispecie di “responsabilità

<sup>747</sup> Sulla categoria concettuale degli “elementi negativi costruiti negativamente” e sul loro significato e rilevanza sostanziale e processuale, vedi *infra* cap. IV, 2.

<sup>748</sup> Sulla categoria concettuale degli “elementi negativi-impeditivi”, sia di un “elemento positivo” sia, simmetricamente, di un “elemento negativo” (in senso proprio), vedi *infra* cap. IV, 3.

<sup>749</sup> Per questa distinzione, ormai tradizionale in dottrina, vedi MEZGER, *Strafrecht*, cit., p. 190 ss. e, nella dottrina italiana, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 285-287. L’importanza della categoria degli “elementi normativi” si evidenzia su diversi piani: quello delle “fonti” della “norma di qualificazione” dell’elemento normativo (nel senso se anche per questa viga il principio della “riserva assoluta di legge”), quello della sua “abrogazione” (problema della successione di c.d. “norme integrative” della norma incriminatrice: retro nota 206) e quello dell’“errore sul paramentro normativo di qualificazione”, errore sulla stessa portata della norma incriminatrice, e quindi errore “di diritto penale”, che si traduce in un errore sul fatto (che, in quanto tale, esclude il dolo: art. 47 comma 3 c.p., su cui vedi retro note 81, 206, 442 e 650). A ben vedere, occorre comunque rilevare come tutti gli elementi fattuali, una volta previsti e “tipizzati” da una “norma”, per l’inevitabile processo di “funzionalizzazione” alla sua *ratio* che ne discende, siano da qualificare conseguentemente *tutti* come “elementi normativi” (si pensi al concetto di “uomo” nelle fattispecie di omicidio, dal momento che la tutela penale della vita umana inizia dal terzo mese di gravidanza e termina nel momento in cui è giuridicamente possibile l’espianto degli organi). Anche così ragionando però non si esclude che ci siano allora elementi da qualificare propriamente come normativi “di secondo grado”, in quanto trovano il loro parametro di qualificazione in altre norme richiamate dalla norma incriminatrice attraverso la tecnica del “rinvio” (retro nota 442).

punitiva”, e quindi per il sorgere della “punibilità”, una *diversa sistematica* del reato potrebbe allora *anche* portare ad aggruppare tutti i *requisiti essenziali* per l’esistenza del reato *in due grandi categorie* (diverse tuttavia da quelle tradizionali, almeno secondo la concezione “bipartita”, dell’elemento “oggettivo” e di quello “soggettivo” del reato): ossia tra *elementi che “fondano” la “punibilità”*, in quanto la loro *“presenza”* è appunto necessaria per l’integrazione del “fatto di reato” e – più in generale – della “fattispecie di punibilità”, ed *elementi che la “escludono”*, in quanto per l’integrazione dell’“illecito” e della “fattispecie di punibilità” è necessaria la loro *“mancanza”*. Distinzione importantissima, non solo ai fini di una diversa sistematizzazione degli elementi della fattispecie di punibilità e quindi della (ri)costruzione della teoria e conseguentemente dello stesso concetto di “reato” (dal momento che, *in questa prospettiva “statica”*, basterebbe già la distinzione tra elementi positivi e negativi), ma *anche – e forse soprattutto, considerando che il reato non vive e quindi “non esiste giuridicamente” al di fuori del procedimento penale – in quanto consente di distinguere gli elementi del reato* (e della più ampia “fattispecie di punibilità”) *proprio nella prospettiva della loro diversa “rilevanza processuale”*<sup>750</sup>.

Ciò, anzitutto, ai fini di una corretta ripartizione dell’“*onere della prova*” tra accusa e difesa<sup>751</sup>, meglio: dell’esatta individuazione della “parte proces-

<sup>750</sup> Mi sembra che, *mutatis mutandis*, a ben vedere sia questa la stessa logica in cui si muove il sistema penale inglese quando distingue, nella ricostruzione della struttura del “fatto di reato” e della fattispecie di responsabilità criminale, da un lato, l’*actus reus* e la *mens rea* (= elementi “fondanti” la punibilità), dall’altro, le c.d. *defences*, categoria amplissima nella quale vengono ricondotte tutte le situazioni (giustificanti, c.d. scusanti, situazioni di mancanza di imputabilità, ecc.) la cui presenza “esclude” appunto la responsabilità. Per tutti vedi, nella dottrina italiana, S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2002, pp. 202-205.

<sup>751</sup> Da non confondere, come viceversa spesso si fa, tra “onere della prova” e un – preteso – “potere dispositivo esclusivo” della prova, con riferimento alla parte processuale su cui incomberebbe l’onere esclusivo di fornire la prova di un certo elemento giuridicamente rilevante (V. ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, Jovene, 1965, p. 261 ss., spec. 264-265). Detto potere dispositivo esclusivo in realtà non esiste; esiste solo un “interesse di fatto” a fornire la prova di un certo elemento ad opera della parte che se ne avvantaggerebbe. Nel senso che, se una prova è stata *validamente* assunta nell’ambito di un processo – si noti: di qualunque tipo di processo, penale, civile o amministrativo – questa deve essere obbligatoriamente presa in considerazione dal giudice, indipendentemente da chi sia la parte processuale che la ha introdotta nel processo. Il principio dell’*onere della prova*, che vale anche nel processo penale, significa solo stabilire *a carico di chi va* la “mancata prova” di un certo elemento della fattispecie sostanziale. Che non esista un potere dispositivo esclusivo di prova a seconda della parte su cui ricada la mancata prova di un certo elemento – nel processo penale, in particolare, nel senso che la prova a carico dell’imputato la deve fornire la pubblica accusa mentre quella a favore dell’imputato il difensore (o lo stesso imputato) – trova una significativa conferma proprio nel codice di procedura penale

suale” su cui ricade il “rischio” della “mancata prova” di un certo elemento. In particolare, nel senso che la *mancata prova* di un elemento che “*fonda*” la punibilità va “*a carico dell’accusa*”, impedendo di superare la “presunzione di innocenza” dell’imputato e dunque comportando l’impossibilità di pervenire ad un accertamento della sua responsabilità ed eventualmente alla sua condanna; mentre la *mancata prova* di un elemento che “*esclude*” la punibilità va “*a carico dell’imputato*” consentendo al giudice di pervenire legittimamente alla sua condanna (ovviamente in presenza degli altri requisiti richiesti dalla fattispecie di punibilità)<sup>752</sup>. Onere della prova “a carico” dell’una o dell’altra “parte processuale” che si traduce allora *solo in un “interesse di fatto”* della parte “onerata” alla dimostrazione processuale di quegli elementi che vanno “a favore” della sua pretesa giuridica.

che all’art. 358 stabilisce che il p.m. ha addirittura l’*obbligo* (almeno teorico!) di apportare al processo le eventuali prove rinvenute a favore dell’imputato (tanto che si parla del p.m. come “organo di giustizia” – vedi TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice”*, cit., p. 338 ss. – e non meramente di “accusa” come nei processi *adversary*). O, forse meglio, deve addirittura andarle a cercare nella sua attività di indagine finalizzata non, come stabiliva l’art. 299 comma 1 c.p.p. 1930 con riferimento al giudice istruttore, alla ricerca della c.d. “verità” («Il giudice istruttore ha l’obbligo di compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell’istruzione appaiono necessari per l’accertamento della verità. Egli deve altresì accertare i danni prodotti dal reato, se ciò è necessario per il giudizio sul reato stesso o su una circostanza, ovvero se vi è costituzione di parte civile»), ma solo finalizzata, più “laicamente”, al conseguimento degli elementi (prima dell’abrogazione dell’art. 125 norme att. c.p.p., solo «idonei a sostenere l’accusa in giudizio»; oggi) che «consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca» (nuovo art. 408 comma 1 c.p.p.): «Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell’art. 326 [compimento delle «indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale»] e *svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini*». Sul concetto di “verità” con riferimento al processo penale si rimanda a TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, cit., p. 630 ss. In una corretta prospettiva sull’effettivo significato dell’onere della prova nel processo penale vedi CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 987-997. Si consideri infine come di onere della prova possa propriamente parlarsi con riferimento solo alla ricostruzione del fatto e non all’individuazione del diritto applicabile, spettando viceversa esclusivamente al giudice la qualifica normativa del fatto provato (*iura novit curia*; nel sistema penale, fondamentale a questo proposito l’art. 521 comma 1 c.p.p. che non esclude la correlazione tra l’imputazione contestata e la sentenza, necessaria a pena di nullità della sentenza stessa, *anche* laddove il giudice dia nella sentenza al fatto «una *definizione giuridica diversa* da quella enunciata nell’imputazione»): retro note 446 e 451.

<sup>752</sup> A ciò si aggiunga come *non importa da quale parte processuale* arrivi la prova; infatti, una volta che questa è entrata *legittimamente* nel giudizio, dovrà essere comunque presa in considerazione dal giudice ai fini della decisione, anche se andasse contro l’interesse della parte che l’ha prodotta (in questo senso, per tutti, Andrioli, cit. in nota 751). Vedi anche nota 802.

Sempre nella prospettiva processuale della prova, a ciò si aggiunga come, a seconda si tratti di elemento che “fonda” ovvero “esclude” la punibilità, *varia anche il “quantum” di “prova”* processualmente necessario per l’affermazione della sua esistenza: *piena prova positiva* «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.) per gli elementi “fondanti” la punibilità; *sufficienza* di un “principio di prova”, ossia della *semplice insinuazione del “dubbio”*, laddove si tratti di elementi che la “escludono” (vedi ad es. l’art. 530 commi 2 e 3 c.p.p.). Ciò perché la semplice insinuazione del dubbio esclude logicamente, in quanto incompatibile, che si possa pervenire ad una prova “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Ora, gli “elementi” che fondano o escludono la punibilità si possono trovare in ciascuno dei requisiti che costituiscono la “fattispecie di responsabilità per la pena”. In particolare, con specifico riferimento al “fatto di reato”, la punibilità si fonderà, in caso di “elementi *positivi*”, sulla loro “piena prova”; *piena prova positiva*, della loro “presenza”, laddove si tratti di elementi “positivi costruiti positivamente”, mentre occorrerà la “piena prova”, *sempre positiva*, ma della loro “mancanza”, qualora si tratti di elementi “positivi costruiti negativamente” (come ad es. il dissenso di chi ha il diritto di escludere altri dalla propria abitazione nella violazione di domicilio).

Per quanto concerne viceversa gli “elementi *negativi*”, occorre anzitutto distinguere all’interno di questa categoria a seconda del “tipo” di elementi negativi di cui si tratta. Se si tratta di elementi *negativi in senso proprio* (che cioè “si aggiungono”, sia pure con valenza “negativa”, agli elementi positivi senza escluderli, che quindi sono algebricamente preceduti dal segno “meno”), data appunto la loro “natura”, così come per l’integrazione del “fatto tipico” di reato, dal punto di vista “sostanziale”, essi debbono *oggettivamente “mancare”* e *soggettivamente “non essere rappresentati”* (perché si realizza la figura del “delitto doloso”), *dal punto di vista processuale della “prova”*, in modo esattamente “speculare” rispetto agli elementi “positivi” che “fondano” la punibilità, sono elementi altresì “*estranei*” *all’oggetto della prova “positiva”* «al di là di ogni ragionevole dubbio» ai fini dell’affermazione di responsabilità dell’imputato. Nel senso, in particolare, che non si richiede, da un lato, la “*piena*” *prova “in positivo”* («al di là di ogni ragionevole dubbio») *della loro “inesistenza”* per “fondare” la responsabilità (e quindi la punibilità) dell’imputato, il che li differenzia appunto dagli “elementi positivi costruiti negativamente”<sup>753</sup>; né, d’altro canto – il che è lo stesso trattandosi dell’altra

<sup>753</sup> A differenza degli elementi “negativi (in senso proprio)”, algebricamente  $- (+ X)$ , relativamente agli elementi “positivi costruiti negativamente”, algebricamente  $+ (- X)$ , così come per aversi *dolo* è necessaria la *positiva “rappresentazione”* della loro “mancanza” (e non la “mancata rappresentazione” della loro “presenza”, come per le cause di giustificazione, elementi

faccia della medaglia –, occorre la “piena” prova “in positivo” della loro “esistenza” per “escludere” la responsabilità.

Detto altrimenti, in modo esattamente corrispondente a quanto avviene guardando alla prospettiva “sostanziale”, per gli elementi “negativi” in senso proprio, data la loro “natura” e “posizione sistematica”, non si richiede già dal punto di vista logico ai fini dell’accertamento dell’integrazione del reato la piena “prova positiva” della loro “inesistenza”, ma, tutt’al contrario, è *necessaria*, per l’affermazione della responsabilità dell’imputato, *la totale “mancanza di prova” della loro “esistenza”* (= non deve esistere – quindi: *in modo “assoluto”* – la prova della loro presenza); con la conseguenza allora che è *sufficiente* un “principio di prova” (ossia la mera insinuazione del *dubbio*) sulla presenza di un elemento “negativo” per “escludere”, viceversa, la rea-

---

negativi in senso proprio: art. 59 comma 4 c.p.), correlativamente, ai fini del *quantum* di “prova” richiesto per il loro accertamento processuale, è necessaria la *piena “prova positiva” della loro “mancanza”* (= inesistenza) *“al di là di ogni ragionevole dubbio”*. Detti elementi infatti debbono “esistere”, al pari di tutti gli altri elementi positivi, per l’affermazione della responsabilità dell’imputato; solo che si tratta di elementi *“contenutisticamente negativi”* (= “a contenuto negativo”, nel senso che si tratta di requisiti che debbono oggettivamente “mancare”), per cui, dovendo “esistere” (positivamente) la loro “mancanza”, ciò si riflette logicamente e quindi inevitabilmente, anche sulla loro prova, nel senso che, per l’affermazione dell’integrazione del reato, deve essere fornita, appunto, “al di là di ogni ragionevole dubbio”, sì la “piena prova positiva” ma della loro “inesistenza” (al contrario degli altri elementi positivi – che, a questo punto si può dire, sono altresì “costruiti positivamente” –, di cui viceversa deve essere pienamente provata in positivo la loro oggettiva “presenza”). La ancora non chiara percezione esatta della differenza tra (veri) elementi “negativi” (in senso proprio) ed elementi “positivi costruiti negativamente” si vede anche nell’uso dell’espressione “prova negativa” ovvero “in negativo” e quindi nel significato che le si attribuisce da una parte della dottrina (LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 615). Espressione utilizzata non nel senso, che sarebbe terminologicamente corretto, di “prova che deve mancare”, ossia di “mancanza di prova”, ma nel senso di “piena prova” che certi elementi “non esistono”, ossia di “piena prova” della loro “mancanza”, incorrendosi però così, ancora una volta, dal punto di vista dell’“oggetto di prova”, nella confusione tra elementi “negativi costruiti positivamente” (come ad es. le cause di giustificazione) e, all’opposto, elementi “positivi costruiti negativamente” (relativamente ai quali ultimi viceversa occorrerebbe in realtà parlare, più correttamente, di una *“prova positiva a contenuto negativo”*). Senza contare poi come, così ragionando, identificando cioè la “prova negativa” non con la “mancanza di prova” ma con la “prova della mancanza”, qualora questa fosse riferita – incorrettamente – agli elementi negativi in senso proprio, si tratterebbe di una “prova diabolica”, conformemente a quanto spesso si ripete come argomento contro la teoria delle cause di giustificazione quali elementi negativi, quando si afferma, erroneamente e incorrendo nella stessa confusione concettuale con gli elementi positivi costruiti negativamente, che, se le cause di giustificazione fossero veramente elementi negativi del fatto tipico, l’agente, per essere in dolo, si dovrebbe positivamente “rappresentare” la “mancanza” di *tutti* detti elementi, il che sarebbe assurdo dal punto di vista strettamente psicologico. Su questo specifico profilo vedi infra nota 770.

lizzazione del reato (art. 530 comma 3 c.p.p.)<sup>754</sup> e quindi la responsabilità dell'imputato<sup>755</sup>.

Ciò significa allora che, ai fini della declaratoria di responsabilità dell'imputato da parte del giudice, basta che dagli atti del giudizio *non* emergano elementi di prova sufficienti ad insinuare almeno il dubbio sulla esistenza di questi elementi "negativi"<sup>756</sup>. Nel senso che, in mancanza anche

<sup>754</sup> Si noti come, laddove si tratti di elementi che – in via diretta (come le "cause di non punibilità", genericamente intese) o indiretta (come la "mancanza" di "condizioni di procedibilità" o la "presenza" di "condizioni di improcedibilità") – "escludono" la punibilità, e quindi si risolvono comunque *"a favore" dell'imputato*, il codice di procedura penale ritenga *sempre sufficiente*, ai fini della loro rilevanza un mero "principio di prova" nel senso della insinuazione *anche* del semplice "dubbio" sulla loro "esistenza" (a seconda dei casi, della "presenza" o della "mancanza") ai fini del "proscioglimento" dell'imputato (nella duplice dimensione sia "di merito" come "assoluzione", sia "di rito" come "non doversi procedere"): vedi in questo senso gli artt. 529 comma 2, 530 commi 2 e 3 e 531 comma 2 c.p.p. Vedi anche infra nota 756.

<sup>755</sup> Se fosse, per contro, data *in concreto* nel corso del processo la "piena prova positiva" della loro "esistenza" (ad es., di una situazione di legittima difesa o dell'errore sul fatto), ci sarebbe qualcosa di *non necessario* – trattandosi appunto di elementi "negativi" (sia se costituiti da "cause di non punibilità" espressamente e specificamente previste, sia dal mero "risvolto negativo" di un elemento positivo) – ai fini della "esclusione" della responsabilità dell'imputato (sostanzialmente, un "di più" di quanto *normativamente* richiesto). Però, come noto, nel mondo del diritto *quod abundat non vitiat*.

<sup>756</sup> Lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, deve essere fatto per le "condizioni di procedibilità" *positive* e per le "condizioni di improcedibilità" *negative* (come le "cause estintive del reato": retro cap. I, 10 n. 2a), in quanto, come detto (vedi retro cap. II, 1) si traducono, rispettivamente, in – meglio: nelle *logicamente prime* – "condizioni di punibilità" e "cause di non punibilità"; per cui, sul piano della prova, è rispettivamente necessaria la "piena prova" ovvero la semplice "insinuazione del dubbio": ciò trova conferma sul piano normativo, rispettivamente, negli artt. 529 comma 2 e 531 comma 2 c.p.p. (nel senso che l'esistenza di una "condizione di procedibilità" – e quindi *indirettamente* fondante *anche* la "punibilità" – è esclusa nel caso in cui la prova «è insufficiente o contraddittoria», e quindi "non piena": art. 529 comma 2; mentre per l'affermazione dell'esistenza di quella "condizione di improcedibilità sopravvenuta" costituita da una "causa estintiva del reato" – e quindi *indirettamente* esclusiva della "punibilità" – basta il semplice «dubbio»: art. 531 comma 2; disciplina applicabile anche negli altri casi di "improcedibilità"). Ricapitolando e sintetizzando: per tutti gli "elementi positivi", a contenuto sia "positivo" che "negativo", in quanto con la loro "presenza" "fondano" la responsabilità ne deve essere data la "piena prova" "al di là di ogni ragionevole dubbio"; per cui l'imputato va prosciolto nel caso in cui la prova manchi del tutto ovvero sia insufficiente o contraddittoria (art. 530 comma 2 c.p.p. e, con specifico riferimento alle "condizioni di procedibilità", art. 529 comma 2 c.p.p.). Per gli "elementi negativi", a contenuto sia "positivo" che "negativo", viceversa, in quanto con la loro "presenza" "escludono" la responsabilità, ciò significa *a contrario* che, per l'affermazione della responsabilità dell'imputato deve "mancare" del tutto la prova della loro esistenza; per cui basta l'insinuazione del semplice "dubbio" per escludere la responsabilità dell'imputato (art. 530 comma 3 c.p.p. e, con specifico riferimento a quelle particolari "condizioni

solo di un *principio di prova* su detti elementi, “negativi” (in quanto appunto debbono “mancare” posto che è la loro “presenza” che “esclude” la punibilità), la piena prova positiva “al di là di ogni ragionevole dubbio” dell’esistenza degli altri elementi, “positivi” (elementi “positivi” in quanto debbono “esistere” per la verifica della “tipicità” del fatto; e non importa se si tratta di elementi positivi a contenuto, a sua volta, positivo o negativo), è *necessaria ma anche sufficiente* ai fini dell’accertamento della integrazione di un fatto di reato conforme al tipo; per cui bene motiva il giudice nel senso dell’affermazione della responsabilità dell’imputato.

Con riferimento viceversa all’altra categoria di elementi “negativi” (da distinguere concettualmente dagli elementi negativi in senso stretto), quelli *stipulativamente* definibili come elementi “*negativi-impeditivi*” in quanto non si aggiungono agli altri requisiti costitutivi dell’illecito ma appunto, con la loro presenza, “*impediscono*” *l’integrazione di un elemento essenziale del fatto di reato*<sup>757</sup>, occorre anzitutto operare una distinzione. Se si tratta di elementi “negativi-impeditivi” di un “elemento *positivo*” (come l’errore sul fatto costitutivo di reato rispetto al dolo), trattandosi comunque di elementi la cui “presenza” – allo stesso modo di quanto accade per gli elementi negativi in senso proprio – “esclude” la responsabilità del soggetto indicato come reo (e che dunque debbono “mancare” per la sua punibilità), basta la semplice insinuazione del “dubbio” sulla loro esistenza perché manchi l’integrazione dell’illecito e quindi la “punibilità” (non essendo *logicamente* più possibile dare la piena prova «al di là di ogni ragionevole dubbio» dell’elemento “positivo”, la cui integrazione viene appunto “impedita”). Al contrario, se si tratta di elementi “negativi-impeditivi” di un “elemento *negativo*” (come, ad es., il «particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo» con riferimento alla causa di giustificazione dello stato di necessità: art. 54 comma 2 c.p.), trattandosi di elementi la cui “presenza”, impedendo l’integrazione di un “elemento negativo (in senso proprio)” del tipo di illecito (nel nostro esempio, escludendo l’esistenza della causa di giustificazione) e quindi – *a contrario* – “fondando” la punibilità<sup>758</sup>, debbono anch’essi – parallelamente a

di improcedibilità” sopravvenute costituite dalle “cause estintive del reato, art. 531 comma 2 c.p.p.).

<sup>757</sup> Sulla categoria degli “elementi negativi-impeditivi” tanto di “elementi positivi” quanto di “elementi negativi” vedi, *amplius*, infra cap. IV, 3.

<sup>758</sup> Posto infatti che, logicamente, due negazioni si elidono a vicenda, trasformandosi in una affermazione [ $-(-X) = +X$ ], la situazione che “esclude” una causa di “esclusione” della punibilità (come appunto una situazione che esclude la presenza di una causa di giustificazione) assume, conseguentemente, il ruolo di elemento che “fonda” la punibilità stessa e di cui quindi occorre fornire la piena prova “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

quanto accade per gli elementi positivi – essere positivamente provati “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

Piuttosto, occorre però a questo punto sottolineare come, in realtà, *tutti indistintamente* gli elementi *costitutivi* del fatto di reato e della fattispecie di punibilità, denominati “costitutivi” o “essenziali” proprio *in quanto ne delimitano la “rilevanza normativa”*, siano *tutti indistintamente* “oggetto di prova”, come è fra l’altro normativamente confermato dall’art. 187 c.p.p. laddove non distingue, tra i “fatti” che debbono essere “oggetto di prova”, quelli che si riferiscono alla “imputazione” (ossia gli elementi c.d. di “addebito”) da quelli che concernono la “punibilità” (più esattamente: la “non punibilità”)<sup>759</sup>. Nel senso però che, ai fini dell’affermazione di responsabilità del-

<sup>759</sup> Ciò, posto che i “fatti” che, “in positivo”, si riferiscono alla «determinazione della pena o della misura di sicurezza», che quindi *presuppongono*, rispettivamente, un accertamento della “fattispecie di punibilità” e/o della “fattispecie di responsabilità per la misura di sicurezza”, sono dallo stesso art. 187 comma 1 c.p. previsti *autonomamente* (e quindi *separatamente*) rispetto a quelli che si riferiscono alla «punibilità». Gli unici fatti che potrebbero riferirsi “in positivo” alla “punibilità” (diverso discorso si deve fare per i fatti che incidono “in negativo” sulla “punibilità”) sarebbero quelli concernenti le – eventuali – “condizioni obiettive di punibilità” richieste dalla “norma incriminatrice”; sempre però che le si collochi, sistematicamente, “fuori” del “fatto di reato” (e non al suo interno: vedi capp. I, 2, 4, 8 e III, 2,4 lett. d) e note 623 e 624). Occorre però comunque ricordare come i fatti “oggetto di prova” che, ai sensi dell’art. 187 comma 1 c.p.p., si riferiscono alla «punibilità» siano, oltre le condizioni di punibilità (e sempre che le si ritenga – lo si ripete – “estrane” al “fatto di reato), costituiti *solo* da situazioni che incidono “in negativo” sulla “punibilità”, appunto *escludendola*. In ogni caso, a ben vedere, a prescindere dalla corretta collocazione sistematica delle condizioni di punibilità o delle cause di non punibilità (a partire dalle cause di giustificazione) all’“interno” o all’“esterno” del “fatto di reato”, ai fini di una corretta interpretazione del significato e della portata dell’art. 187 comma 1 c.p.p., si deve comunque ritenere che sotto il concetto di «imputazione» – da intendere con riferimento a quanto espressamente e specificamente disposto dall’art. 417 lett. b) c.p.p. (a proposito della “richiesta di rinvio a giudizio” attraverso la quale il p.m. formula appunto l’“imputazione”) – debbano essere ricondotti *solo gli elementi di “addebito”*, ossia quelli la cui prova dell’esistenza va “a sfavore” dell’imputato; mentre sotto la formula della «punibilità» vadano viceversa ricondotte tutte quelle situazioni la cui presenza va “a favore” dell’imputato (come anzitutto le scriminanti; ma anche tutte le cause personali di esenzione da pena, a prescindere dalla loro collocazione – a seconda dei casi – all’interno o all’esterno del fatto di reato – retro cap. III, 2,5 – e le cause estintive del reato e, in genere, le cause sopravvenute di non punibilità, queste ultime sicuramente fuori del fatto di reato e appartenenti solo alla “fattispecie di punibilità”). In questa logica, specie seguendo la dottrina dominante che le colloca *fuori* del “fatto di reato” quali elementi “estranei” alla sua struttura, anche le “condizioni di punibilità” dovrebbero allora ricadere ai sensi e per gli effetti dell’art. 187 comma 1 c.p.p. sotto il concetto di «punibilità», dal momento che, comunque le si intenda, la loro presenza – evidenziando la “definitività” dell’offesa – finisce per “delimitare” comunque l’ambito applicativo della “norma incriminatrice”, andando quindi, ancora una volta, “a favore” del reo. Occorre però osservare come, trattandosi di elementi che debbono comunque “positivamente esistere” per la “punibilità” dell’imputato, anche di essi, *al pari* degli elementi

l'imputato, quelli che “fondano” la responsabilità/punibilità (e che costituiscono oggetto dell’“imputazione” ai sensi dell’art. 417 lett. b c.p.p.)<sup>760</sup> devono essere oggetto di “piena prova in positivo” “al di là di ogni ragionevole dubbio” della loro “esistenza”, mentre per quelli che “escludono” la punibilità deve in modo assoluto “mancare la prova” della loro “esistenza” (con la conseguenza che – come detto – basta la semplice insinuazione del “dubbio” per escludere l’integrazione della fattispecie di responsabilità punitiva). Ma allora, a ben vedere, logicamente non è neppure scorretto dire che *tutti indistintamente gli elementi “costitutivi” della fattispecie di responsabilità sono elementi che la “fondano”*; però, ancora una volta, con perfetto parallelismo rispetto a quanto si deve affermare per gli “elementi negativi”, nel senso che occorre allora *distinguere* tra elementi che “fondano” la responsabilità “in positivo”, ossia che debbono essere presenti e di cui si deve dare la piena prova in positivo al di là di ogni ragionevole dubbio, ed elementi che “fondano” la responsabilità *ma “in negativo”*, nel senso che non debbono esistere e di cui deve *in assoluto mancare la prova* (= non deve in assoluto essere fornita alcuna

oggetto della “imputazione”, se ne deve conseguentemente dare “piena prova” “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Conclusione che trova altresì conforto nella considerazione che le condizioni di punibilità, a ben vedere, pur imputandosi “oggettivamente” come stabilisce espressamente l’art. 44 c.p., incidendo comunque sull’“offesa” contenuto del reato (sia pure sulla sua “definitività”) e quindi contribuendo in qualche modo, logicamente, alla sua individuazione, anche esse debbono essere allora inserite, più correttamente, nel concetto di “imputazione”, anzitutto ai fini di un effettivo esercizio del diritto di difesa, andando così ancora una volta – ma in modo dommaticamente e sistematicamente più lineare – a carico del p.m. la piena prova della loro esistenza “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Il che costituisce un ulteriore argomento a favore della tesi che ravvisa nelle “condizioni oggettive di punibilità” degli elementi *interni* al “fatto di reato” (sia pure sottoposti ad una disciplina *diversa* rispetto agli altri requisiti essenziali, anzitutto dal punto di vista dell’imputazione soggettiva). In generale poi, sempre a proposito della natura dommatica e della posizione sistematica delle “condizioni di punibilità”, non è irrilevante ricordare – anche se non si tratta di un argomento decisivo – come la dottrina processualistica e la giurisprudenza dominanti ritengano che, in caso di “mancanza” della condizione di punibilità richiesta dalla norma incriminatrice, la formula assolutoria debba essere “il fatto non costituisce reato”; indicandosi così in modo inequivoco che, se il “fatto” *in mancanza* della condizione di punibilità non può “costituire”, e quindi essere *normativamente qualificato come “reato”*, le “condizioni di punibilità” fanno *sistematicamente parte del “reato”* come suoi “requisiti costitutivi” (retro cap. III, 2.4 lett. d) e note 623 e 624).

<sup>760</sup> Si ricordi come anche il “fatto di reato circostanziato” sia previsto da una fattispecie incriminatrice *strutturalmente “autonoma”* rispetto a quella che prevede il reato semplice: vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 28 ss. Donde la necessità che le “aggravanti”, in quanto “fondanti” una “maggiore” responsabilità e quindi “punibilità” rispetto al c.d. reato-base, siano *anch’esse oggetto di specifica “imputazione”* (vedi l’art. 417 lett b) c.p.p., laddove fa riferimento, come oggetto di «enunciazione in forma chiara e precisa», anche alle «circostanze aggravanti»).

prova) *della loro esistenza*.

Un'ultima osservazione. Sulla base di consolidate “massime di esperienza”, l'ordinamento potrà poi ritenere *giuridicamente* provato, per “presunzione *iuris tantum*”, un certo elemento “positivo” (previsto *esplicitamente* come tale dalla fattispecie incriminatrice: ad es., una condotta “cosciente e volontaria” *ex* art. 42 comma 1 c.p.), presunzione quindi superabile dalla “prova contraria” della sua “inesistenza”, sempre cioè che dagli atti del giudizio *non* emergano elementi fattuali, qualificabili propriamente come “negativi-impeditivi” (= in quanto la loro presenza “nega”, in quanto appunto “impedisce”, l'integrazione di un elemento positivo)<sup>761</sup>, elementi per la prova della cui esistenza è *sufficiente l'insinuazione del semplice dubbio* sulla loro presenza, in grado di far ritenere il contrario di quanto presunto (nel nostro esempio, la forza maggiore, il costringimento fisico o l'incoscienza involontaria)<sup>762</sup>; “presunzione” *iuris tantum* di esistenza dell'elemento positivo superabile quindi dalla “prova contraria” della sua “inesistenza”. Elementi negativi-impeditivi esistono poi anche – come abbiamo visto – con riferimento ad elementi essenziali “positivi”, di cui è viceversa necessaria la piena prova (positiva) “al di là di ogni ragionevole dubbio”: si pensi all'errore sul fatto di reato, elemento negativo-impeditivo del dolo in quanto la sua presenza ne esclude l'integrazione; per cui, dovendo il dolo essere provato – come tutti gli altri elementi essenziali positivi che “fondano” la punibilità – “al di là di ogni ragionevole dubbio”, basta l'insinuazione del “dubbio” sull'esistenza di detto errore per escluderne logicamente, a monte, la stessa possibilità di integrazione (mancando in tal caso, per definizione, la possibilità della sua *piena* prova positiva).

Sempre alla stregua di “massime di esperienza”, nell'accertamento del

<sup>761</sup> Sulla confusione, operata da parte della dottrina, tra “elementi negativi-impeditivi” ed “elementi negativi in senso proprio”, che *si aggiungono* ai positivi, sia pure con valenza “negativa” nel senso che debbono “mancare”, vedi *infra* cap. IV, 2 lett. a.

<sup>762</sup> Nel senso che, per l'accertamento dell'esistenza della “coscienza e volontà” dell'azione *ex* art. 42 comma 1 c.p., sia *sufficiente* la “mancanza di prova” dell'esistenza di almeno una delle situazioni che la escludono, come la forza maggiore, il costringimento fisico e l'incoscienza involontaria, vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 246-247. A questo proposito, occorre tuttavia evidenziare come, a mio avviso, la “forza maggiore” la cui presenza, secondo la dottrina assolutamente dominante, esclude la coscienza e volontà della condotta *non* sia la “forza maggiore” *normativamente* prevista come “causa di non punibilità” dall'art. 45 c.p., che viceversa funziona come situazione la cui presenza esclude l'integrazione di qualunque “criterio soggettivo di imputazione” dei fatti di reato in caso di loro “inevitabilità” in concreto secondo il parametro dell'uomo *eiusdem conditionis* (per la dimostrazione di questo assunto vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 78 ss.).

“fatto di reato” si deve a sua volta sempre “presumere”, sia pure *iuris tantum*, la “mancanza” degli “elementi negativi”. Così ad es., se un soggetto ha volontariamente ucciso un uomo, secondo *l'id quod plerumque accidit* (che deve sempre guidare il giudice nella verifica processuale di una certa situazione di fatto) si deve ritenere che ciò sia *sufficiente* ai fini della qualificazione del fatto come reato, posto che la presenza di una causa di giustificazione si deve ritenere un accadimento, secondo “massime di esperienza”, *statisticamente eccezionale*.

Quanto detto prima a proposito della “condotta” penalmente rilevante ai fini dell’integrazione del reato (in quanto riferibile a “coscienza e volontà”), ossia della “presunzione *iuris tantum*” della sua esistenza sulla base di massime di esperienza, vale poi anche per *altri* elementi della “fattispecie di punibilità” *diversi* da quelli costitutivi del fatto di reato. Così, si pensi alla “imputabilità” dell’autore del fatto di reato, *esplicitamente* richiesta nel nostro sistema dall’art. 85 c.p., da ritenere comunque presuntivamente presente *salvo che* non si dimostri – anche sulla base della semplice insinuazione del dubbio (art. 530 comma 2 c.p.p.)<sup>763</sup> – la esistenza di una di quelle situazioni, *tassativamente* previste dagli artt. 88 ss. c.p., la cui presenza “esclude”, appunto, l’imputabilità (come il vizio totale di mente: art. 88 c.p.)<sup>764</sup>.

## 2. La categoria concettuale degli “elementi negativi a contenuto negativo”

Da non confondere con gli elementi “negativi-impeditivi”, così denominati stipulativamente perché la loro “presenza” “impedisce”, appunto “negandolo”, l’“integrazione” di un elemento “positivo” o “negativo”, esiste un’altra categoria di elementi negativi sempre però *in senso proprio*, così qualificabili in quanto si “aggiungono” agli altri requisiti costitutivi del fatto di reato, sia pure con valenza “negativa” (nel senso che debbono “mancare”), da collocare *sistematicamente* accanto agli elementi “negativi costruiti positivamente” (di cui un esempio è dato dalle cause di giustificazione)<sup>765</sup>:

<sup>763</sup> Art. 530 comma 2 c.p.p.: «Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato *o che il reato è stato commesso da persona imputabile*».

<sup>764</sup> Vedi retro cap. III, 2.3 lett. b.

<sup>765</sup> Almeno secondo i sostenitori della analisi “bipartita” del reato: retro nota 10. Si ricordi come elementi di questo tipo siano *anche* gli elementi “specializzanti” una certa figura di illecito penale *all'interno* della fattispecie “generale”, laddove cioè ci sia una relazione strutturale “genere-specie” tra due diversi “tipi” di reato (ad es., il fatto di omicidio doloso contempla tra i suoi requisiti costitutivi come “elemento negativo *implicito*” il “consenso”

la categoria degli *elementi “negativi costruiti negativamente”*.

La confusione concettuale può facilmente nascere dalla circostanza che *anche* con riferimento a questa tipologia di elementi negativi, come avviene almeno per certi elementi “positivi” (si pensi, come abbiamo visto, alla coscienza e volontà della condotta, di cui sulla base di massime di esperienza si “presume” l’esistenza, a meno che dagli atti del giudizio non emerga almeno un principio di prova della presenza di situazioni, costitutive di elementi negativi-impeditivi – come la forza maggiore, il costringimento fisico e l’incoscienza involontaria/incolpevole –, da cui possa viceversa desumersi la sua mancanza<sup>766</sup>; e lo stesso vale per l’“imputabilità”, elemento della fattispecie di punibilità estraneo al fatto di reato, “presunta” fino a che non si provi l’esistenza di una delle situazioni, tassativamente previste dal legislatore, che la escludono), gioca un *ruolo fondamentale il meccanismo delle “presunzioni” iuris tantum* (“superabili” cioè dalla “prova contraria”)<sup>767</sup>.

---

della persona offesa, elemento “specializzante” dell’omicidio del consenziente di cui all’art. 579 c.p. rispetto all’omicidio doloso comune): vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 220 ss. (retro note 11 e 337).

<sup>766</sup> Vedi retro nota 762 e GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 246-247.

<sup>767</sup> Se normalmente le “presunzioni *iuris tantum*” si fondano su “massime di esperienza”, ciò però *non avviene sempre*. Il superamento di una presunzione fondata su massime di esperienza vale ad es. per il caso fortuito rispetto alla colpa specifica (vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 502 ss.) ovvero per la prova della inesistenza del pericolo in concreto nei reati di pericolo presunto (GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 7 ss.), su cui vedi infra cap. IV, 2 lett. c) e d). Ma non invece, ad es., con riferimento al caso fortuito rispetto al criterio di imputazione per colpa di cui all’art. 83 c.p. (vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 143 ss.): in questa situazione infatti il caso fortuito opera come mero criterio di semplificazione dell’onere probatorio e quindi della “regola di giudizio” attraverso un aggravio della posizione processuale dell’imputato, la cui *ratio* è dettata solo dall’esigenza di rafforzamento dell’efficacia generalpreventiva della legge connessa, sul piano politico-criminale, alla logica del *versari in re illicita*, dal momento che elemento costitutivo dell’ulteriore criterio soggettivo di imputazione per colpa dettato dall’art. 83 c.p. è appunto una condotta finalizzata alla commissione di un fatto di reato, sia pure diverso da quello poi oggettivamente realizzato. Imputazione per colpa ai sensi dell’art. 83 che rimane comunque compatibile con quanto richiesto dal principio di “personalità della responsabilità penale”, sancito a livello costituzionale dall’art. 27 comma 1 Cost., proprio per la possibile esclusione della responsabilità a titolo di colpa per il fatto di reato oggettivamente realizzato laddove venga fornita la prova della sua imprevedibilità in concreto ai sensi dell’art. 45 c.p.

Per le presunzioni *iuris tantum* di requisiti “positivi” “*impliciti*” – ma anche “espliciti”, come la “imputabilità” – della fattispecie di punibilità, estranei al fatto di reato, vedi note 223 e 805.

a) *Gli elementi costitutivi della struttura del fatto di reato. Elementi positivi e negativi (in particolare, le cause di giustificazione). Le diverse tipologie di elementi negativi*

Per comprendere correttamente la portata, il significato e, soprattutto, la funzione nella sistematica del reato svolta dagli “elementi negativi costruiti negativamente”, occorre, sia pure brevemente, ricapitolare e soffermarsi nuovamente su alcuni dei concetti già visti e sviluppati. Così, nell’analisi “strutturale” degli elementi costitutivi del “fatto di reato”<sup>768</sup>, come già sappiamo, già da tempo la migliore dottrina penalistica italiana<sup>769</sup>, aggruppando detti elementi nelle due categorie concettuali basiche del “fatto oggettivo” e dell’“elemento soggettivo”, ha poi – in questa prospettiva “bipartita” – correttamente distinto, nella duplice dimensione sia oggettiva che soggettiva, tra “elementi positivi”, la cui “presenza” è necessaria per l’integrazione del reato, ed “elementi negativi”, che debbono viceversa “mancare”. Più in particolare, in questa stessa logica, si è ulteriormente distinto, nell’ambito degli elementi positivi, tra “elementi positivi costruiti positivamente” (o “a contenuto positivo”), algebricamente rappresentabili con la formula + (+X), come ad es. la morte di un uomo nel delitto di omicidio doloso, ed “elementi positivi costruiti negativamente” (o “a contenuto negativo”), algebricamente rappresentabili con la formula + (–X), come ad es. il mancato consenso nel delitto di violazione di domicilio. Diversa struttura che si riverbera anzitutto sull’“oggetto del dolo”: nel senso che, per l’integrazione del dolo, trattandosi di elementi positivi “a contenuto positivo”, è necessaria la “positiva rappresentazione” della loro “(oggettiva) esistenza”; mentre, per gli elementi positivi ma “a contenuto negativo”, occorre la “positiva rappresentazione” della loro “(oggettiva) mancanza”.

I problemi sorgono per gli “elementi negativi”. Ciò, non solo perché l’idea – a mio avviso l’unica “logica” in una corretta prospettiva di analisi “strutturale” degli elementi costitutivi del fatto di reato – del ricorso alla

<sup>768</sup> L’importanza di un approccio “strutturale” ai fini di una corretta comprensione del fenomeno giuridico è sottolineata da FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979, p. 13 ss.; più ampiamente, da ultimo, ID., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018, *Premessa*. Già in precedenza, fondamentali in questa direzione metodologica sono, nell’ambito della dottrina penalistica, i lavori di NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., *passim*, e di GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952 (XX), p. 227 ss., laddove – nell’individuazione della natura giuridica e della conseguente posizione sistematica delle “cause di giustificazione” – ricorrono, rispettivamente, secondo un metodo tipicamente strutturale, al concetto di “limite della norma-base” e di “elemento negativo” del fatto di reato.

<sup>769</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., spec. pp. 225-227, 287-288, 307-310, 399-403, 436-438. In precedenza, per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., *passim*, sulla scia della tradizione italiana della Scuola Classica da Carmignani a Carrara.

categoria degli “elementi negativi” del reato, sotto la quale vengono anzitutto ricondotte le “cause di giustificazione” come requisiti appartenenti al “tipo di illecito”, è accolta – quale necessaria conseguenza di certe premesse – dai sostenitori della teoria della c.d. “bipartizione”, oggi minoritaria nella dottrina penalistica viceversa ancora saldamente ancorata alla visione c.d. “tripartita” (fatto tipico, antigiuridicità oggettiva, colpevolezza; ovvero, secondo una visione più raffinata post-welzeliana, illecito, composto, da un lato, da fatto tipico – oggettivo e soggettivo – e antigiuridicità oggettiva, dall’altro, dalla colpevolezza depurata dal dolo e dalla colpa); ma anche per una errata interpretazione di quanto dovrebbe logicamente discendere dalla effettiva “natura giuridica” di ciò che deve *propriamente* intendersi come “elemento negativo” del fatto di reato.

È noto infatti come una delle principali obiezioni da sempre ripetute contro la riconduzione delle “cause di giustificazione” fra gli “elementi negativi” del “tipo di reato” sia che, se le cause di giustificazione facessero realmente parte del “fatto di reato” sia pure come suoi “elementi negativi”, essendo necessario per aversi “dolo” (elemento soggettivo basato su processi psichici *effettivi*) la (positiva) “rappresentazione” di tutti gli elementi costitutivi del fatto stesso, ne discenderebbe allora, per potersi parlare di dolo, la positiva “rappresentazione” della “mancanza” di tutte le cause di giustificazione previste dall’ordinamento; il che (a parte ogni altra considerazione) sarebbe, con ogni evidenza, “psicologicamente” assurdo<sup>770</sup>.

Ora, una tale obiezione dimostra, con ogni evidenza, la mancata percezione della effettiva “natura” di ciò che, sul piano logico, viene definito come “elemento negativo”. “Elemento negativo” in senso proprio, algebricamente rappresentabile, se “a contenuto positivo”, con la formula – (+ X), riferito al “fatto di reato”, è, dal punto di vista strutturale, un requisito che deve *oggettivamente* “mancare” e *soggettivamente* “non essere rappresentato”<sup>771</sup>

<sup>770</sup> Di “rappresentazione della mancanza” di “tutte” le cause di giustificazione per aversi dolo parlava già R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum*, Giessen, A. Töpelmann, 1907, p. 533 ss. (nel primo lavoro che, nella moderna dottrina tedesca, segna il passaggio dalla concezione “psicologica” a quella “normativa” della “colpevolezza”, intesa come “rimproverabilità”). Questa affermazione di Frank, che – a proposito della posizione sistematica delle cause di giustificazione nella struttura del reato come “elementi negativi” – confonde gli elementi negativi in senso proprio con gli elementi positivi a contenuto negativo (infra nel testo), è stata, come noto, frequentemente utilizzata da larga parte della dottrina tedesca – ma non solo – come uno degli argomenti per escludere la correttezza della concezione delle cause di giustificazione quali “elementi negativi” della “tipicità” del fatto.

<sup>771</sup> Più specificamente, un elemento di cui deve oggettivamente “mancare la presenza” e soggettivamente “mancare la rappresentazione”.

perché venga integrato il “fatto tipico” di reato (doloso). Chi afferma viceversa – al fine di escludere la correttezza logica della teoria della “bipartizione” – che l’elemento negativo è quel requisito, non di cui, per aversi dolo, (“in negativo”, appunto) “non ci si deve rappresentare la presenza”, ma di cui (“in positivo”) “ci si deve rappresentare la mancanza”, *confonde palesemente ciò che, sul piano logico, costituisce “elemento negativo” con l’“elemento positivo costruito negativamente”* (come il mancato consenso nella violazione di domicilio)<sup>772</sup>.

Questa confusione concettuale deriva dalla circostanza che il lemma “elemento negativo” è, di per sé considerato, dal punto di vista squisitamente linguistico, un *termine del tutto generico*. Infatti, il termine “elemento negativo”, inteso genericamente – meglio: tecnicamente –, come qualcosa che deve “mancare” (per la verifica di qualcosa), può assumere, come già sappiamo, *almeno tre significati* assolutamente distinti tra loro nella prospettiva della integrazione di un “fatto di reato”. Anzitutto, come “*elemento positivo a contenuto negativo*”, ossia elemento che – in quanto comunque “positivo” – non solo deve oggettivamente mancare (più esattamente: deve essere “presente” la “mancanza” per la integrazione del “fatto oggettivo” di reato) e di cui ci si deve “rappresentare la mancanza” (per aversi “dolo”), come si ricava dalla formula algebrica + (–X), ma di cui, processualmente, si deve altresì positivamente “provare la mancanza”, sia sul piano oggettivo che soggettivo (oltretutto, trattandosi di elemento di “addebito” ai fini dell’“imputazione” processuale, «al di là di ogni ragionevole dubbio»: art. 533 comma 1 c.p.p.), per potere ritenere un soggetto autore di un “fatto di reato”. In secondo luogo, come ciò che possiamo stipulativamente definire “*elemento negativo-impeditivo*”, ossia elemento la cui presenza “nega”, in quanto appunto “impedisce”, la integrazione di un qualunque “elemento positivo”<sup>773</sup>, sia oggettivo che soggettivo (si pensi ad es. all’errore sul fatto di reato quale elemento negativo-impeditivo del dolo e al “fattore eccezionale sopravvenuto” quale elemento negativo-impeditivo del nesso causale penalmente rilevante). Infine, come “*elemento negativo*” che potremmo anche

<sup>772</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit, pp. 287-288. Palese questa confusione in MARI-NUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 241 e 406.

<sup>773</sup> Non mancano tuttavia anche “elementi negativi-impeditivi” di “elementi negativi” in senso stretto: si pensi, ad es., al «particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo» la cui presenza “impedisce” la integrazione della scriminante dello stato di necessità (art. 54 comma 2 c.p.). Ma anche – come vedremo infra cap. IV, 2 lett. d – “elementi negativi-impeditivi” di “elementi negativi a contenuto negativo”. Breve: a ciascuna tipologia di elementi del fatto di reato, positivi o negativi, corrisponde simmetricamente una categoria di elementi negativi-impeditivi (infra cap. IV, 3).

stipulativamente definire “*in senso stretto o proprio*”, ossia di elemento che “*si aggiunge*” agli elementi positivi sia pure con valenza “negativa”; nel senso che, come detto, per l’integrazione del “fatto oggettivo di reato”, deve oggettivamente “mancare” (più esattamente: ne deve “mancare” la “presenza”), di cui, per aversi “dolo”, ci si deve “non rappresentare la presenza”, come si ricava dalla formula algebrica  $-(+X)$ , e di cui processualmente deve “mancare” del tutto la “prova dell’esistenza” sia sul piano oggettivo che soggettivo.

“Elementi negativi in senso proprio” generalmente identificati, dalla stessa dottrina “bipartita”, con le “cause di giustificazione”, che tuttavia, a mio parere, come già abbiamo visto<sup>774</sup>, non ne esauriscono la categoria. Come in altra sede ho già cercato di dimostrare, deve infatti essere logicamente considerato “elemento negativo” in senso stretto anche l’“*elemento specializzante-differenziale*” con riferimento al “fatto di reato” c.d. “generale” (si pensi alla relazione strutturale intercorrente tra l’omicidio doloso e l’omicidio del consenziente, dove l’elemento specializzante-degradante costituito dal consenso della vittima rappresenta un “elemento negativo”, sia pure “implicito”, del “fatto” di omicidio doloso comune, con conseguente “incompatibilità” tra i due “tipi” di reato)<sup>775</sup>.

È noto, a sua volta, come quest’ultima categoria degli “elementi negativi in senso proprio” – in particolare, se riferita alle cause di giustificazione – sia stata, viceversa, spesso *confusa* da parte anche di autorevole dottrina ora con la categoria degli “elementi negativi-impeditivi”<sup>776</sup>, ora con la categoria degli “elementi positivi a contenuto negativo”<sup>777</sup>.

Con riferimento specifico alle cause di giustificazione, in particolare, queste sono viste come “elementi negativi in senso proprio” dai teorici della “bipartizione” nel senso che è la loro oggettiva “presenza” e la loro positiva “rappresentazione” ad *escludere* l’integrazione del “fatto tipico di reato” (rispettivamente, dal punto di vista dell’elemento oggettivo e di quello soggettivo doloso: arg. *ex art.* 59 commi 1 e 4 c.p.); così come, per l’accertamento processuale del fatto di reato, è necessaria la *assoluta* “man-

<sup>774</sup> Retro cap. III, 2.4 lett. f) e 2.6.

<sup>775</sup> TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 220 ss.; vedi anche retro note 11 e 337.

<sup>776</sup> Si veda infatti ad es. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, cit., p. 34 ss., secondo cui le cause di giustificazione non potrebbero considerarsi “elementi negativi” del “tipo” di illecito in quanto non escluderebbero – appunto “negandola” – l’esistenza di nessuno degli elementi “positivi” costitutivi del fatto di reato (come la condotta, l’evento o il nesso causale).

<sup>777</sup> Retro note 770 e 772.

*canza di prova* della loro “presenza”, nel senso, in particolare, che basta l’insinuazione anche del semplice “dubbio” sulla loro esistenza per escludere la verifica del fatto di reato (arg. ex art. 530 comma 3 c.p.p.).

Ma, anche muovendo dalla prospettiva della “tripartizione”, le “cause di giustificazione” costituiscono pur sempre “elementi negativi”, non tuttavia del “tipo” ma della c.d. “antigiuridicità oggettiva”, in particolare come suoi elementi “negativi-impeditivi”. Nel senso che, secondo i tripartiti, le scriminanti sarebbero elementi che debbono “mancare” per l’esistenza dell’“antigiuridicità”, più esattamente, della valutazione – definitiva – di “antigiuridicità” del “fatto tipico” (per suo contrasto con l’intero ordinamento giuridico), “impedendone” appunto l’integrazione.

Questa diversa collocazione delle cause di giustificazione sul piano sistematico secondo la dottrina bipartita e quella tripartita, se non comporta alcuna conseguenza pratica sul piano dell’aspetto “oggettivo” dell’illecito, si riverbera viceversa – e in modo radicale – sull’elemento “soggettivo” del reato. Infatti, anche a prescindere dalla circostanza che la maggioranza dei tripartiti, almeno da Welzel in poi, ritiene necessaria, per l’integrazione della scriminante o, come pure anche si dice, del “tipo di permesso-liceità”, altresì la positiva rappresentazione del fatto che la costituisce (ad es., per l’operatività della legittima difesa occorrerebbe che l’agredito si rappresenti l’aggressione, agendo conseguentemente col c.d. *animus defendendi* e quindi – si aggiunge – con la consapevolezza di agire “lecitamente”; il che, sia detto per inciso, contrasta palesemente con la disciplina dettata dal nostro art. 59 comma 1 c.p.)<sup>778</sup>, in caso di “supposizione erronea” della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione (riconosciuta dall’ordinamento), ritenendo la scriminante “elemento negativo” (in senso stretto) del “fatto tipico” di reato, detto errore escluderebbe il “dolo” (così come stabilito espressamente, non a caso, nell’ordinamento italiano dall’art. 59 comma 4 c.p.); mentre, ritenendola “elemento negativo” del requisito dell’“antigiuridicità”, detto errore, incidendo su un requisito “esterno” al “fatto tipico”, comporterebbe (il che non sarebbe a mio avviso comunque corretto)<sup>779</sup> – almeno a volere essere coerenti con le premesse<sup>780</sup> – la (erronea) rappresentazione della “liceità” di

<sup>778</sup> Secondo l’art. 59 comma 1 c.p., infatti, «Le circostanze che [...] escludono la pena sono valutate a favore dell’agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti».

<sup>779</sup> Nel senso che la rappresentazione della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione, non importa se solo erroneamente supposta ovvero anche oggettivamente esistente, non si accompagna necessariamente anche con la rappresentazione della “liceità” del proprio comportamento si veda GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 433. Vedi anche retro nota 81.

<sup>780</sup> Come è il caso di Welzel e dei welzeliani di stretta osservanza, che riconducono questa

un comportamento viceversa “illecito” sia oggettivamente che soggettivamente, traducendosi quindi non in un “errore sul fatto tipico” (limitato, secondo i tripartiti, ai suoi soli requisiti “positivi”) ma in un vero e proprio “errore sul divieto”, “scusabile” quindi solo se “inevitabile”, ossia “incolpevole” (ai sensi, nell’ordinamento italiano, dell’art. 5 c.p.).

Se dunque, considerando le cause di giustificazione “elementi negativi” del “tipo di illecito”, esse debbono oggettivamente “mancare” perché si abbia il “fatto oggettivo” di reato, soggettivamente essere “non rappresentate” perché si abbia il “dolo” e di cui deve assolutamente “mancare” la “prova” per l’affermazione processuale dell’esistenza di un fatto di reato al completo dei suoi requisiti costitutivi, ciò significa, logicamente, che le cause di giustificazione debbono essere considerate *strutturalmente* “*elementi negativi a contenuto positivo*”, algebricamente rappresentabili – come detto – con la formula – (+X).

b) *Gli elementi negativi a contenuto negativo. Il ruolo delle “presunzioni”*

A questo punto si impone però una domanda: esistono, nella struttura del “fatto tipico” di reato, accanto agli “elementi positivi a contenuto positivo”, agli “elementi positivi a contenuto negativo” e agli “elementi negativi a contenuto positivo”, anche requisiti *strutturalmente* qualificabili come “*elementi negativi a contenuto negativo*”?

La domanda, che a mio parere merita risposta affermativa, consente, come subito vedremo, di risolvere nel modo più logico tutta una serie di problemi che da tempo costituiscono oggetto di attenta riflessione dottrinale (e sistematica) da parte della dottrina penalistica.

Dal punto di vista strutturale, gli “elementi negativi a contenuto negativo”, in quanto rappresentabili algebricamente con la formula – (–X), sono logicamente quelli di cui deve *oggettivamente* “mancare la mancanza” per l’affermazione dell’esistenza del “tipo oggettivo”, *soggettivamente* essere “non rappresentata la mancanza” per l’esistenza del “dolo” e di cui deve *processualmente* “mancare la prova” della loro “mancanza”, sia sotto l’aspetto oggettivo che soggettivo, per potere ritenere una persona autore del fatto di reato.

---

situazione ad un “errore di proibizione” (WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pp. 168-170). Non mi sembra viceversa coerente con le premesse teoriche da cui muove quella parte della dottrina tripartita post-welzeliana di lingua o di ascendenza culturale tedesca che, ravvisando una “similitudine strutturale” nell’oggetto dell’errore tra la supposizione erronea dei presupposti “di fatto” di una causa di giustificazione e l’errore sugli elementi che costituiscono “in positivo” la descrizione del “fatto di reato”, ritengono applicabile la stessa disciplina dell’“errore sul tipo” di illecito, con conseguente esclusione anche in questo caso del “dolo”, quantomeno in via “analogica”.

L'obiezione che si potrebbe a questo punto immediatamente porre è che, siccome, dal punto di vista logico, due negazioni si elidono reciprocamente, parlare di "mancanza di mancanza" di qualcosa significherebbe in realtà, alla fine, richiederne la effettiva "presenza": algebricamente infatti  $-(-X)$  è uguale a  $+X$ . Con la inevitabile conseguenza che il c.d. "elemento negativo a contenuto negativo", risolvendosi allora in un vero e proprio "elemento positivo" ("a contenuto positivo"), nell'analisi degli elementi costitutivi del fatto di reato perderebbe qualunque "autonomia", oltre che logica, "sistemica".

A questo proposito, occorre tuttavia notare come, nell'accertamento di determinati "fatti di reato", *per come sono strutturati* non è la "positiva" presenza di una certa situazione di fatto a determinare l'integrazione dell'illecito e quindi a "fondare" la punibilità del suo autore ma, tutt'al contrario, la sua "mancanza" ad "escluderla". Il che significa, ragionando *ex adverso*, come, per "fondare" in questi casi la responsabilità dell'autore del fatto, sia logicamente necessaria la verifica della *situazione opposta*, ossia appunto la "*mancanza della mancanza*" di quell'elemento. Situazione dunque da non confondere con la "mancanza" di un elemento negativo ma "a contenuto positivo", come avviene per le cause di giustificazione, posto che in questo caso è la "mancanza della presenza" ( $- [+X]$ ) di un certo elemento che "fonda", non: "esclude", la punibilità.

Diversità di conseguenze determinata proprio dal *diverso "contenuto"* delle due specie di "elementi negativi", rispettivamente "a contenuto positivo" e "a contenuto negativo", ossia di elementi che, pur essendo entrambi "negativi" *in senso proprio* – ossia elementi che *si aggiungono*, sia pure con "valenza negativa", agli elementi "positivi", *appartenendo quindi anch'essi alla "struttura" del "fatto tipico di reato"* – si muovono tuttavia in direzioni non solo diverse ma addirittura *opposte* (secondo una rappresentazione algebrica, rispettivamente  $- [+X]$  e  $- [-X]$ ): nel senso che, *per "fondare" la punibilità*, nel caso dell'elemento "negativo a contenuto positivo" occorre la "*mancanza*" della sua "*presenza*" (come per le scriminanti); mentre, nel caso dell'elemento "negativo a contenuto negativo", occorre la "*mancanza*" della sua "*mancanza*".

Per intendere correttamente la "*funzione*" svolta dagli "elementi negativi a contenuto negativo" nell'economia dell'illecito, occorre preliminarmente sottolineare come, nella *tecnica di costruzione* del "fatto di reato" e della, più ampia, "fattispecie di punibilità" (comprensiva anche delle eventuali condizioni obiettive di punibilità, della conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto e della imputabilità del suo autore)<sup>781</sup>, il legislatore faccia

<sup>781</sup> Più precisamente, per l'integrazione della "fattispecie di punibilità", accanto alla pre-

assai spesso ricorso al *meccanismo della "presunzione"* dell'esistenza di un certo elemento necessario per la punibilità; "presunzione", in genere fondata su quelle "massime di esperienza" fondamentali ai fini della semplificazione dell'onere probatorio e quindi della "regola di giudizio" utilizzabile dal giudice ai fini dell'obbligo di motivazione. "Presunzione" ovviamente *iuris tantum*, in quanto "superabile" dalla – positiva – "prova contraria" dell'"inesistenza" dell'elemento di cui si presume l'esistenza<sup>782</sup>.

Si pensi ad es., fra gli "elementi positivi" della "fattispecie di punibilità" di cui il legislatore "presume" l'"esistenza", alla "coscienza e volontà" della condotta, requisito del fatto di reato "presunto" sulla base di massime di esperienza – nel senso che, per l'affermazione di responsabilità, non se ne deve dare la prova positiva dell'esistenza –, sempre che dagli atti del giudizio non emerga almeno un principio di prova della presenza di situazioni, costitutive di elementi negativi-impeditivi – come la forza maggiore, il costringimento fisico e l'incoscienza involontaria –, da cui possa viceversa desumersi la sua mancanza. E ancora si pensi alla "conoscenza o conoscibilità del disvalore penale" del fatto che si commette, requisito "presunto" fino a che non si dimostri l'ignoranza inevitabile della norma incriminatrice; e lo stesso vale per l'"imputabilità", elemento della fattispecie di punibilità "estraneo" al fatto di reato, "presunta" fino a che non si provi l'esistenza di una delle situazioni, *tassativamente* previste dal legislatore nel codice penale, che la escludono. Ma si pensi anche al criterio soggettivo di imputazione della c.d. "colpa specifica", in cui la "presunzione" di "prevedibilità" di un evento costitutivo di un reato colposo insita nella inosservanza di una "norma" scritta a finalità cautelare, e dunque *in astratto*, può essere "superata" dalla prova positiva della "imprevedibilità" e/o "inevitabilità" dell'evento *concretamente* realizzato ai sensi dell'art. 45 c.p.<sup>783</sup>; o ai c.d. "reati

---

senza di un "fatto di reato" al completo dei suoi requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, occorre la positiva presenza delle eventuali condizioni di punibilità e, *in negativo*, l'ignoranza inescusabile (= derivata da colpa) di violare la norma incriminatrice e la mancanza di quelle situazioni tassativamente previste dal codice penale come "cause di esclusione" dell'imputabilità.

<sup>782</sup> *Infra* cap. IV, 2 lett. e.

<sup>783</sup> In generale, sul significato e la portata dell'art. 45 c.p. come "valvola di sicurezza" idonea ad escludere qualunque tipo di responsabilità penale nel caso in cui il fatto di reato realizzato non rientri nella sfera soggettiva di "dominabilità" da parte del suo autore, conformemente a quanto disposto dall'art. 27 comma 1 Cost., si rimanda a TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 78-84. Si noti come l'art. 45 c.p., stabilendo espressamente che «Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore», debba essere letto nel senso che non è la positiva "prevedibilità" ed "evitabilità" del fatto di reato a "fondare" la punibilità, ma, *in negativo*, è la sua concreta "imprevedibilità" ed

aggravati dall'evento", in cui è insito nel fatto-base la "presunzione" del "pericolo" di verificazione dell'ulteriore evento aggravatore (da intendere come evento "naturalistico") e quindi della sua "prevedibilità" *in astratto*, presunzione ancora una volta "superabile" laddove l'evento aggravatore sia *in concreto* "imprevedibile" e/o "inevitabile" alla stregua di quanto stabilito, ancora una volta, dall'art. 45 c.p.

c) *Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nei reati di pericolo presunto*

Il ruolo fondamentale svolto dal meccanismo della "presunzione *iuris tantum*" si riscontra anche con riferimento alla categoria degli "elementi negativi a contenuto negativo", ossia di cui deve "mancare la mancanza", nella dinamica della loro previsione. "Presunzione", infatti, qui "superabile" dalla "prova contraria" della "presenza della mancanza" di quell'elemento: in una parola, dalla "*positiva dimostrazione*" *in sede processuale della sua "mancanza"*, con conseguente "esclusione" della punibilità.

Come esempio paradigmatico di quanto stiamo dicendo, si pensi alla struttura e alla posizione sistematica del requisito del "pericolo" nella tipologia di reati – non a caso da sempre oggetto di vivace e approfondita discussione – c.d. di "pericolo presunto".

Autorevole dottrina ha acutamente visto nel "pericolo", di cui in questi casi si "presume" l'esistenza, un requisito *in mancanza* del quale verrebbe meno, "in concreto", l'"offesa" contenuto del reato, con conseguente sua mancata integrazione *ex art. 49 comma 2 c.p.* (c.d. "reato impossibile")<sup>784</sup>.

Se tuttavia il "reato" è teoricamente definibile come "*fatto offensivo*" del-

---

"inevitabilità" ad "escluderla".

<sup>784</sup> GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 5-9. Tale tesi è oggi sostanzialmente accolta dalla giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale, che viene in tal modo a superare quelle prese di posizione che avevano viceversa escluso *tout court* la legittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto, appunto per violazione del principio costituzionale di "offensività" (per la loro incostituzionalità BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 86-87). Al contrario, la "presunzione del pericolo" nei reati di pericolo presunto è viceversa intesa ancora oggi come "presunzione assoluta", ossia *iuris et de iure*, da buona parte della dottrina e della prassi giudiziale (quest'ultima tendenzialmente "fedele", tra l'altro, al principio di "politica giudiziaria" palesemente *contra Constitutionem*, in particolare al suo art. 13, – principio non scritto ma generalmente praticato – che, tra due possibili interpretazioni, deve essere "privilegiata" quella "a sfavore" dell'indagato-imputato). In dottrina, nel senso che, nei reati di pericolo c.d. "presunto", la presunzione del pericolo non sia superabile dalla "prova contraria" della "mancanza del pericolo" (in concreto), a meno di non vanificare la stessa *ratio* politico-criminale di questo modello di incriminazione come "forma anticipata" di tutela, quantomeno nei settori in cui questa tecnica di tutela appare come l'unica efficacemente utilizzabile, vedi per tutti, in dottrina, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 180-184.

l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice che lo prevede e, a sua volta, l'interesse specificamente tutelato da una qualunque norma incriminatrice – ossia la sua *ratio* identificabile con lo “scopo politico” dell'incriminazione<sup>785</sup> – si ricava dall'*insieme di tutti, indistintamente, gli elementi costitutivi* del fatto di reato da essa descritto, che ne *delimitano* in tal modo l'ambito della tutela in quanto tutti necessari alla produzione della risposta sanzionatoria<sup>786</sup>, ne consegue che qualunque “elemento” che comunque contribuisce alla “dimensione offensiva” dell'illecito, in via diretta o indiretta (nel senso, in particolare, che la sua “presenza” *fonda* la punibilità e la sua “mancanza” *la esclude*), *deve logicamente fare parte del “fatto di reato” come suo “requisito costitutivo”*. Dove il problema diventa allora solo vedere *come* ciascun elemento costitutivo operi nel “fatto di reato”; ossia, quale è la sua corretta “collocazione sistematica” nella “struttura” dell'illecito. Il che dipende, da un lato, dalla “natura” dell'elemento, se positivo o negativo, dall'altro, dal suo “contenuto”, se positivo o negativo.

Da queste considerazioni, discende allora come non possa, neppure teoricamente, ipotizzarsi la realizzazione di un “tipo” di reato ma “non offensivo”, ossia la “dissociazione” tra “tipicità” e “offensività”: l'offesa *non* è infatti un *elemento “sostanziale”*, di “contenuto”, che *si aggiunge* a quelli “for-

<sup>785</sup> Della tutela di un certo interesse come dello “scopo ragionevole” perseguito dal legislatore nella previsione di una qualunque norma incriminatrice parla esplicitamente, da ultimo, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 553 ss.

<sup>786</sup> Posto che è dall'insieme di *tutti* gli elementi costitutivi del reato, oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, che discende un certo tipo e *quantum* di pena criminale, ossia la *specificità conseguenza* – e quindi “dimensione” – giuridica ricollegabile a quel fatto; con la logica conseguenza che ogni norma incriminatrice tutela un distinto interesse, ossia ha una sua *specificità ratio*. In questo senso, fondamentale, GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 207 ss. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda a TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 26, 35, 334. Diversa è viceversa, come noto, la posizione della dottrina dominante che vede nel “bene giuridico” un *quid* preesistente alla incriminazione, che fungerebbe anche da “limite di incriminazione” per lo stesso legislatore, per cui diversi reati potrebbero tutelare lo stesso bene giuridico, distinguendosi solo per le diverse “modalità di lesione” (un esempio potrebbe essere rinvenuto nei “delitti contro la vita”). A ben vedere, tuttavia, mi sembra che, così ragionando, si confondano due piani che debbono rimanere viceversa assolutamente distinti, ossia il piano “ontologico-naturalistico” e quello della “valutazione-qualificazione normativo-giuridica” (o, in altri termini, l’“oggetto di valutazione” e la “valutazione dell'oggetto”). Un “bene pre-giuridico”, che ha un suo valore sociale (magari anche di morale sociale) assume rilevanza *normativa* come “bene giuridico” *solo se e nei limiti* in cui l'ordinamento giuridico o una sua branca (ad es. il diritto penale) lo assuma come specifico oggetto di tutela (nel caso dell'ordinamento penale, attraverso il tipo e il *quantum* di pena criminale previsti per la sua “offesa”).

*malmente*” previsti nella “descrizione” del “fatto di reato”<sup>787</sup>. Ciò non significa però (come viceversa ritiene parte della dottrina)<sup>788</sup> che, laddove un fatto corrisponda nel suo aspetto esclusivamente “formale” – direi meglio: meramente “esteriore” e quindi, alla fine, solo “apparentemente” – allo “schema tipico” di un reato, lì ci sia *necessariamente anche l’offesa* all’interesse “astrattamente” tutelato dalla norma incriminatrice che lo prevede. In realtà, se un “tipo di illecito” è tale perché, *nella sua astratta previsione normativa*, è “offensivo” di un certo interesse – offesa che coincide con la “ratio” dell’incriminazione (ossia con lo “scopo politico” della norma) –, un fatto “concreto” per risultare “tipico” alla stregua di quella norma deve *anche esprimere la stessa offesa “in concreto”*, ossia essere riconducibile alla stessa “ratio di tutela” per cui il legislatore ha previsto quel certo fatto come “illecito penale”, esprimendone il “significato normativo”. “Ratio” della norma incriminatrice che è costituita appunto dal *prevenire l’offesa ad un certo interesse*, ritenuto “meritevole” di tutela, “vietando” o “comandando” una certa condotta. Corretto è dunque dire che un fatto non è “tipico”, più precisamente: “conforme al tipo”, se non è altresì “concretamente offensivo” dell’interesse protetto; ma *non* è altrettanto corretto affermare che l’offesa all’interesse tutelato è comunque *sempre inevitabilmente compresa* nella “astratta” descrizione del fatto (nel senso che il legislatore non può avere previsto la descrizione di un fatto di reato che non sia altresì sempre offensiva di un certo interesse). Se viceversa, *sia pure eccezionalmente* rispetto a quell’*id quod plerumque accidit* che sta alla base di qualunque “presunzione”, manca in concreto l’offesa, significa che quel fatto concreto non è riconducibile alla “ratio” dell’incriminazione e dunque non è – già alla stregua di una corretta “interpretazione teleologica” della norma incriminatrice – *giuridicamente* qualificabile come “tipico”.

A ben vedere, la – errata – separazione tra “tipicità” e “offensività” deriva, ancora una volta, dalla confusione, spesso operata, tra il piano “naturalistico”, ossia l’“oggetto della qualificazione giuridica” (come potrebbe essere anche l’“evento naturalistico” che rappresenta *solo uno* dei requisiti essenziali, oltretutto non sempre presente, del fatto oggettivo di reato), e il piano “nor-

<sup>787</sup> Così viceversa, ad es., MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 198-199 e 228; parlano dell’offesa come “elemento costitutivo del fatto penalmente rilevante” MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di Diritto penale*, cit., pp. 240 e 276 ss.

<sup>788</sup> In questa direzione si muovono viceversa, fra gli altri, F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 28-34; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I (artt. 1-84), 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 479 ss.. Nello stesso senso, in precedenza, sostanzialmente anche PETROCELLI, *L’antigiuridicità*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1966, p. 142.

mativo”, ossia la “qualificazione giuridica dell’oggetto” (come l’“evento giuridico”, rappresentato dall’“offesa all’interesse tutelato” dalla norma incriminatrice, che si ricava viceversa da *tutti* – e solo – i requisiti essenziali del fatto di reato e che non può mai mancare in nessun tipo di illecito).

Così, ritornando alla categoria dei reati di “pericolo presunto”, occorre anzitutto sottolineare come il “pericolo” di cui si presume l’esistenza non vada riferito – come viceversa comunemente si fa – all’“offesa” (posto fra l’altro che l’offesa all’interesse oggetto di tutela logicamente consiste *sempre nella sua effettiva “lesione”* e non nella sua semplice “messa in pericolo”)<sup>789</sup>, ma – come avviene nei reati di pericolo concreto (nei casi in cui il pericolo si riferisca ad un *quid successivo* rispetto alla condotta)<sup>790</sup> – ad un “evento naturalistico” *estraneo* tuttavia al “fatto oggettivo” di reato (la cui effettiva verifica *non* è quindi richiesta ai fini dell’integrazione dell’illecito) e collegato alla condotta da un mero nesso di “causabilità” (ossia appunto di – quantomeno apprezzabile – “possibilità di causazione”)<sup>791</sup>.

Inteso in questi termini, dunque, il “pericolo concreto” di verifica di un “evento naturalistico” esterno rispetto al fatto “tipico” e oggetto di “presunzione” nei reati di “pericolo presunto”, *contribuendo* anch’esso alla individuazione della dimensione “offensiva” (e quindi alla “*ratio*” dell’incriminazione) di questa particolare tipologia di illeciti penali, rappresenta logicamente, nella loro “struttura”, un “elemento essenziale” del “fatto tipico”, anche se – almeno a prima vista – indubbiamente peculiare; in particolare, un “elemento negativo a contenuto negativo”, di cui deve cioè “mancare la mancanza” per la integrazione del reato (algebricamente – [-X]).

Più specificamente, ciò significa allora che, per l’integrazione del “fatto di reato” di c.d. “pericolo presunto”, sul piano “*oggettivo*” deve, in concreto (ossia nella situazione oggetto della concreta imputazione), “mancare” la

<sup>789</sup> Se infatti ogni norma incriminatrice tutela un interesse specifico e detto interesse si ricava dall’insieme di tutti gli elementi essenziali del fatto di reato, ne consegue logicamente che, se il reato è l’offesa di questo interesse, l’offesa non può teoricamente consistere in un mero “pericolo di lesione” dell’interesse protetto, ma solo nella sua “effettiva lesione”. Ciò che può *variare*, a ben vedere, è infatti *solo* la “struttura” dell’interesse oggetto di tutela (alla individuazione del quale può contribuire, ad es., anche una situazione di pericolo di verifica di un evento naturalistico). In questo senso GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 454; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 340; vedi anche cap. IV, 2 lett. c) e nota 811.

<sup>790</sup> Per la diversa posizione che l’elemento del “pericolo” può presentare nella “struttura tipica” dei reati di “pericolo concreto” vedi GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 2-5.

<sup>791</sup> Definisce il “pericolo sotto il profilo naturalistico” non come “probabilità” (sul piano matematico o statistico) ma come “apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto” GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 2.

“mancanza del pericolo”. Per cui se, viceversa, è “*presente*” la “*mancanza*” del pericolo in concreto (ossia manchi in concreto *quel* pericolo che *contribuisce* a costituire – senza però esaurirla<sup>792</sup> – la “*ratio*” dell’incriminazione) *non si è realizzato il fatto “oggettivo” di reato.*

Affinché poi, sul piano “*soggettivo*” (= dell’imputazione soggettiva del fatto), ci sia “*dolo*”, occorre la “*mancata rappresentazione*” della “*mancanza del pericolo*”. Per cui se, viceversa, il soggetto agente – positivamente – “*si rappresenta*” la “*mancanza*” del pericolo in concreto non c’è il “*dolo*”<sup>793</sup>.

Sul piano processuale della “*prova*”, a sua volta, conformemente alla logica del meccanismo “*presuntivo*” (che dispensa il giudice dal motivare sull’esistenza di un certo elemento necessario per pervenire ad una valida condanna), occorre, *in assoluto*, la “*mancata prova della mancanza*” del “*pericolo in concreto*” (sia sul piano oggettivo che soggettivo); per cui, al contrario, la “*prova positiva della mancanza*” dell’elemento del “*pericolo in concreto*” *esclude la responsabilità* dell’imputato. Al concetto di “*elemento negativo*” in senso proprio dal punto di vista “*sostanziale*” corrisponde qui dunque, con perfetto parallelismo, quello di “*prova negativa*” (da intendere, più precisamente, come “*mancanza di prova*”)<sup>794</sup> sul piano “*processuale*”. Piuttosto, ci si deve a questo punto chiedere qual è, in presenza di un elemento negativo a contenuto negativo (come il “*pericolo in concreto*”), il “*quantum di prova*” necessario per *escludere* la responsabilità dell’imputato. Non mi sembra che, per l’esclusione della condanna, occorra la piena prova positiva “*al di là di ogni ragionevole dubbio*” della mancanza di quell’elemento<sup>795</sup>.

<sup>792</sup> Ciò, dal momento che, come detto in precedenza, l’interesse tutelato, ossia la *ratio* dell’incriminazione, si ricava dall’*insieme di tutti* gli elementi costitutivi del reato e *non* solo da uno o più elementi (come appunto, nel nostro caso, l’“*elemento negativo a contenuto negativo*”).

<sup>793</sup> La “*rappresentazione della mancanza*” di un “*elemento negativo a contenuto negativo*” del fatto di reato, in quanto *esclude* il dolo, non va ovviamente confusa con la “*rappresentazione della mancanza*” di un “*elemento positivo costruito negativamente*” che, trattandosi appunto di elemento “*positivo*”, è viceversa necessaria per l’*esistenza* del dolo.

<sup>794</sup> Utilizza viceversa il concetto di “*prova negativa*” come sinonimo di “*prova positiva della mancanza*” del pericolo per escludere l’“*offensività*” del fatto in concreto e quindi l’integrazione del reato di pericolo presunto *ex art. 49 comma 2 c.p.* M. CATENACCI, *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, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1440-1442. In realtà, facendo qui l’Autore riferimento alla – positiva – “*prova contraria*” rispetto alla “*presunzione di pericolo*” (pericolo – a mio avviso – da intendere viceversa, propriamente, come “*elemento negativo a contenuto negativo*” del fatto di reato di pericolo presunto), è allora dommaticamente preferibile chiamarla, non “*prova negativa*”, ma “*prova positiva a contenuto negativo*” (in quanto avente come “*contenuto-oggetto*”, appunto, la “*mancanza del pericolo*”).

<sup>795</sup> *Contra*, sottolineando la necessità di una piena “*prova negativa*” – intesa come (positiva)

Infatti – essendo comunque l'elemento “negativo a contenuto negativo” un elemento “negativo in senso proprio” – se deve, conseguentemente, *in assoluto* “mancare la prova della mancanza” di quel certo elemento, *basta allora la semplice insinuazione del “dubbio” sulla sua “mancanza”* (o, il che è lo stesso, trattandosi dell'altra faccia della medaglia, l'insinuazione del “dubbio” sulla sua “presenza”), nel nostro esempio: il dubbio sulla mancanza del pericolo in concreto, per “escludere” la responsabilità dell'imputato.

Dalle considerazioni sin qui svolte, e ricapitolando, si desume che, nella “struttura” del “fatto” dei reati c.d. di “pericolo presunto”, elemento costitutivo, idoneo a “fondarne” la “punibilità”, non è la positiva “presenza” del “pericolo” (come nei reati c.d. di “pericolo concreto”, con i quali, se così fosse, i reati c.d. di “pericolo presunto” finirebbero sostanzialmente per identificarsi)<sup>796</sup>, ma, *in negativo* e quindi preceduta dal segno “meno”, la “mancanza” della sua “mancanza” (algebricamente, – [ – ]); formula però che – sulla base della *apparentemente logica* considerazione che due negazioni si elidono in una affermazione – non può però risolversi, come abbiamo visto, nella “positiva presenza” di quell'elemento, a meno di non scivolare, ancora una volta, nella (sempre presente) *confusione* tra elementi “negativi in senso proprio” ed elementi “positivi”, non importa poi se a contenuto “positivo” o “negativo”. Confusione che, come detto, porterebbe fra l'altro all'assurda conclusione, sul piano di una corretta “interpretazione sistematica”, della *identificazione* tra i reati di pericolo “presunto” e i reati di pericolo “concreto” nei quali, come è noto, per potersi parlare di integrazione del “fatto di reato”, l'elemento del “pericolo” deve essere *oggetto di “prova positiva”* “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Breve: con riferimento agli “elementi negativi costruiti negativamente”, non è la loro “positiva presenza” a “fondare” la punibilità, ma la “mancanza della loro mancanza”; e quindi, *a contrario*, la “presenza della loro mancanza” ad “escluderla”.

---

“prova contraria” (retro nota 794) – della “mancanza del pericolo” “*al di là di ogni ragionevole dubbio*” ai fini dell'esclusione della punibilità, CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1439 e 1441. La piena prova positiva della mancanza “al di là di ogni ragionevole dubbio” è viceversa richiesta, ai fini però della condanna e non del proscioglimento, per gli “elementi positivi a contenuto negativo” in quanto elementi comunque “positivi” e quindi di “addebito” su cui si fonda l’“imputazione”.

<sup>796</sup> Se infatti fosse anche qui necessaria la prova positiva – magari “piena” – della presenza in concreto del pericolo si finirebbe per determinare l'applicazione della fattispecie di responsabilità per il reato di pericolo presunto *al di fuori* dei “limiti logici” (e “politici”) per cui il legislatore la ha prevista, consistenti in una sostanziale “semplificazione” della “regola di giudizio” e del conseguente “obbligo di motivazione” da parte del giudice, non adempiendo dunque alla sua specifica “funzione” giuridica.

d) *Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nella colpa specifica e nei reati aggravati dall'evento*

Nella stessa “logica presuntiva”, quale ulteriore esempio paradigmatico di “elemento negativo a contenuto negativo”, si pone poi anche il requisito della concreta “prevedibilità” del fatto realizzato, “prevedibilità presunta” in quella “inosservanza di legge” – e dunque “in astratto”, data la struttura di qualunque “norma” – che sta alla base del criterio soggettivo di imputazione della colpa c.d. “specificata”. Posto infatti che anche detta “presunzione di prevedibilità”, per sua natura “astratta”, può essere “superata” dalla “prova contraria” della “imprevedibilità” del fatto “concretamente” realizzato, come si argomenta sistematicamente dalla presenza nell’ordinamento penale dell’art. 45 c.p.<sup>797</sup>, ne consegue che la concreta “prevedibilità” è un elemento di cui, per l’integrazione del fatto di reato colposo, deve “mancare la mancanza”, ossia, strutturalmente, un “elemento negativo a contenuto negativo”. Ciò significa, in altre parole, che, per “fondare” la punibilità di un fatto di reato a titolo di “colpa specifica”, occorre la “mancanza” della “mancanza della prevedibilità” (in concreto), ossia la “mancanza della imprevedibilità”. In conseguenza, non è, “in positivo”, la “prevedibilità” del fatto concretamente realizzato a “fondare” la punibilità a titolo di colpa specifica (posto che, se così fosse, non ci sarebbe più alcuna differenza con la colpa generica) ma, al contrario, “in negativo”, la sua “imprevedibilità” in concreto ad “escluderla”. Rilevanza della “imprevedibilità” come situazione la cui presenza determina la mancanza della colpa specifica e quindi l’esclusione della punibilità espressamente prevista, nell’ordinamento italiano (come detto), dall’art. 45 c.p. A ben vedere, anzi, se la “presunzione” ha qui ad oggetto la “prevedibilità in astratto” dell’evento-fatto vietato con la conseguenza che la sua “prevedibilità in concreto” deve essere un requisito di cui deve allora “mancare la mancanza”, l’“imprevedibilità” del fatto concretamente realizzato come “causa di non punibilità” espressamente e

<sup>797</sup> Sulla rilevanza del “caso fortuito” ex art. 45 c.p. ai fini della ricostruzione del criterio soggettivo di imputazione della “colpa specifica” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 502-504. Nel senso che la disposizione dell’art. 45, prevedendo la “non punibilità” di *qualunque fatto di reato – a qualunque titolo di responsabilità imputato* – se commesso per “caso fortuito” o “forza maggiore”, ossia se in concreto “imprevedibile” o “inevitabile” alla stregua del parametro di un uomo medio *eiusdem conditionis*, costituisce la regola “di chiusura” del sistema dell’imputazione “soggettivo-personale” nell’ordinamento penale italiano, TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 78-84 (vedi anche retro nota 78). La dottrina dominante non riconosce viceversa all’art. 45 c.p. questa funzione “centrale” nel sistema, come disposizione in grado di escludere la punibilità – per mancata integrazione del “tipo” di illecito – in tutti i casi in cui il fatto di reato realizzato non sia in concreto “dominabile” dal suo autore.

*autonomamente* prevista dall'art. 45 c.p. rappresenta, propriamente, un “elemento negativo-impeditivo” dell’“elemento negativo a contenuto negativo” costituito dalla sua “prevedibilità in concreto”, dal momento che è la “presenza” della “imprevedibilità in concreto” ad *impedire* la integrazione del requisito della “prevedibilità in concreto” quale elemento di cui deve “mancare la mancanza”.

Posto poi, a sua volta, che la colpa specifica si basa sull'inosservanza di una norma giuridica “a finalità preventiva” con riferimento ad eventi del “tipo” di quello che si è in concreto verificato, ossia sulla “prevedibilità in astratto” della realizzazione di fatti di un certo tipo tuttavia “prevenibili”, sempre “in astratto”, osservando quella particolare regola scritta di diligenza, ciò significa, a ben vedere, che alla “prevedibilità” dell’evento da prevenire “presunta” nell'inosservanza della norma a finalità cautelare corrisponde logicamente, sul piano oggettivo, una situazione di “pericolo” con riferimento ad un evento di quel “tipo”, “pericolo” sempre “presunto”<sup>798</sup>. Onde, alla fine, si può ancora una volta concludere nel senso che *anche* la inosservanza della norma giuridica a finalità cautelare che sta alla base della c.d. colpa specifica può essere ricondotta alla logica del “pericolo presunto”<sup>799</sup>.

Alla stessa logica di “presunzione del pericolo” risponde a sua volta anche la categoria dei reati c.d. “aggravati dall’evento”. Nella astratta figura

<sup>798</sup> Che la condotta colposa integri sempre una situazione di “pericolo” con riferimento ad un evento “naturalistico”, *interno* o *esterno* al fatto di reato non importa (rispettivamente, a seconda che si tratti di reato colposo ad evento naturalistico ovvero di mera condotta), è affermazione comune in dottrina. Per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 502-518, *passim*. Si noti poi come la formula della “colpa presunta” sia generalmente utilizzata in dottrina *in maniera impropria*, ossia non con riferimento alla violazione di una regola di condotta legislativamente costruita per evitare un evento prevedibile del “tipo” – e quindi appunto “in astratto”, secondo la logica connessa alla struttura di una qualunque regola normativa – di quello che si è in concreto verificato, *ma alla violazione di una qualunque regola giuridica*, anche penale, da cui sia comunque derivato un evento previsto dalla legge come costitutivo di un reato colposo.

<sup>799</sup> Anche se qui non c’è ovviamente alcuna relazione con le problematiche specificamente connesse ai “reati di pericolo presunto”, posto che la “norma giuridica” la cui inosservanza costituisce in colpa l’autore del fatto può essere non solo una norma “incriminatrice” – il che avviene quando la situazione di “pericolo presunto” è contenuta in un fatto di reato “contravvenzionale” (si pensi alle contravvenzioni in materia di prevenzione di infortuni sul lavoro) – ma anche una norma di “diritto punitivo amministrativo” (come avviene per la maggioranza delle violazioni previste dal codice della strada); purché, ovviamente, si tratti sempre di norme che hanno la finalità di “prevenire” eventi del “tipo” di quello che si è in concreto verificato, costitutivo di un delitto colposo (in genere, omicidio colposo o lesioni colpose).

del c.d. “fatto di reato-base” è infatti con ogni evidenza insito l’elemento del “pericolo” di verificazione di un evento (“naturalistico”) del tipo di quello “aggravatore”, pericolo di cui pertanto si “presume” l’esistenza. Che sia così, si desume logicamente dalla considerazione che, se il fatto del reato-base non fosse, secondo l’*id quod plerumque accidit*, già astrattamente portatore *in sé* del “pericolo” di verificazione di “quel” particolare tipo di evento (aggravatore) previsto dalla norma incriminatrice e “ulteriore”, e quindi “estraneo”, rispetto allo stesso fatto-base non si potrebbe razionalmente spiegare perché il legislatore abbia previsto espressamente, sempre in astratto, proprio “quel” particolare tipo di evento naturalistico – e non altri – come “probabile” (meglio: “possibile in modo apprezzabile”) conseguenza della condotta costitutiva del fatto-base<sup>800</sup>. Muovendo da questa prospettiva, è allora facile ravvisare nella struttura dei reati aggravati dall’evento una *forte analogia* con la struttura della colpa specifica (ovviamente nei soli casi in cui l’evento aggravatore sia altresì costitutivo di un delitto colposo come ad es. avviene con gli eventi naturalistici di morte o di lesione). Ora, posto che ad una situazione di “pericolo” oggettivo di verificazione di un evento corrisponde la sua “prevedibilità”, ne consegue che, nella struttura del reato aggravato dall’evento, illecito previsto da una fattispecie incriminatrice *autonoma e diversa* rispetto a quella del reato-base<sup>801</sup>, la concreta “prevedibilità” dell’evento aggravatore costituisce un “elemento

<sup>800</sup> Nel caso in cui, viceversa, un certo fatto preveduto dalla legge come “delitto doloso” creasse non in astratto, *ma solo per le sue concrete modalità di realizzazione* una situazione di “pericolo” con riferimento agli eventi naturalistici di morte o di lesioni, l’ordinamento italiano prevede – come disposizione “di chiusura” dei delitti contro la vita e l’incolumità personale – l’art. 586 c.p. Ciò trova conferma nel rinvio operato dall’art. 586 all’art. 83 c.p. come ulteriore ipotesi di “colpa” (per i delitti), attraverso una semplificazione della regola di giudizio superabile, appunto, *in concreto* per la presenza di una delle situazioni previste dall’art. 45 c.p. (che evidenziano, conseguentemente, la “mancanza” nel caso concreto di una situazione di “pericolo”). Si ricordi tuttavia come, a differenza della colpa specifica, il criterio di imputazione per “colpa” *ex art. 83* non si muova in una logica “presuntiva” di pericolo (vedi nota 767).

<sup>801</sup> Che l’evento aggravatore costituisca *elemento essenziale* di una diversa figura di reato rispetto a quello base e non una sua circostanza aggravante è dimostrato dalla considerazione sistematica che, se così non fosse, l’art. 42 comma 3 c.p. non avrebbe più alcun ambito applicativo autonomo (se non in casi marginali) rispetto al criterio soggettivo di imputazione delle aggravanti di cui all’art. 59 comma 2 c.p.; ciò anche considerando che, storicamente, sono stati sempre i reati aggravati dall’evento a essere ricondotti sotto l’ambito applicativo dell’art. 42 comma 3 c.p., specialmente quando tale disposizione era indicativa di un’ipotesi di “responsabilità oggettiva”. Per la dimostrazione, in particolare, della riconducibilità della tipologia dei “delitti dolosi aggravati da una conseguenza non voluta” sotto lo schema normativo del “delitto preterintenzionale” di cui all’art. 43 si rimanda a TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 312-315.

negativo a contenuto negativo”, nel senso che – per l’integrazione dell’illecito c.d. aggravato – ne deve “mancare la mancanza”. Ciò significa che la punibilità è esclusa laddove venga provata, nel caso concreto, la “presenza della mancanza” della “prevedibilità” dell’evento c.d. aggravatore, ossia la sua concreta “imprevedibilità”, come fra l’altro espressamente stabilito dall’art. 45 c.p.

e) *L’elemento negativo a contenuto negativo come oggetto di prova contraria rispetto alla presunzione*

Un’ultima puntualizzazione, ma della massima importanza. Proprio in quanto elementi appartenenti alla “struttura” del “fatto tipico di reato”, non v’è dubbio che *anche gli “elementi negativi a contenuto negativo”*, al pari degli altri elementi essenziali-costitutivi della struttura del fatto di reato (positivi, a contenuto positivo o negativo, negativi a contenuto positivo), *rientrano sicuramente, in sede giudiziale, tra i “fatti” che costituiscono “oggetto di prova”* ai sensi dell’art. 187 c.p.p. Ciò significa anzitutto che la “presunzione” su cui si basano non può logicamente che essere una “presunzione relativa”, ossia *inuris tantum*, superabile cioè da quella “prova contraria” ammissibile per tutti, *indistintamente*, gli elementi essenziali del “fatto di reato” (art. 495 comma 2 c.p.p.); “prova contraria” che, data la struttura di elemento di cui, per l’esistenza del reato, deve “mancare la mancanza”, non può che consistere nella prova *positiva* della “presenza della mancanza” (ad es. la prova della mancanza in concreto del pericolo nei reati di pericolo presunto o dell’imprevedibilità in concreto dell’evento aggravatore nei reati aggravati dall’evento). Il che conferma altresì come, solo riconoscendo, in presenza di meccanismi “presuntivi”, la logica esistenza di “elementi negativi a contenuto negativo”, sia possibile affermare che – nel sistema penale – le “presunzioni” non possono che essere “relative” e mai “assolute” essendo queste ultime, per definizione, insuscettibili di prova contraria.

Scendendo poi, più in particolare, alla “collocazione sistematica” degli “elementi negativi a contenuto negativo” nell’ambito dei “fatti” che possono legittimamente costituire “oggetto di prova” *ex* art. 187 c.p.p., gli “elementi negativi a contenuto negativo”, per la loro natura intrinseca, non sono riconducibili al concetto – processuale – di “imputazione” (*ex* art. 417 lett. *b* c.p.p.), non trattandosi di “elementi di addebito” che, in quanto tali, “fondano” la “punibilità”, requisiti di cui si deve pertanto fornire la (piena) “prova positiva” della loro esistenza «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.); e di cui l’onere della prova mancante o insufficiente va pertanto a carico dell’accusa. In quanto viceversa comunque riconducibili alla categoria generale degli “elementi negativi” in senso

stretto, la cui “mancanza” è cioè necessaria per l’integrazione del “fatto di reato” e quindi per “fondare” la “punibilità” del suo autore, anche gli “elementi negativi a contenuto negativo” sono allora riferibili al *concetto di “punibilità”* di cui all’art. 187 c.p.p., in quanto elementi del “fatto di reato” la cui “presenza” la “*esclude*”<sup>802</sup>, onde la sicura, in quanto logica, ammissibilità

<sup>802</sup> All’art. 187 c.p.p., e in particolare al requisito della “punibilità” per ammettere la “prova contraria” nei reati di pericolo presunto, fa riferimento anche CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., p. 1436 ss. Mi sembra tuttavia che il ragionamento dell’Autore segua un *iter* argomentativo non risolutivo laddove non si muova dalla premessa – logica prima ancora che dommatica – che la “presunzione di pericolo” costituisca il fondamento di un vero e proprio “elemento negativo a contenuto negativo” della “struttura” dello stesso “fatto di reato” (rappresentato dalla “mancanza della mancanza” del “pericolo”) e quindi, in quanto suo requisito essenziale, per sua “natura” necessariamente (possibile) “oggetto di prova” *contraria*. Altrimenti ragionando, infatti, una volta che – correttamente – si afferma che non ci può essere “tipicità” senza “offesa” all’interesse protetto, interesse desumibile da *tutti e solo* gli elementi costitutivi del fatto di reato (cap. IV, 2 lett. c) e note 550, 786 e 811), non si saprebbe dove poggiare, sul piano strettamente dommatico, quella “*relativizzazione*” della “presunzione” del pericolo attraverso l’ammissione della “prova contraria” – come “diritto” dell’indagato-imputato – ritenuta dallo stesso Autore indispensabile per rendere “conciliabili”, armonizzandole, le – opposte – “esigenze di tutela” politico-criminali che stanno dietro alla tecnica dei reati di pericolo presunto con le “esigenze di garanzia” di coloro che ne sono indicati come autori.

Piuttosto, e sempre con riferimento al “diritto alla prova contraria” (quale specifica espressione del “diritto di difesa”), occorre anche risolutamente sottolineare come non sia affatto corretta l’affermazione che appartenga alla “disponibilità esclusiva” dell’indagato-imputato il potere di fornire la prova della mancanza del pericolo in concreto (in quanto “parte interessata” alla sua verifica processuale) affinché detta prova possa considerarsi processualmente “rilevante”. Come infatti si è già evidenziato (retro nota 751), non si deve infatti confondere, come viceversa spesso si fa in dottrina, tra “onere della prova” e un – (preteso, in quanto ritenuto “correlativo”, ma) *normativamente inesistente* – “potere di disposizione” della prova, nel senso che spetterebbe *in via esclusiva* alla parte onerata fornire la prova di qualunque fatto giuridicamente rilevante “favorevole” alla propria posizione processuale (ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, cit., p. 261 ss., spec. 264-265); per cui, nel processo penale, le prove “a carico” dell’imputato le dovrebbe fornire la pubblica accusa (per superare la “presunzione di innocenza”) mentre quelle “a discarico” la difesa (per pervenire all’assoluzione o alla improcedibilità). Il principio dell’“onere della prova”, che vale anche nel processo penale, è viceversa esclusivamente finalizzato a stabilire *su quale “parte processuale”*, accusa o imputato, graverà il “rischio” della “mancata prova” di un certo “elemento” appartenente alla “fattispecie di punibilità”, condizionando conseguentemente la “regola decisoria” (CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 987-997): nel senso, in particolare, che la mancata prova – “al di là di ogni ragionevole dubbio” – degli elementi che “fondano” la punibilità andrà a carico dell’accusa, mentre la mancata prova – anche sulla base della semplice “insinuazione del dubbio” – degli elementi che la “escludono” andrà a carico dell’imputato. Con la conseguenza che la parte onerata, pur non avendo il “potere di disposizione esclusivo” della prova favorevole alle sue pretese, ha pur sempre un “*interesse di fatto*” a fornirla in quanto parte che se ne avvantaggerebbe (interesse che si traduce nel c.d. “onere di allegazione”). Ciò significa allora che, se una prova è stata *validamente*, e

della “prova contraria” della “presenza” della loro “mancanza”; in particolare sottolineandosi come sia sufficiente, come *quantum* di prova, *anche l'insinuazione del semplice “dubbio”* (come si argomenta, in generale, per tutte le situazioni la cui presenza “esclude” la punibilità, dagli artt. 529-531 c.p.p., posto che si può condannare *solo* quando c'è la prova positiva della colpevolezza dell'agente “al di là di ogni ragionevole dubbio”); con la conseguenza che l'onere dell'assoluta mancanza di prova sull'esistenza degli “elementi negativi” – a prescindere dal loro “contenuto”, positivo o negativo e quindi anche nel caso degli “elementi negativi costruiti negativamente” – va sempre a carico dell'imputato.

### 3. La “quadripartizione” degli elementi del reato secondo la loro posizione sistematica e struttura interna

Da quanto finora detto, si può allora concludere nel senso che è teoricamente ipotizzabile una “quadripartizione”, già sul piano logico, degli elementi costitutivi del fatto di reato e della correlativa fattispecie di punibilità sulla base di *due differenti criteri* che si intersecano sovrapponendosi fra loro: da un lato, quello della loro “natura” o, meglio, della loro “posizione sistematica”, se cioè si tratta di elementi “positivi” (che debbono “esistere” in quanto “fondano” la punibilità) o “negativi” (che debbono “mancare” perché con la loro presenza la “escludono”); dall'altro, il criterio della loro “struttura”, se cioè si tratta di elementi “a contenuto positivo” o “a contenuto negativo”<sup>803</sup>.

quindi *legittimamente*, acquisita nell'ambito di un processo – si noti: di qualunque tipo (penale, civile o amministrativo) –, questa prova deve essere sempre presa in considerazione e quindi “utilizzata” dal giudice ai fini della decisione (art. 526 comma 1 c.p.p.), *indipendentemente* da chi sia la parte che la ha introdotta nel processo (e anche se andasse contro il suo interesse processuale). Che l'“iniziativa” di una certa prova possa provenire da qualunque parte processuale – e persino dal giudice (art. 507 comma 1 c.p.p.) – trova a sua volta una esplicita – e significativa – conferma, sul piano normativo-giuridico, nello stesso codice di procedura penale all'art. 358, laddove si prevede che il pubblico ministero ha il “dovere” di svolgere «*altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*» e quindi, in ultima analisi, di apportare al processo le eventuali prove a favore dell'imputato (tanto che si parla del p.m. come “organo di giustizia” – sul punto si veda *amplius* TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice”*, cit., pp. 337-339 – e non meramente di “accusa” come nei modelli processuali *adversary*).

<sup>803</sup> Analogamente a ciò che avviene, nell'ambito dei differenti “tipi” di reato dal punto di vista della loro “struttura”, con riferimento alla distinzione tra reati di “mera condotta” e reati “ad evento naturalistico”, da un lato, e reati “a forma libera” e “a forma vincolata”, dall'altro. In questa logica vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 249 ss. (che riprende sul punto CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., p. 296 ss.).

Da ciò consegue che gli elementi del reato e/o della fattispecie di punibilità non si debbono solo più distinguere semplicemente in elementi “positivi” e “negativi”, ma in:

1) *elementi “positivi costruiti positivamente”* (ad es. l’“uomo” nell’omicidio, la “cosa mobile altrui” nel furto, ecc.), algebricamente identificabili con la formula + (+X);

2) *elementi “positivi costruiti negativamente”* (ad es. la mancanza del consenso ossia, positivamente, il dissenso del titolare dell’interesse tutelato nella violazione di domicilio), algebricamente individuabili con la formula + (–X);

3) *elementi “negativi costruiti positivamente”* (ad es. le cause di giustificazione), algebricamente identificabili con la formula – (+X);

4) *elementi “negativi costruiti negativamente”* (ad es. il pericolo concreto nei reati c.d. di pericolo presunto), algebricamente identificabili con la formula – (–X).

Breve: la *stessa distinzione* tradizionalmente operata tra elementi “positivi” (a seconda che la loro struttura interna sia rispettivamente “positiva” o “negativa”) deve – il che non è stato finora evidenziato – essere ripetuta anche per gli elementi “negativi”<sup>804</sup>.

A questa “quadripartizione” degli elementi costitutivi del fatto di reato e della fattispecie di punibilità debbono poi, *in modo esattamente “speculare”*, essere aggiunte le categorie concettuali dei *corrispondenti “elementi negativi-impeditivi”*. Si possono così teoricamente evidenziare *quattro tipologie di elementi “negativi-impeditivi”*:

1. gli elementi “impeditivi” di un elemento “positivo costruito positivamente” (ad es., l’errore sul fatto di reato rispetto al dolo: art. 47 comma 1 c.p.)<sup>805</sup>;

<sup>804</sup> Riassumendo: per l’integrazione del fatto di reato, gli elementi “positivi costruiti positivamente” sono quelli di cui deve “esistere la presenza” [+ (+X)]; gli elementi “positivi costruiti negativamente” quelli di cui deve “esistere la mancanza” [+ (–X)]; gli elementi “negativi costruiti positivamente” sono quelli di cui deve “mancare la presenza” (come le cause di giustificazione: così ad es. è la “non presenza” della legittima difesa che determina l’integrazione del fatto di reato e, *a contrario*, la sua “presenza” ad escluderlo) [– (+X)]; infine, gli elementi “negativi costruiti negativamente” sono quelli di cui deve “mancare la mancanza” [– (–X)].

<sup>805</sup> A questo proposito, occorre ricordare come all’interno della categoria degli elementi “positivi costruiti positivamente”, la cui integrazione può essere esclusa dalla presenza di un elemento “negativo-impeditivo”, si debba *distinguere* tra elementi, da un lato, *esplicitamente previsti*, di cui si deve altresì dare la “piena prova” positiva della loro esistenza “al di là di ogni ragionevole dubbio” (si pensi al “dolo”, che può essere escluso dall’elemento negativo-impeditivo dell’errore sul fatto di reato: retro note 11 e 157) ed altri elementi sempre positivi, da un altro lato, che possono, a loro volta, essere previsti o “*esplicitamente*”, come

2. gli elementi “impeditivi” di un elemento “positivo costruito negativamente” (ad es., l’uccisione o il danneggiamento di «volatili sorpresi nei fondi» posseduti dall’autore del fatto «e nel momento in cui gli recano danno», situazione che impedisce l’integrazione del requisito «senza necessità»: art. 638 comma 3 c.p.);

3. gli elementi “impeditivi” di un elemento “negativo a contenuto positivo” (ad es., il «particolare dovere giuridico di esporsi a pericolo» rispetto al “pericolo”, requisito costitutivo della scriminante dello “stato di necessità”: art. 54 comma 2 c.p.);

4. gli elementi “impeditivi” di un elemento “negativo a contenuto negativo” (ad es., l’imprevedibilità e/o l’inevitabilità in concreto del fatto realizzato – art. 45 c.p. – con riferimento al criterio soggettivo di imputazione della c.d. “colpa specifica” per la cui integrazione deve “mancare la mancanza” del requisito della “prevedibilità”)<sup>806</sup>.

Con riferimento, in particolare, al concetto di elemento “negativo a contenuto negativo”, occorre a sua volta sottolineare come l’*autonomia dommatica e sistematica* di un simile requisito costitutivo della struttura, anzitutto, del fatto di reato (onde evitare il rischio, sempre incombente, che esso finisca per rappresentare niente altro che il mero “doppione in negativo” di un elemento “positivo”, ossia l’altra faccia dello stesso requisito, potendosi – almeno a prima vista – ritenere che la “mancanza della mancanza” di qualcosa

---

la coscienza e volontà della condotta (art. 42 comma 1 c.p., *esclusa* dalla presenza di una situazione di “forza maggiore” in senso lato) o (con specifico riferimento alla “fattispecie di punibilità”) l’imputabilità, come capacità di intendere e di volere (art. 85 comma 2 c.p., *esclusa* dalla presenza di una delle “cause di non imputabilità” tassativamente previste dagli artt. 88 ss. c.p.); ovvero che possono essere previsti “*implicitamente*”, come la conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto (*esclusa* dalla presenza dell’ignoranza inevitabile della legge penale: art. 5 c.p.). Elementi “positivi costruiti positivamente”, questi così individuati riconducibili sotto la seconda categoria, che – a differenza ad es., come detto, del dolo rispetto all’errore sul fatto di reato non debbono essere positivamente provati “al di là di ogni ragionevole dubbio”, ma – formano *oggetto di “presunzioni iuris tantum”* in quanto da ritenersi “esistenti”, e in particolare processualmente “provati” (“al di là di ogni ragionevole dubbio”), sulla base di “massime di esperienza” fondate sull’*id quod plerumque accidit, fino a prova contraria* (che ha come oggetto la presenza di un elemento “negativo-impeditivo”, costitutivo, nella *struttura* del fatto di reato o della fattispecie di punibilità, di una “causa di non punibilità”: vedi retro note 223, 767 e 820).

<sup>806</sup> Nel caso della “causa personale di non punibilità” prevista dall’art. 649 comma 1 c.p. per carenza di “legittimazione passiva” al reato “a contenuto negativo”, e quindi “elemento negativo” del fatto, l’art. 649 comma 3 c.p. prevede come “elemento impeditivo” della sua integrazione che i fatti costitutivi di delitti contro il patrimonio commessi nei confronti dei soggetti indicati nel comma 1 siano realizzati «con violenza alle persone».

si risolve algebricamente nella sua positiva “presenza”:  $-[-X] = +X$ <sup>807</sup> può rinvenirsi – come abbiamo già evidenziato – non solo (e, forse, non tanto) sul piano del c.d. diritto penale sostanziale, *quanto anzitutto del diritto processuale penale*; in particolare, con riferimento all’“onere della prova” (ricadendo la “mancata prova della mancanza” di detto elemento sull’imputato), al “*quantum* di prova” necessario per escludere la punibilità dell’imputato (nel senso che basta l’insinuazione del “dubbio” sulla sua presenza per escludere la responsabilità dell’imputato) e conseguentemente ad una “semplificazione” della “regola di giudizio” e quindi dell’“obbligo di motivazione” da parte del giudice (giudice che dunque bene motiva nel senso dell’affermazione della responsabilità dell’imputato nel caso di mera realizzazione di un fatto conforme a quello tipico sulla base dei soli elementi positivi che “fondano” la punibilità; sempre però che dagli atti del giudizio non emergano elementi da cui si ricavi la prova della – meglio: quantomeno il dubbio sulla – presenza dell’elemento “negativo a contenuto negativo” che dovrebbe invece assolutamente “mancare” per l’esistenza del reato). Il che significa, in particolare, che l’“autonomia”, reale ed effettiva, di detto elemento “negativo a contenuto negativo” si rinviene laddove il legislatore – si pensi ad es., oltre all’elemento, oggettivo, del pericolo nei reati di pericolo presunto, a quello, soggettivo, della prevedibilità in concreto dell’evento offensivo nella colpa per inosservanza di leggi – per le più diverse ragioni politico-criminali ritenga di dovere privilegiare, nella descrizione della fattispecie di responsabilità, meglio: nella individuazione della sua “funzione”, “schemi” *lato sensu* “presuntivi *iuris tantum*”<sup>808</sup>, nel senso di “condizionare” l’affermazione di respon-

<sup>807</sup> Che non sia così, trova conferma nella circostanza che, ad es. dal punto di vista dell’elemento soggettivo del reato, in particolare ai fini dell’integrazione del criterio soggettivo di imputazione costituito dal “dolo”, la “mancata rappresentazione della mancanza” di un certo elemento [algebricamente:  $-R (-X)$ ] *non equivale*, logicamente, a “rappresentazione della presenza” [algebricamente,  $+R (+X)$ ], trattandosi comunque pur sempre di elemento che, nella struttura dell’illecito, deve “mancare” perché ci sia “responsabilità” e quindi da qualificare propriamente come “negativo” (e non “positivo”). “Mancanza” che opera a livello sia del fatto oggettivo e dell’elemento soggettivo (dolo) sia della prova. Vedi retro cap. IV, 2 lett. a) e b).

<sup>808</sup> Se si trattasse, viceversa, di una presunzione *iuris et de iure*, cioè “assoluta”, ossia non superabile attraverso la prova contraria, quell’elemento, semplicemente, non essendo in alcun modo – per definizione – oggetto di accertamento da parte del giudice, non apparirebbe *tout court* alla “fattispecie di responsabilità”; in altri termini, non facendo parte del tipo, non entrerebbe nell’oggetto della prova, né “in negativo” – nel senso della mancanza assoluta della prova, ossia della prova negativa, della sua esistenza – per fondare la responsabilità, né “in positivo” – nel senso della presenza almeno di un principio di prova, ossia della prova positiva, della sua esistenza – per escludere la suddetta responsabilità. “Presunzione *iuris et de iure*”, a sua volta, da non confondere comunque concettualmente

sabilità (più esattamente, “in negativo”: di *irresponsabilità*) ad un *accertamento “a contenuto negativo”*: nel senso che non è l'accertamento della “presenza” di un elemento (“positivo costruito positivamente”: ad es. pericolo in concreto, “prevedibilità” del fatto) a “fondare” la responsabilità dell'autore del fatto *ma, al contrario, l'accertamento (sempre in “positivo”) della sua “mancanza” ad “escluderla”* (ad es., presenza della “mancanza del pericolo” in concreto ovvero presenza della “imprevedibilità” – “non prevedibilità” – in concreto del fatto cioè presenza del “caso fortuito”)<sup>809</sup>.

Si tratta dunque solo di una *particolare “tecnica legislativa”* di costruzione della “fattispecie di responsabilità”, *funzionale ad una semplificazione probatoria* e, conseguentemente, dell'obbligo di motivazione, fondata sull'*id quod plerumque accidit* come criterio di semplificazione della prova che sta alla base di tutti gli schemi “presuntivi” *iuris tantum* (si noti: in genere<sup>810</sup>, in tutte quelle situazioni dove c'è *lato sensu* una “presunzione di pericolo” con riferimento ad un certo “evento naturalistico” *esterno* rispetto al tipo di reato, evento da

---

con la vera e propria “finzione”. Laddove infatti si trattasse non di una presunzione ma di una vera e propria “finzione”, nel senso che la situazione per come descritta dal legislatore *nemmeno astrattamente secondo le comuni regole di esperienza potrebbe essere indicativa dell'esistenza di quel requisito*, non potrebbe logicamente mai ipotizzarsi la mancanza di quel requisito come elemento negativo del tipo, posto che esso non potrebbe, dal punto di vista naturalistico, mai inerire al fatto tipico.

<sup>809</sup> Trattandosi dunque, come visto (retro cap. IV, 2 lett. b) di veri e propri elementi appartenenti, in particolare, alla “struttura” dello stesso “fatto di reato”, la oggettiva presenza della loro mancanza o la (positiva) rappresentazione della loro mancanza esclude la stessa “tipicità” del fatto, rispettivamente, oggettivo e soggettivo; per cui non si può parlare, come pure fa parte della dottrina (a proposito ad es. dei reati di “pericolo presunto”) di fatto “apparentemente tipico” ma “in concreto non offensivo”, ma, senz'altro, *solo di fatto “atipico”*: in una parola, di un “non reato”. “Offesa” che però, occorre sempre ricordare, non è “elemento costitutivo” del reato (che si aggiunge agli altri: retro note 162 e 435), *ma suo “contenuto”* (così GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 444 ss. e 551 ss.). Ciò in quanto l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice (e la cui offesa in concreto è necessaria per l'esistenza del reato) si ricava dalla descrizione di *tutti gli elementi del fatto* (retro cap. IV, 2 lett. c) e nota 786); fatto nel quale vanno ricondotti, come requisiti costitutivi, tutti gli elementi, positivi e negativi; per cui se, ad es., nei reati di pericolo presunto è, in concreto, (oggettivamente) presente la mancanza del pericolo, si deve ritenere non integrato il “fatto” (prima ancora che il suo concreto contenuto offensivo).

<sup>810</sup> Se normalmente le “presunzioni *iuris tantum*” si fondano su “massime di esperienza”, ciò però *non avviene sempre*: si pensi, ad es., al differente ruolo che svolge il “caso fortuito” *ex art. 45 c.p.* nella colpa specifica o nei reati aggravati dall'evento, da un lato, e nella imputazione per colpa di cui all'art. 83 c.p., dall'altro, posto che in quest'ultimo caso la presunzione è funzionale *solo ad una semplificazione dell'onere probatorio e quindi della regola di giudizio*: retro nota 767.

“prevenire”<sup>811</sup>: reati di pericolo presunto, colpa per inosservanza di leggi, reati aggravati dall’evento, ecc.)<sup>812</sup>, schemi “presuntivi” utilizzati dunque – ancor prima della costruzione delle regole probatorie – *per la stessa costruzione delle fattispecie c.d. “sostanziali”*; dimostrando così, ancora una volta e da un’altra prospettiva, come diritto e processo penale si “tengano” vicendevolmente, essendo una certa “tecnica di costruzione” di qualsiasi fattispecie “sostanziale” funzionale anzitutto al suo accertamento processuale<sup>813</sup>.

#### 4. *La valenza processuale della tesi che le cause di “non punibilità” costituiscano “eccezione” alla “regola” della “punibilità”*

Un’ultima precisazione, ma di non secondaria importanza. Frequentemente si sostiene in dottrina che le “cause di non punibilità” in senso lato (categoria generica, comprensiva quindi anche anzitutto delle cause di giustificazione), la cui presenza “esclude” l’integrazione della fattispecie di responsabilità punitiva, trattandosi appunto di elementi “negativi”, costituirebbero “eccezione” alla “regola” della punibilità che discenderebbe dalla “presenza” di tutti – e solo – gli elementi che la “fondano” (nella mia co-

<sup>811</sup> Si ricordi poi che il “pericolo” non può mai concernere, come pure normalmente si dice, la “offesa” contenuto del reato, posto che *l’offesa al bene-interesse tutelato è sempre “lesione”*, mai “pericolo di lesione” a quel bene-interesse (così GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 454 ss. e FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, cit., pp. 552-553). Semmai si può correttamente parlare solo di “pericolo di danno”, intendendo però il “danno” – o formule analoghe come il “nocimento” – quale “evento di tipo naturalistico”, come si deve ritenere ai sensi dell’art. 133 comma 1 n. 2 c.p. Onde il pericolo – o il “rischio” – di qualcosa di cui è “probabile” la verifica in futuro – o termini equivalenti come l’“idoneità” dell’atto (nella struttura del tentativo) o l’“adeguatezza” della condotta (nella prospettiva della causalità) – deve sempre logicamente riferirsi ad un “evento naturalistico”. Che il “pericolo di danno” possa essere inteso come *ratio* dell’incriminazione è dunque senz’altro da escludere, posto che, se la *ratio* dell’incriminazione si identifica con l’“interesse tutelato” e l’oggetto di tutela si ricava dall’*insieme* di tutti gli elementi costitutivi del “fatto di reato”, un singolo elemento appartenente alla struttura del reato non ne può logicamente esaurire la *ratio*: retro cap. IV, 2 lett. c) e note 550, 658 e 786.

<sup>812</sup> Vedi TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., pp. 82-84 (diverso discorso va fatto invece per l’art. 83 c.p.: retro nota 767).

<sup>813</sup> Mi sembra importante, a questo proposito, pensare al collegamento di quanto ora detto con il principio di “verificabilità” probatoria: si veda ad es. la declaratoria di incostituzionalità del delitto di plagio, con cui la Corte costituzionale ha esplicitato l’autonomia di questo principio distinguendolo chiaramente da quello di “tassatività” nella descrizione dell’illecito (Corte cost., sent. 8 giugno 1981, n. 96: retro nota 558). Sulla “verificabilità” del fatto di reato come principio di “garanzia” vedi anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 94 ss.

struzione sistematica, da qualificare come elementi “positivi” del fatto e/o della fattispecie)<sup>814</sup>. Da ciò anche le teorie che vedono in particolare nelle “cause di giustificazione” situazioni previste da “norme di liceità” dell’intero ordinamento, norme che disciplinano fattispecie “autonome” – anche dal punto di vista dei “principi generali” e conseguentemente delle “garanzie” applicabili<sup>815</sup> – rispetto alle norme penali “incriminatrici”,

<sup>814</sup> Ciò almeno considerando, convenzionalmente, gli elementi che “fondano” *in senso stretto* la “punibilità”. *In senso lato*, infatti, possiamo dire che *tutti*, indistintamente, gli elementi che *delimitano* la “rilevanza giuridica” di un certo fatto, quindi non solo quelli “positivi” *ma anche quelli* “negativi” “fondano” la punibilità, anche se, appunto, *con diversa valenza*, rispettivamente “positiva” o “negativa”. Su questo punto vedi retro cap. IV, 1. Una parte della dottrina parla, in particolare, delle cause di giustificazione come di “eccezione alla regola” (ROCCO, *L’oggetto del reato*, cit., p. 535 ss.). Occorre tuttavia anche ricordare come Antolisei, al contrario, veda le cause di giustificazione come espressione di “principi generali” (retro note 338 e 356); idea probabilmente collegabile all’idea che sia viceversa proprio la norma incriminatrice l’“eccezione alla regola” della libertà di comportamento.

<sup>815</sup> “Garanzie” proprie del diritto penale e quindi delle “norme incriminatrici” che non sarebbero pertanto applicabili anche alle “cause di giustificazione”. Si pensi, in quanto appunto le si ritenga previste da “norme autonome di liceità” – oltretutto dell’intero ordinamento –, alla loro – affermata da larga parte della dottrina – *estraneità* rispetto all’ambito applicativo della “riserva assoluta di legge statale” e addirittura del divieto di “analogia”: vedi, per tutti i tripartiti e quadripartiti, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 318. Si ricordi, a questo proposito, anche quella giurisprudenza, non del tutto risalente (Cass. pen., Sez. II, 11 ottobre 1965, *Coreico*, in *Foro it.*, Rep. 1966, voce *Adulterio*, n.7; Cass. pen., Sez. V, 7 febbraio 1969, *Simonte*, in *Foro it.*, Rep. 1969, voce *Difesa legittima*, n. 22; Cass. pen., Sez. I, 21 aprile 1969, *P.m. c. Pellizzari*, in *Foro it.*, Rep. 1970, voce *Sentenza penale*, n. 224; Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 1972, *Marchese*, in *Foro it.*, vol. 95, 1972, pp. 368 ss.), che vedeva in tutte le “cause di non punibilità”, e in particolare proprio nelle “cause di giustificazione”, elementi “esterni” (ed “estranei”) rispetto al “reato” (al completo dei suoi requisiti costitutivi), la cui presenza avrebbe *solo* la “funzione” di “impedire” una “punibilità già sorta”, e quindi l’applicazione *in concreto* della pena per il reato commesso (cause di non punibilità di cui oltretutto ricadeva sull’imputato l’onere di darne la “piena prova”; sulla qualifica delle scriminanti come “elementi impeditivi” della punibilità” vedi CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., p. 84 e retro nota 11; *contra* GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 310). Tesi, a mio avviso, di per sé comunque inaccoglibile posto che, contribuendo a *delimitare* la “punibilità” di un certo “fatto” e quindi la sua rilevanza *normativa* come “reato”, le “cause di giustificazione” – siano o no previste da “norme autonome” (come ad es. avviene per l’esercizio di un diritto o per l’adempimento di un dovere), ma mai comunque di “liceità dell’intero ordinamento” (retro cap. II, 3 e nota 415) – godono delle “garanzie” previste (quantomeno) dall’art. 25 comma 2 c.p., che parla esplicitamente *tout court* di *soggetto punito* (per la commissione di un “fatto di reato”), facendo quindi riferimento a *tutte indistintamente* le situazioni che, a prescindere dalla loro “natura giuridica”, incidono sulla concreta “punibilità” di una persona e quindi *anche* le scriminanti (vedi anche TRAPANI, voce *Legge penale*. I) *Fonti*, cit., p. 9). Se tuttavia ciò è vero, occorre allora coerentemente pervenire alla conclusione che, incidendo *anche tutte le altre* “cause di non punibilità” (diverse dalle cause di giustificazione) sull’*an* della “punibilità”, anche ad esse debbono logicamente riferirsi

ossia a quelle che prevederebbero, “in positivo”, solo i fatti “costitutivi” di reato e le relative sanzioni<sup>816</sup>.

In realtà però la logica “regola-eccezione”, che starebbe dietro *ogni ipotesi di “non punibilità”* (con riferimento sia agli elementi costitutivi del “fatto di reato” sia agli elementi costitutivi della “fattispecie di punibilità”), a ben vedere *non ha alcuna rilevanza sul piano – “sostanziale” – della ricostruzione della “struttura” del fatto di reato o della fattispecie di punibilità*, dal momento che, ad es., per l’integrazione del fatto di reato, già a livello di previsione *astratta*, occorre tenere conto – appunto sul piano strutturale – di *tutti indistintamente gli elementi che comunque ne individuano, delimitandolo, il “significato normativo”*, e dunque non solo di quelli che debbono “esistere” (= elementi “positivi”) ma anche di quelli che debbono “mancare” (= elementi “negativi”) trattandosi in entrambi i casi di *condiciones sine qua non* per l’integrazione del fatto di reato (e lo stesso discorso deve ripetersi per la fattispecie di punibilità) e dunque non potendosi logicamente distinguere nell’ambito di elementi *tutti necessari* tra ciò che è “regola” e ciò che è “eccezione”<sup>817</sup>. *La relazione “regola-eccezione” ha viceversa una sua specifica rilevanza sul piano “processuale” delle “massime di esperienza” che regolano l’accertamento penale*. Infatti *normalmente* (nel senso di “regolarmente” da una prospettiva “statistica”)<sup>818</sup>,

---

tutte le “garanzie” previste dall’art. 25 comma 2 Cost. Così, si deve dire che la garanzia della “riserva di legge” vale anche per tutte le “cause estintive del reato” (oltre che della “pena”) *in via diretta*, e *non* per l’operatività del principio della “gerarchia delle fonti” (principio da cui discenderebbe che, se di un certo fatto si prevede la punibilità ad opera di una legge o di un atto normativo ad essa equiparato, la sua non punibilità *non* potrebbe allora essere stabilita da un atto normativo *gerarchicamente inferiore*, come un regolamento dell’esecutivo: così PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., pp. 49-50. *Melius re perspersa* mi allontanano dunque da quanto avevo sostenuto in TRAPANI, *op. ult. cit.*, p. 9).

<sup>816</sup> Così GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 3, laddove parla di norme ad efficacia “costitutiva” della punibilità, distinguendole da quelle ad efficacia semplicemente “modificativa” ed “estintiva” (vedi retro note 42 e 744). Lo stesso Autore esclude però categoricamente che ad es. le cause di giustificazione possano rientrare sotto la categoria delle norme penali ad efficacia “estintiva” della punibilità (ID., *op. ult. cit.*, p. 310); allo stesso modo di come ne esclude la “natura giuridica” di “elementi impeditivi” della punibilità (retro nota 815).

<sup>817</sup> In questa direzione, nella dottrina italiana, si muove NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., pp. 14-15. E, a differenza di quanto generalmente ritiene la dottrina tedesca, l’“eccezione alla regola” costituita dalla presenza di una causa di giustificazione (così WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 81, che tuttavia, con riferimento alla relazione “tipocausa di giustificazione”, preferisce parlare, anziché di “regola-eccezione”, di relazione “norma proibitiva-disposizione permissiva”, *Erlaubnissatz*) impedirebbe la punibilità sì nel caso “concreto”, *ma solo perché ciò è comunque già previsto a livello di previsione “astratta”*.

<sup>818</sup> Quella che sta dietro anche all’accertamento del nesso causale penalmente rilevante.

secondo quell'*id quod plerumque accidit* che sta alla base delle “massime di esperienza”, ad es., un fatto “tipico”, sul piano oggettivo e soggettivo, alla stregua dei suoi *sol*i elementi “positivi” è da ritenere senz’altro *già di per sé* costitutivo di reato, *a meno che* dagli atti del giudizio non emergano elementi da cui si possa desumere – anche se solo a livello di *dubbio* (trattandosi di elementi “negativi”)<sup>819</sup> – che nel caso concreto oggetto di verifica processuale esisteva una causa di giustificazione o un’altra causa, genericamente, di non punibilità inerente al fatto. Discorso che vale, *mutatis mutandis*, anche per la fattispecie di punibilità.

Concludendo, ciò significa però che, proprio alla stregua di quelle consolidate “massime di esperienza” che il giudice deve sempre tenere presente ai fini dell’accertamento della responsabilità punitivo-criminale dell’autore di un certo fatto, con riferimento a tutte le situazioni riconducibili sotto la generica categoria delle “cause di non punibilità” fra cui, in particolare, le “cause di giustificazione”, in quanto “elementi negativi”, *l’ordinamento ne presume sempre la “mancanza”*. Per cui, fino a che dagli atti del giudizio non emerga almeno un “principio di prova” sulla loro “presenza” in grado di superare la “presunzione”, bene motiva il giudice in ordine alla affermazione della “responsabilità” dell’imputato. Detto altrimenti, *secondo massime d’esperienza* l’accertamento della presenza di tutti – ed esclusivamente – gli “elementi positivi”, oggettivi e soggettivi, del “fatto di reato” è *di per sé non solo necessario ma anche sufficiente* ai fini dell’affermazione dell’esistenza dell’illecito penale. “Presunzione” *iuris tantum* di esistenza del “fatto di reato” (o della “fattispecie di punibilità”), dunque, superabile dalla “prova contraria” della “presenza” di una “causa di non punibilità”<sup>820</sup>. Ed è questa, a ben vedere,

---

Sul punto, vedi le acute riflessioni di GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 102 ss.

<sup>819</sup> Vedi retro cap. IV, 1.

<sup>820</sup> Dire – alla stregua della concezione “tripartita” del reato accolta dalla dottrina tedesca dominante – che un fatto “tipico” *indizia* oppure, secondo un’altra angolazione (comunque più aderente alla realtà normativa), è *ratio essendi* della sua “antigiuridicità”, tipicità e anti-giuridicità viste come due aspetti diversi e *successivi* in sede di accertamento del reato, può essere, in realtà, *più facilmente spiegato* nella prospettiva della “bipartizione” e delle *cause di giustificazione come “elementi negativi”* del fatto di reato. Infatti, che cosa si vuole dire ad es. seguendo Welzel (retro nota 11) con l’affermazione che la “tipicità” esprime di per sé un giudizio di “antinormatività” del fatto, ma non di sua “illiceità” finché non si è definitivamente accertata la “antigiuridicità” del fatto stesso per “mancanza” di “cause di giustificazione”?

A ben vedere, queste affermazioni rispondono alla logica del processo di incriminazione seguito dal legislatore e dei meccanismi procedurali di accertamento della esistenza di un fatto di reato, anzitutto secondo “massime di esperienza”. Infatti, gli *elementi “positivi”*

anche la stessa logica che sta dietro all'idea, risalente, che tutte le "cause di non punibilità", qualunque ne sia la "natura giuridica", e quindi anche le stesse cause di giustificazione, dovrebbero essere qualificate come "*elementi impeditivi*" della "punibilità" (ossia della astratta applicabilità della pena cri-

del fatto di reato, ossia quelli la cui "esistenza" è necessaria per l'integrazione dell'illecito penale, "fondandolo", sono anche quelli che debbono essere altresì "positivamente provati" "al di là di ogni ragionevole dubbio". Per cui ad es. la (piena prova della) causazione volontaria della morte di un uomo è un "fatto illecito" di "omicidio doloso", sempre che dagli atti del giudizio non emergano situazioni riconducibili sotto "cause di giustificazione". Detto altrimenti, *secondo massime d'esperienza* l'accertamento della presenza di tutti gli "*elementi positivi*", oggettivi e soggettivi, del "fatto di reato" è *di per sé non solo necessario ma anche sufficiente* ai fini dell'affermazione dell'esistenza dell'illecito penale (= fatto di reato). Si può allora anche dire che, secondo massime di esperienza, ossia secondo l'*id quod plerumque accidit*, data la presenza degli elementi positivi *si presume* l'esistenza del "fatto di reato". "*Presunzione*" che può essere *superata* solo dalla prova – attraverso almeno l'insinuazione del "dubbio" – della "*presenza*" di "*cause di giustificazione*", ossia di elementi che "escludono" il fatto di reato. Infatti, *in quanto "elementi negativi"* del "fatto di reato", ossia di elementi che debbono "mancare" per la sua integrazione, *anche dal punto di vista processuale*, per l'affermazione dell'esistenza del reato, non se ne deve "positivamente" provare la "mancanza"; ma, tutt'al contrario, *deve "mancare" (del tutto) la prova della loro "presenza"*.

Detto altrimenti, il "fatto di reato" (in quanto fatto "illecito penale") esiste *già* in presenza dei soli "elementi positivi"; solo la – *eventuale* – presenza delle cause di giustificazione ne esclude l'integrazione. Gli "elementi negativi" sono infatti tali in quanto, come *non debbono esistere* (= non debbono essere "presenti") perché possa ritenersi integrato il "fatto di reato", così – nella prospettiva processuale – *non si deve provare la loro "mancanza"*.

In quest'ottica, si capisce allora *anche* perché la "presenza" di "cause di giustificazione" è vista come "*eccezione*" alla "*regola*" della "antigiuridicità penale" *già insita* nella semplice realizzazione degli "elementi positivi" del "fatto di reato". Nel senso che, dati tutti gli "elementi positivi" costitutivi del fatto di reato, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, la "regola", secondo "massime di esperienza", è che ci sia il "fatto di reato", regola *derogata* dalla presenza, da ritenere appunto "eccezionale", di una causa di giustificazione, "eccezione" anch'essa sempre alla stregua di "massime di esperienza" (che stanno, non a caso, a base delle "presunzioni *iuris tantum*", superabili appunto dalla "prova contraria").

È questa infatti la "*logica*" *insita* negli "*elementi negativi*" in senso stretto, ossia in quei requisiti del fatto di reato che debbono "mancare" per la sua integrazione e di cui deve "mancare" l'accertamento processuale della loro presenza per la verifica dell'esistenza di un "fatto di reato". Detto altrimenti, gli "elementi negativi" sono, *per loro "natura"*, requisiti *meramente eventuali* del "fatto di reato" o, meglio, per l'integrazione del "fatto di reato" (per come astrattamente previsto dalla norma incriminatrice) da parte di un fatto *concretamente* realizzato.

Non è viceversa corretto, allora, parlare della "tipicità" come di un giudizio "provvisorio" di "antigiuridicità", che diventa "definitivo" in mancanza di cause di giustificazione, oppure di "tipicità" come espressione o "materia" della "proibizione in astratto" e di "antigiuridicità" come affermazione della "proibizione in concreto" (o, il che è lo stesso, della presenza di cause di giustificazione come "*mancato sorgere del dovere in concreto*", come ad es. dice WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., p. 80, in quanto integrative di "disposizioni di permesso" o "proposizioni permissive", *Erlaubnissätze*).

minale) genericamente intesa<sup>821</sup>. Conclusione giustamente respinta dalla maggioranza della dottrina, non solo in quanto di per sé assolutamente inutile per la sua genericità (limitandosi a *descrivere* l'effetto della presenza di una *qualunque* causa di non punibilità di “impedire”, appunto, l'integrazione della “fattispecie di punibilità” e quindi la stessa astratta applicabilità della pena criminale)<sup>822</sup>, ma anche perché se ne è correttamente individuata la rilevanza normativa solo sul piano propriamente processuale, in conformità d'altronde con l'originaria natura giuridica – e utilizzazione – di questa categoria di elementi<sup>823</sup>.

<sup>821</sup> Così già FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, cit., p. 86 ss., che distingue tra cause “*impeditive*” del “reato” e cause “*impeditive*” della sola “punibilità”. Più specificamente, di «cause *impeditive* della punibilità», le quali in quanto escludono (cioè non riferiscono al fatto) la punibilità, sono cause di esclusione del reato» parla anche PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., p. 685; allo stesso modo di Battaglini, che muoveva dal presupposto secondo cui, con l'allora “nuovo” codice penale del 1931, la “punibilità” doveva considerarsi un “elemento del reato”, al pari del fatto tipico e della colpevolezza (intesa comunque ancora in senso “psicologico”: BATTAGLINI, *Diritto penale*, cit., p. 191 ss.; v. anche retro note 13, 42 e 153). In questa stessa direzione si muoveva, sostanzialmente, anche quella giurisprudenza che vedeva nelle cause di giustificazione, ma anche ad es. nel caso fortuito, degli elementi “esterni” rispetto – addirittura – al “reato”, la cui presenza, se provata (oltretutto) “pienamente” (oggi: “al di là di ogni ragionevole dubbio”), “impediva” il sorgere della “punibilità” (retro nota 815).

<sup>822</sup> Una logica la si potrebbe forse riscontrare solo in quelle teorie che vedono nella “punibilità” un “elemento del reato” (si veda ad es. la risalente posizione “tripartita” di Battaglini – retro note 13, 42, 153 e nota precedente –, e, più di recente, la tesi della quadripartizione di Marinucci e della sua Scuola: retro note 6, 14, 153 e 155); anche se comunque il concetto di “elemento *impeditivo* della punibilità” *tout court* si risolverebbe sempre in una categoria concettuale *assolutamente generica* in quanto meramente “descrittiva” di un certo fenomeno. Mentre, come abbiamo visto (retro cap. IV, 3), dal punto di vista “sostanziale”, il concetto di “elemento *impeditivo*” è propriamente, e utilmente, riferibile ad una ben individuata – e circoscritta – categoria di elementi del fatto di reato e della fattispecie di punibilità rappresentata da quelle situazioni la cui “presenza”, appunto, “impedisce” l'integrazione di *un altro* elemento del reato o della fattispecie di punibilità (sia esso positivo o negativo).

<sup>823</sup> Con specifico riferimento alle “cause di giustificazione” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 307 ss. (e anche retro nota 815). In generale sul concetto di “elemento *impeditivo*” vedi CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 53-54.



## CAPITOLO QUINTO

### LA INTERDIPENDENZA TRA GLI ILLECITI PENALE, AMMINISTRATIVO E CIVILE E TRA LE RISPETTIVE “FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ”: SUA RILEVANZA AI FINI DELLA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA PENALE-CRIMINALE “INTEGRALE” E “INTEGRATO”.

#### LA GESTIONE “PRIVATISTICA” DELLA PENA CRIMINALE *EX POST FACTO* DA PARTE DELL’AUTORE DEL REATO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concorso tra illeciti penali, civili e amministrativi come conseguenza della loro interdipendenza strutturale. La peculiarità dell’art. 9 legge n. 689 del 1981. – 3. Dal “concorso reale di illeciti” e dal “cumulo di sanzioni” all’“alternatività” tra la pena criminale e le sanzioni esecutive extra-penali. La “estinzione della punibilità” come conseguenza della scelta del reo di “auto-applicarsi” una “sanzione esecutiva”. – 4. La “auto-applicazione” di sanzioni esecutive “civili” o “amministrative” come causa di estinzione della pena criminale. – 5. I rapporti tra la “prevenzione negativa” connessa alla minaccia della pena criminale e l’“onere” costitutivo della sanzione esecutiva. – 6. La pena criminale e il suo aspetto “simbolico”. Verso il definitivo superamento della visione “sacrale” del diritto penale? – 7. “Disponibilità della pena” da parte del reo e c.d. “giustizia riparativa” (*restorative justice*). Sua “disfunzionalità” rispetto ad un sistema criminale integrale e integrato finalizzato ad una prospettiva “utilitaristica” del diritto penale e della pena criminale. – 8. Il concetto di “materia penale”. Sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”, misure di sicurezza e misure di prevenzione come “sanzioni penali” in un “sistema criminale integrale e integrato”. – a) Introduzione. – b) Sanzioni “formalmente” amministrative e “sostanzialmente” penali secondo i c.d. “criteri Engel” dettati dalla Corte EDU. – c) “Materia penale”, misure di prevenzione *ante e praeter delictum* e misure di sicurezza. – d) I concetti di “sanzioni penali”, “materia penale” e “sistema penale”. – 9. Epilogo. La attuale “realtà normativa” di un “sistema criminale integrale e integrato” orientato ad una visione politica “utilitaristica” e “laica” della pena criminale.

## 1. *Introduzione*

Se il “fatto di reato” costituisce, come già sappiamo<sup>824</sup>, requisito essenziale non solo della “fattispecie di punibilità”, ma anche di *altre* “fattispecie di responsabilità”, come quella per le misure di sicurezza, le civili da reato (per il risarcimento del danno e le restituzioni), la amministrativa dell’ente per il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio<sup>825</sup>, occorre allora domandarsi se e fino a che punto le eventuali “interferenze” tra queste diverse fattispecie di responsabilità giuridica possano avere rilevanza *anche sul piano strettamente penale-punitivo*, ossia della “punibilità” prima e della concreta “punizione” dell’autore del fatto di reato poi. Così come occorre altresì domandarsi se, nonostante l’ancor oggi sostanzialmente indiscusso (quantomeno implicitamente) “principio” della “inderogabilità” (o, più aulicamente, “irrefragabilità”) come “carattere” intrinseco della “pena criminale”<sup>826</sup> (almeno per chi vede nella “retribuzione”, anche se non la funzione – magari esclusiva –, il “fondamento” della pena criminale)<sup>827</sup>, questa non possa viceversa essere “esclusa”, in particolare nel senso di (radicalmente) “estinta”, e quindi sostanzialmente “sostituita” – sia pure in presenza di ben determinati e specifici presupposti tassativamente indicati dalla legge –,

<sup>824</sup> Retro cap. I, 1.

<sup>825</sup> A queste fattispecie di responsabilità da reato poteva probabilmente essere avvicinata anche quella per “danno ambientale” (almeno nella sua prima formulazione del 1986), dal momento che essa sembrava ripetere nella sua struttura cadenze tipicamente “penalistiche”.

<sup>826</sup> L’“inderogabilità” come “carattere” della pena criminale è affermazione comune in dottrina, specie in quella tradizionale e più risalente: CARRARA, *Emenda del reo. Assunta come unico fondamento e fine della pena*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, cit., p. 189 ss., spec. p. 203 (che parla di “irredemibilità della pena”); nello stesso senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 702-703. Specifica che di “inderogabilità” della pena si può propriamente parlare solo con riferimento al fatto *astrattamente* preveduto come reato, come conseguenza della indissolubile connessione normativa tra illecito penale e punibilità (nel senso di astratta riferibilità della sanzione penale a un fatto di reato), PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., pp. 683-684; vedi anche retro nota 16). L’idea dell’inderogabilità della pena mi sembra stia dietro, sostanzialmente, anche al concetto, più moderno, della c.d. “meritevolezza” di pena (anche nella dimensione della sua “entità”): la pena cioè deve essere *sempre* applicata (ed eseguita) laddove il legislatore ritenga quel fatto, appunto, astrattamente “meritevole” di pena; e sempre naturalmente che non emergano situazioni la cui presenza esclude la “necessità” della pena.

<sup>827</sup> Vedono nella retribuzione il fondamento della pena criminale BETTIOL, *Il problema penale*, Trieste, Editrice Scientifica Triestina, 1945; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino Giappichelli, 1996; PETROCELLI, *La funzione della pena*, cit., *passim*.

dall'intervento di *altre risposte "sanzionatorie"*<sup>828</sup>; e, in caso di risposta affermativa, se solo ad opera di altre sanzioni comunque (sia pure *lato sensu*) penali-criminali<sup>829</sup> o anche – e si tratta dell'aspetto oggi forse più interessante e rilevante – *di natura giuridica diversa*, civili e/o amministrative; e ancora *se solo di natura "punitiva" o anche "esecutiva"*.

2. *Il concorso tra illeciti penali, civili e amministrativi come conseguenza della loro interdipendenza strutturale. La peculiarità dell'art. 9 legge n. 689 del 1981*

In via di premessa, occorre qui anzitutto sottolineare come la stretta "interdipendenza" tra i settori penale, civile e amministrativo dell'ordinamento – in particolare, laddove inverano diverse "tecniche" di "controllo sociale", tutte però finalizzate al mantenimento della "pace sociale"<sup>830</sup> – è plasticamente dimostrata da un lato, come detto, dalla circostanza che il "fatto di reato" costituisce elemento "essenziale" – oltre che della "fattispecie di punibilità" – anche di altre "fattispecie di responsabilità", normativamente qualificabili in modo diverso a seconda della *natura giuridica della*

<sup>828</sup> Ovviamente si fa qui riferimento ad *altre tipologie* di "conseguenze giuridiche" *normativamente* qualificabili come vere e proprie "sanzioni", tra le quali *non* possono essere evidentemente ricomprese le denominate "misure alternative alla detenzione" carceraria che rappresentano *solo modalità "alternative" di esecuzione della stessa "pena detentiva"* in carcere. Un discorso a sé merita viceversa la categoria delle "misure di sicurezza", se sanzioni di natura penale-criminale o di altro tipo o addirittura, tecnicamente, neppure sanzioni ma solo "misure preventive" (vedi retro cap. I, 6 e infra cap. V, 8 lett. c).

<sup>829</sup> Si ricordi come già in passato si fosse evidenziata la "fungibilità" in molti casi tra pene e misure di sicurezza (CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., p. 375 ss.; ma si vedano anche Corte cost., sent. 6 giugno 1975 n. 146, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 148 c.p. nella parte in cui prevede che il giudice, nel disporre il ricovero in manicomio giudiziario – o in manicomio comune o in una casa di cura o di custodia – del condannato caduto in stato d'infermità psichica durante l'esecuzione di pena restrittiva della libertà personale, ordini che la pena medesima sia sospesa; e Cass. pen., Sez. Un., 29 aprile 1978, laddove stabilisce la detraibilità dalla pena definitivamente inflitta del periodo trascorso in stato di privazione della libertà personale anche a titolo di applicazione provvisoria di misura di sicurezza). Quanto alla "detraibilità" tra pena detentiva e custodia cautelare in carcere (art. 137 c.p.), ciò trova la sua *ratio*, come mi sembra evidente, nel fatto che la custodia cautelare in carcere ossia la "carcerazione preventiva" (come ancora si esprime l'art. 13 comma 5 Cost.) è, *sostanzialmente*, una pena "anticipata"; anche se ciò non può essere formalmente sostenuto, se se ne vuole evitare la sua radicale illegittimità alla luce del principio costituzionale, sovranazionale e internazionale, della "presunzione di innocenza" (sino a condanna definitiva).

<sup>830</sup> Sulla "pace sociale" come condizione di esistenza e fine ultimo di giustificazione di qualunque ordinamento giuridico vedi capp. I, 15 e V, 3 e 4 e nota 926.

*conseguenza sanzionatoria* che ad esse si riconnette. Pluralità dunque di “fattispecie di responsabilità” anche di diversa “natura giuridica” (penale, civile, amministrativa), *ma che, avendo tutte in comune, fra i loro “elementi costitutivi”, l’integrazione di un “fatto di reato”,* possono – o meglio: debbono – essere anch’esse ricomprese in un concetto, sia pure in senso ampio, di “*sistema penale integrato*”, da intendere come *comprensivo di tutte indistintamente le “misure di contrasto” al fenomeno criminale, a prescindere dalla loro specifica “natura giuridica”,* se penale o extrapenale (e persino, forse, dalla loro stessa natura di “sanzioni” in senso stretto, come è probabilmente il caso delle misure di prevenzione *ante o praeter delictum*)<sup>831</sup>. Da un altro lato, al contrario, può essere che sia la

<sup>831</sup> Per contro, l’ordinamento prevede anche un “*aggravamento*” della punibilità laddove il reato sia commesso *dopo l’applicazione (con provvedimento definitivo) di una “misura di prevenzione”* (di natura – almeno secondo la maggioranza della dottrina – “amministrativa”; problema della effettiva “natura giuridica” che si pone anche per le “misure di sicurezza”: retro cap. I, 6; sul ruolo che tutte le “misure preventive” svolgono nel sistema penale vedi *amplius* infra cap. V, 8 lett. c), e quindi di un *quid* comunque “sfavorevole” seppure *diverso* dalle conseguenze penali in senso stretto (art. 71 d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, c.d. Codice antimafia). Ma ancora più importante è rilevare come questa “circostanza aggravante” in senso tecnico ad “effetto speciale” non solo sia “obbligatoria”, ma addirittura lo stesso art. 71 al comma 3 disponga che, alla condanna alla pena così aggravata, venga obbligatoriamente «aggiunta» (espressione usata nella stessa disposizione) una misura di sicurezza detentiva; finendo così per determinare, paradossalmente, una situazione “deteriore” dell’autore di un reato in precedenza semplicemente giudicato “pericoloso” in quanto “sospettato” di aver commesso un altro reato rispetto al “recidivo”, che comunque ha già subito una condanna definitiva prima della commissione del nuovo reato! Recidiva che prevede, almeno di regola, una aggravante “facoltativa”, ma di cui la giurisprudenza ammette pacificamente il *concorso* (omogeneo) con l’aggravante dell’art. 71 cit., sulla base della considerazione che le due circostanze non sono sovrapponibili poggiando su presupposti eterogenei (così Cass. pen., Sez. V, 8 luglio 2022, n. 26428). Di più, in presenza di un concorso omogeneo di circostanze aggravanti “ad effetto speciale” (come ad es. quella prevista dall’art. 71 cit. e la recidiva reiterata *ex* art. 99 comma 3 c.p., anch’essa “obbligatoria”), la Suprema Corte ha ulteriormente specificato come l’applicazione della misura di sicurezza detentiva, prevista come effetto automatico discendente dal riconoscimento dell’aggravante di cui all’art. 71, non venga meno neppure laddove questa aggravante risulti soccombente e quindi “assorbita” *ex* art. 63 comma 4 c.p. rispetto all’aggravante, sempre ad effetto speciale ma “più grave”, della recidiva reiterata con essa concorrente (Cass. pen., Sez. I, 25 maggio 2017, n. 26338).

Così come *conseguenze “negative” sul piano sanzionatorio penale* possono anche discendere da *situazioni rilevanti in sede civile o comunque extrapenale*: si pensi, ad es., al fatto di essere stato dichiarato “fallito”, posto che un indice della “personalità” del reo ai fini della determinazione della pena in concreto è costituito proprio dai suoi “precedenti giudiziari” in generale (art. 133 comma 2 c.p.), fra cui è, o meglio: era (vedi subito dopo), pacificamente ricompresa la “dichiarazione di fallimento”; *status* di “fallito” che, non a caso, poteva essere cancellato attraverso un procedimento di “riabilitazione” (oggi abrogato; così come, a far data dal 1° gennaio 2008 le stesse sentenze dichiarative di fallimento non sono più iscritte nel casellario). Senza contare infine come, in una prospettiva inversa, l’ordinamento preveda

*commissione di un illecito civile* a costituire *altresì* un fatto di reato (in presenza, in genere, anche di altri presupposti che si risolvono in elementi costitutivi del reato *ulteriori*, e dunque “specializzanti”, rispetto all’illecito civile) e quindi a determinare l’integrazione *anche* di una fattispecie di responsabilità penale-punitiva (come ad es. nel caso dei delitti di inadempimento di contratti di pubbliche forniture di cui agli artt. 251 e 355 c.p.)<sup>832</sup>; o, ancora, la *commissione di un illecito amministrativo* a costituire *anche* un fatto di reato e quindi a poter dar vita *altresì*, in presenza degli ulteriori presupposti eventualmente richiesti, ad una fattispecie di responsabilità penale in senso stretto, ossia di “punibilità” (si pensi ad es. al delitto tributario di omessa dichiarazione al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto quando l’imposta evasa è superiore – «con riferimento a taluna delle singole imposte» – ad euro cinquantamila, previsto all’art. 5 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74). Ciò senza contare che lo stesso fatto di reato che ha a suo fondamento un illecito civile o amministrativo può, a sua volta, in una prospettiva *inversa*, costituire presupposto anche per l’*ulteriore* integrazione delle fattispecie di responsabilità civile *da reato ex* art. 185 c.p.<sup>833</sup> o per l’applicazione

---

a sua volta *anche* l’applicabilità di altre sanzioni o comunque “conseguenze sfavorevoli” di natura giuridica “diversa” dalla pena criminale in presenza di illeciti penali, come ad es. la *indegnità a succedere* in caso di commissione di certi reati prevista dal codice civile; vedi anche retro nota 33. Alla quale è comunque riconnessa, ancora una volta non a caso, una *speciale ipotesi di “riabilitazione”* (parallela alla corrispondente “causa estintiva della pena”, dipendendo appunto l’indegnità civile dalla presenza di un reato).

<sup>832</sup> Nell’art. 251 c.p. l’inadempimento di un contratto di pubbliche forniture deve avvenire «in tempo di guerra» e «per i bisogni delle forze armate dello Stato o della popolazione»; nell’art. 355 c.p. a causa dell’inadempimento di un contratto, sempre di pubbliche forniture, il suo autore «fa mancare, in tutto o in parte, cose od opere, che siano necessarie a uno stabilimento pubblico o a un pubblico servizio». Si considerino anche i delitti di frode in pubbliche forniture (artt. 252 e 356 c.p.) e il delitto di insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.); reati che, avendo tutti alla base un “comportamento fraudolento” che precede la conclusione o accompagna la esecuzione di un contratto da cui deriva un ingiusto danno patrimoniale a carico di terzi, sono sicuramente *già di per sé* riconducibili sotto la fattispecie di “illecito civile” prevista dall’art. 2018 c.c. come ipotesi di “inadempimento contrattuale” (contratto a sua volta “annullabile” e/o “risolubile”). Così come il delitto di truffa (art. 640 c.p.), non fondandosi necessariamente su un contratto (a parte la truffa c.d. “contrattuale”), ma avendo anch’esso alla base un “comportamento fraudolento” da cui deriva un ingiusto danno patrimoniale a carico di terzi, è sicuramente *già di per sé* riconducibile sotto la fattispecie di “illecito civile” prevista dall’art. 2043 c.c. («Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto»); e, laddove il comportamento fraudolento determini la conclusione di un contratto, questo è *altresì* “annullabile” per “dolo” *ex* art. 1439 c.c.

<sup>833</sup> Così, ad es., laddove il delitto di inadempimento di contratto di pubbliche forniture da cui derivi un danno patrimoniale o non patrimoniale integri a sua volta la fattispecie di

delle misure di sicurezza o amministrativa dell'ente da reato (nei limiti indicati nel Capo I, Sezione III, d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231)<sup>834</sup>.

L'esistenza di una pluralità di “fattispecie di responsabilità” che prevedono “conseguenze sanzionatorie” di diversa natura, tutte comunque collegate alla commissione di un fatto di reato<sup>835</sup>, comporta, come primo effetto giuridico della loro “interferenza”, la teorica “convergenza” di una pluralità di sanzioni di natura diversa sullo stesso fatto storico, e quindi la possibilità – meglio: la *normale* applicabilità – di un “*cumulo di sanzioni*” non solo di “*natura giuridica*” diversa (penale, civile e amministrativa), ma anche

---

responsabilità civile da reato di cui all'art. 185 comma 2 c.p. Ponendosi però a sua volta il problema di quale sia allora la disciplina applicabile, se quella degli articoli 2018 ss. c.c. (ossia della c.d. “responsabilità contrattuale”) o quella della c.d. “responsabilità aquiliana” di cui all'art. 2043 c.c.

<sup>834</sup> A ciò si aggiunga come, a volte, è la *inosservanza* (= *violazione*) di un certo “procedimento amministrativo” a rendere costitutivo di reato un certo comportamento: si pensi al caso dell'aborto realizzato *fuori* delle procedure previste dall'ordinamento (legge 22 maggio 1978 n. 194); *osservanza delle procedure che comporta pertanto, viceversa, la mancata integrazione del reato*: ciò a prescindere – almeno in questa sede – dalla *qualificazione* dell'*inosservanza* delle procedure come elemento del reato “*positivo costruito negativamente*” ovvero dell'*osservanza* delle stesse procedure come vera e propria “*causa di giustificazione*” (ricordandosi come la “causa di giustificazione” possa *anche* essere costituita dall'*osservanza* di un certo procedimento amministrativo: per tutti vedi, nella dottrina italiana, A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, E.S.I., 2018).

Si pensi inoltre a tutti i casi in cui la legge penale prevede come reato – da sola o insieme ad altri elementi – l'*inosservanza di un provvedimento amministrativo* soltanto se *legittimamente adottato* dalla pubblica Autorità (vedi ad es. l'art. 650 c.p.); *per cui è la illegittimità (ossia la inosservanza) della procedura amministrativa a costituire fattore di esclusione della responsabilità penale*. Sul reato di “Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità” di cui all'art. 650 c.p. nella dottrina italiana si vedano per tutti G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, Giuffrè, 1970 e M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1980. Infine, come abbiamo visto (retro nota 831), ci sono situazioni in cui l'essere stato *già sottoposto con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione “praeter delictum”* – la cui *natura giuridica*, se amministrativa o sostanzialmente senz'altro penale-criminale, almeno in senso lato, è ancora oggetto di viva discussione (vedi infra cap. V, 8 lett. c) – costituisce *fattore di “aggravamento”* della responsabilità penale in caso di commissione di certi delitti in un determinato lasso temporale, quale “*circostanza aggravante*” del reato di applicazione “obbligatoria” alla quale si “aggiunge” una misura di sicurezza detentiva, determinando così, *paradossalmente*, una situazione “più sfavorevole” della stessa “*recidiva*” (retro nota 831); aggravante quest'ultima almeno *di regola* facoltativa e bilanciabile che lascia comunque al giudice un'amplessissima discrezionalità (artt. 99 e 69 comma 4 c.p.) e che ha come presupposto (attualmente, dopo la riforma ad opera dell'art. 4 legge 5 dicembre 2005 n. 251) la commissione di un fatto di “delitto non colposo” *dopo una condanna definitiva* per la commissione di altro “delitto non colposo” (art. 99 comma 1 c.p.).

<sup>835</sup> Per cui la dottrina parla a questo proposito di “pluridimensionalità dell'illecito” (vedi anche cap. V, 2 e note 244 e 847).

di “specie” diversa, come sanzioni “*esecutive*” e sanzioni “*punitive*”. Conclusione che discende dal fatto che l’*operatività del principio di “specialità”* (“in astratto”, ma anche “in concreto”)<sup>836</sup>, come *criterio logico* di risoluzione di teoriche, e quindi possibili, “antinomie” tra norme dello stesso sistema, è *limitata* dal “diritto positivo” *all’“interno” di un “singolo settore”* dell’ordinamento giuridico. In particolare, proprio con riferimento alle fattispecie di responsabilità, nessuno – almeno prima dell’entrata in vigore della legge n. 689 del 1981 (su cui vedi subito dopo) – aveva mai dubitato che, laddove uno stesso fatto storico ricadesse *contestualmente* sotto diverse fattispecie di responsabilità, civile, penale, amministrativa-punitiva, disciplinare, e quindi sotto le rispettive qualificazioni normative produttive di autonome e diverse conseguenze giuridico-sanzionatorie, *tutte* le norme corrispondenti andassero applicate “cumulativamente”. E ciò – si noti – *a prescindere dalla circostanza che tra le diverse “strutture” delle “fattispecie di responsabilità” (meglio: dei “fatti illeciti” che ne costituiscono il nucleo centrale e fondamentale) intercorresse o meno una relazione di “specialità”*. Quanto detto trova conferma anche a livello legislativo nel fatto che, se così non fosse, nonostante la fattispecie di responsabilità civile per danni da reato sia strutturalmente “speciale” rispetto a tutte quelle che ipotizzano fatti di reato come elementi delle relative fattispecie di punibilità<sup>837</sup>,

<sup>836</sup> Sul significato e la portata del “principio di specialità” c.d. “*in concreto*” (detto anche di specialità “reciproca” o “bilaterale”), che – nel settore penale dell’ordinamento – è espressamente previsto e disciplinato dall’art. 15 c.p., vedi per tutti GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 173-180 (il quale esattamente sottolinea come non vi sia viceversa bisogno di una specifica disposizione legislativa che preveda in via autonoma il principio di specialità c.d. “in astratto”, trattandosi di un “criterio logico” di “interpretazione” basato solo sull’astratto confronto “strutturale” tra diverse fattispecie; il che trova *conferma sistematica* nella circostanza che il principio di specialità in astratto *non è normativamente* previsto in nessuno degli altri rami dell’ordinamento giuridico, anche se la sua operatività non è stata mai ragionevolmente posta in dubbio da nessuno).

<sup>837</sup> In particolare, la fattispecie descritta dal comma 2 dell’art. 185 c.p. prevede come “elemento ulteriore” rispetto a tutte le fattispecie che ipotizzano fra il loro elementi costitutivi un “reato” la causazione di un “danno patrimoniale o non patrimoniale” come conseguenza della commissione dell’illecito penale. Conclusione valida anche laddove si ritenga che, tra la fattispecie di responsabilità civile per danni da reato e la fattispecie di punibilità di cui il reato è elemento costitutivo intercorra, in realtà, una relazione strutturale di “specialità” non “in astratto” ma “bilaterale” o “in concreto”. Infatti, si potrebbe affermare a questo proposito che, così come il “fatto di reato” *non esaurisce* la “fattispecie di punibilità”, essendo altresì necessaria la presenza anche di eventuali condizioni punibilità (laddove le si ritenga elementi “estranei” rispetto al “fatto di reato”: sul punto vedi retro cap. I, 2, 4 e 8), la conoscibilità del disvalore penale del fatto e l’imputabilità del suo autore, altrettanto si deve dire per la “fattispecie di responsabilità civile” di cui all’art. 185 comma 2 c.p., dovendosi fare riferimento anche ad altri requisiti che si ricavano dall’espresso “rinvio” alle “leggi civili”, rinvio non limitato alla possibilità di responsabilità civile per fatto altrui ma

è lo stesso ordinamento penale a prevedere la possibilità del “*cumulo delle sanzioni*”, penale e civile, nel momento in cui contempla *espressamente* la possibilità per il soggetto danneggiato da reato di costituirsi “parte civile” all’interno del processo penale<sup>838</sup>. Allo stesso modo, l’*applicazione congiunta* di sanzioni penali e amministrative con riferimento allo stesso fatto di reato è *espressamente* prevista anche dalla normativa sulla responsabilità amministrativa dell’ente da reato<sup>839</sup>.

anche sicuramente ad es. all’“imputabilità” dell’autore del fatto dannoso prevista e disciplinata in via autonoma dall’art. 2046 c.c. (retro cap. I, 4). Per cui sembrerebbe doversi concludere che, tra le due fattispecie di responsabilità da reato intercorra una relazione di “specialità bilaterale-reciproca” che, data la diversità degli interessi tutelati dalle due norme che le prevedono, dovrebbe portare ad un “concorso reale” di norme con conseguente “concorso di illeciti” e quindi ad un “cumulo di sanzioni”, penale-criminale e civile. In realtà, volendo approfondire ulteriormente, occorre ricordare come il concetto di “reato” di cui all’art. 185 comprenda *anche* la presenza di eventuali condizioni di punibilità e la conoscibilità del disvalore penale del fatto (retro cap. III, 2.4 lett. b) e d). Così come, a sua volta, già sappiamo (cap. I, 4 e retro nota 523) che, nell’interpretazione dell’art. 2046 c.c., i civilisti che si sono specificamente occupati di responsabilità civile usano, per stabilire quando si possa parlare di “imputabilità” secondo quella disposizione, sostanzialmente gli *stessi criteri* dettati in tema di imputabilità del fatto di reato *dal codice penale* (salvo per quanto concerne i minori di anni 14). Per cui, alla fine, si deve allora riconoscere che la “fattispecie di responsabilità punitiva” presenta in realtà gli *stessi elementi* richiesti *anche* dalla “fattispecie di responsabilità civile per danni da reato”, la quale ne prevede tuttavia *uno ulteriore*: la causazione di un “danno patrimoniale o non patrimoniale” risarcibile come conseguenza della commissione di un reato. Ma, stando così le cose, è allora chiaro che la *fattispecie di responsabilità civile da reato è strutturalmente “speciale in astratto” rispetto alla “fattispecie di punibilità”*. Tuttavia il fatto che ci sia qui comunque, ai sensi dei codici penali, sostanziale e processuale, un “concorso di norme” e quindi un “concorso di illeciti” con relativo “*cumulo delle sanzioni*” dimostra così, ancora una volta, come il “principio di specialità” – in astratto o in concreto non importa – possa *normativamente* operare, *come regola generale, solo all’interno dello stesso ramo dell’ordinamento giuridico, salvo* che il legislatore non decida altrimenti in via di “eccezione” (come appunto accaduto nell’ordinamento italiano con l’art. 9 legge n. 689/1981 e l’art. 19 d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74 in materia tributaria).

<sup>838</sup> Occorre tuttavia ricordare sempre come, a seconda che il danneggiato ritenga di far valere la sua pretesa al risarcimento in sede penale o direttamente nella sede propria civile, cambia il sistema delle prove: retro cap. II, 2.

<sup>839</sup> Si vedano gli artt. 9-23, 36 e 69 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. L’applicabilità “*cumulativa*” della sanzione penale e di quella amministrativa pecuniaria da parte del giudice penale è pure prevista, in via generale, dall’art. 24 legge n. 689/1981, «qualora l’esistenza di un reato dipenda dall’accertamento di una violazione non costituente reato» ma solo laddove si tratti di illecito amministrativo per cui è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria. Per il “concorso” di sanzioni penali e amministrative con riferimento alla materia tributaria, anche se ad opera di organi diversi, vedi a sua volta l’art. 21 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Si ricordi infine l’art. 168-*quater* c.p. che, a proposito dell’istituto della sospensione del processo con messa alla prova, dispone al comma 3 che «L’estinzione del reato [in seguito all’esito positivo della prova: comma 2] *non pregiudica l’applicazione delle sanzioni amministrative*

Solo con l'art. 9 della legge n. 689 del 1981 (c.d. di "depenalizzazione"), il legislatore italiano ha introdotto una "eccezione" a questa regola<sup>840</sup> – non a caso "espressamente" (secondo quanto disposto dall'art. 14 disp. sulla legge in generale) –, stabilendo per la prima volta l'operatività del "principio di specialità" (a mio avviso, non solo "in astratto", ma altresì "in concreto")<sup>841</sup> anche tra norme penali incriminatrici e norme punitive amministrative – più precisamente: tra una "disposizione penale" e una "disposizione punitiva amministrativa" quando hanno ad oggetto uno "stesso fatto" come recita appunto l'art. 9 comma 1 cit.<sup>842</sup> – (limitatamente però alle sole disposizioni punitive di fonte statale)<sup>843</sup>, ossia tra norme appartenenti a settori diversi dell'ordinamento giuridico, stabilendo *tout court* la prevalenza e quindi l'applicazione esclusiva della norma "speciale", precludendo così *a monte* la stessa ipotizzabilità sul piano normativo di un "concorso" di sanzioni (punitive) con riferimento allo stesso "fatto"<sup>844</sup> e quindi un "concorso reale", più specificamente: "formale"

*accessorie*, ove previste dalla legge); previsione che, argomentando *a contrario*, ha come logico presupposto la "normale" – e generale, almeno «per i reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale» cui è appunto riferibile l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-bis comma 1 c.p.) – applicabilità "cumulativa" della pena criminale e della sanzione amministrativa (quantomeno di quella "accessoria"; per cui si deve implicitamente ritenere che la sanzione amministrativa "principale" rimanga anch'essa "estinta" in caso di "estinzione del reato") laddove ovviamente lo stesso fatto concreto sia riconducibile contestualmente sotto un illecito penale-criminale e un illecito amministrativo. Estinzione del reato che a sua volta presuppone poi logicamente l'accertamento della realizzazione del reato (o comunque del "fatto imputato" se qualificabile anche come illecito amministrativo).

<sup>840</sup> Vedi infra nota 842.

<sup>841</sup> A favore dell'operatività dell'art. 9 anche in caso di specialità "in concreto" (o "reciproca") vedi, per tutti, DOLCINI, *Art. 9*, in DOLCINI-GIARDA-F. MUCCIARELLI-PALIERO-E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, Ipsa, 1982.

<sup>842</sup> Statuisce l'art. 9 comma 1 cit.: «Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale».

<sup>843</sup> Dispone infatti l'art. 9 comma 2 legge n. 689/1981: «Tuttavia quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali», ossia sia aperta da una "clausola di sussidiarietà espressa".

<sup>844</sup> Un problema non adeguatamente affrontato dalla dottrina si pone per il caso in cui, in particolare, il rapporto di "specialità" si riferisca non alla struttura dei due illeciti, il penale e l'amministrativo, ma solo ai rispettivi "contenuti sanzionatori"; il che può avvenire laddove

(o “ideale”), di norme punitiv<sup>845</sup>. Disposizione poi sostanzialmente ripetuta nel suo contenuto precettivo anche dall’art. 19 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, con specifico riferimento ai rapporti tra delitti e illeciti amministrativi tributari<sup>846</sup>.

Quella dell’art. 9 l. n. 689/1981 è una disposizione di cui non è stato sufficientemente colto il *significato dirompente e addirittura, sotto certi profili, “rivoluzionario”* nell’ambito dell’ordinamento italiano, della cui effettiva portata ancora molti stentano a rendersi conto, anche perché il legislatore successivo al 1981 per evidenti ragioni pratiche vi ha spesso “derogato”, ritornando al “cumulo” tra sanzioni penali e amministrative<sup>847</sup>. Il che conferma

---

l’illecito penale sia *strutturalmente “identico”* rispetto all’illecito amministrativo, risultando *in rapporto strutturale di “specialità” solo le rispettive “sanzioni”*. Discorso evidentemente possibile – salvo che non si tratti di reati editualmente puniti solo con la pena pecuniaria (essendo anche la sanzione amministrativa principale una sanzione pecuniaria) – *solo con riferimento alle “sanzioni accessorie”* (ciò anche per effetto dell’art. 20 legge cit.). Si pensi ad es. al rapporto tra la destituzione del notaio e la sua interdizione dai pubblici uffici laddove abbia commesso un falso ideologico: applicabilità della sola sanzione speciale o cumulo delle sanzioni accessorie?

<sup>845</sup> Sul “concorso formale” di norme e quindi di “sanzioni punitive” vedi viceversa nota 847.

<sup>846</sup> Art. 19 d. lgs. n. 74/2000: «PRINCIPIO DI SPECIALITÀ – 1. Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale. 2. Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell’articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1977, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato».

<sup>847</sup> Quando il legislatore prevede, *per uno stesso fatto e “in deroga” all’art. 9*, l’applicabilità “cumulativa” *sia di una sanzione penale che di una sanzione amministrativa “pecuniaria”*, in particolare *esplicitamente* qualificate come tali (si pensi alla materia degli illeciti finanziari, come ad es. l’abuso di informazioni privilegiate, che è delitto punito molto severamente dall’art. 184 TUIF e *anche* illecito amministrativo sanzionato con una sanzione amministrativa pecuniaria dall’art. 187-bis TUIF), ciò significa che quell’unico fatto è *normativamente qualificabile, contestualmente*, sia come *illecito penale* che come *illecito amministrativo*. Ciò comporta allora, sempre *normativamente*, un “concorso formale” di “illeciti” e un “cumulo” di “sanzioni” (nell’esempio dell’abuso di informazioni privilegiate, la deroga all’art. 9 è operata *indirettamente* attraverso il ricorso alla clausola «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», con cui si apre l’art. 187-bis TUIF. A loro volta, le sanzioni amministrative accessorie che conseguono all’applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria sono previste dall’art. 187-*quater*). Il problema è, però, se tale soluzione non contrasti a sua volta col principio del *ne bis in idem*; in particolare, considerando come, da un lato, si tratti di un *unico* fatto di illecito, *strutturalmente identico*, sia in campo penale che amministrativo (*a differenza* delle situazioni che darebbero luogo ad un concorso formale di reati e di illeciti in senso tecnico, e *non* a un mero concorso “apparente” di norme, laddove un *unico fatto materiale* sia *normativamente qualificabile, nella sua globalità*, proprio alla stregua

di una “pluralità” di norme “punitive”); dall’altro, considerando come, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la “materia penale”, cui riferire l’insieme di “garanzie” previste dalla stessa CEDU, *compreso il divieto di “bis in idem”*, valga non solo per la materia penale in senso stretto ma *anche* per la materia *punitiva amministrativa*, cui sono riconducibili, sicuramente, *anche* le sanzioni amministrative *accessorie* (e, aggiungerei io, oggi anche la sanzione pecuniaria *civile*, anch’essa di natura “punitiva”: retro note 202 e 305), *a prescindere* dalla qualificazione *formale* operata dal legislatore *interno* (ossia dal diritto positivo c.d. “territoriale”).

*Rebus sic stantibus*, e considerando – per presupposto – l’*assoluta identità strutturale* tra l’illecito penale (in particolare contravvenzionale) e quello amministrativo, una disciplina di sostanziale “duplicazione sanzionatoria” appare allora difficilmente compatibile con il divieto del *bis in idem* stabilito dalla CEDU (e dalla Carta dei Diritti fondamentali della UE).

Conclusione che potrebbe trovare conforto nell’art. 9 legge 689/1981, che sancisce – non a caso, con una anticipazione della stessa giurisprudenza CEDU – l’operatività del *principio di specialità* tra disposizioni penali criminali e disposizioni punitive amministrative, escludendo quindi a monte la stessa ipotizzabilità di un concorso di sanzioni (punitive) con riferimento allo stesso “fatto”. In questi casi tuttavia in cui il *legislatore deroga espressamente all’art. 9* si dovrebbe solo vedere se tale applicazione congiunta delle sanzioni penali e amministrative sia legittima alla stregua della giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all’ampio concetto, da questa accolto, di “materia penale”.

Piuttosto, forse, si potrebbe anche sostenere che il *ne bis in idem* varrebbe solo con riferimento ad un concorso di sanzioni punitive “principali” (a prescindere poi dall’ulteriore grave problema dell’“assorbimento” della pena carceraria nella sola sanzione pecuniaria *ex art. 9 cit.*: infra nel testo), posto che, se così non fosse, con specifico riferimento alla materia penale-criminale in senso stretto, l’idea stessa delle “pene accessorie” come meri “effetti penali della condanna”, quindi di *automatica* applicazione, dovrebbe ritenersi illegittima. Ciò comporterebbe allora, in una prospettiva sistematica, la legittimità *anche* dell’applicazione “*congiunta*” di una pena *criminale* “principale” e di una sanzione *amministrativa accessoria* (*salvo* vedere poi se valga ancora il principio di specialità *ex art. 9 anche tra due sanzioni “accessorie”*, una penale e l’altra amministrativa, di *identico contenuto*, come si ricava dall’art. 20 comma 1 legge n. 689/1981: «*Sanzioni amministrative accessorie* – L’autorità amministrativa con l’ordinanza-ingiunzione o il giudice penale con la sentenza di condanna nel caso previsto dall’art. 24 [su cui vedi retro note 118 e 370], *può* applicare [a differenza delle pene accessorie criminali, che sono di applicazione obbligatoria, anche in sede di esecuzione: art. 676 comma 1 c.p.p.], *come sanzioni amministrative*, quelle previste dalle leggi vigenti, per le singole violazioni, *come sanzioni penali accessorie*, quando esse consistono nella privazione o sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell’amministrazione»; alle quali si deve aggiungere la confisca la cui, sia pure parziale, identità di contenuto con la confisca misura di sicurezza e pena criminale accessoria si ricava direttamente dalla previsione dello stesso art. 20 comma 3. Conclusione cui dovrebbe pervenirsi, anzitutto, sulla base della considerazione della diversa “finalità” delle sanzioni punitive “principali” e “accessorie” (anche se, è noto, la qualifica *normativa* di “principali” serve non ad individuare una pena più severa – posto che, *di fatto*, le pene principali potrebbero viceversa essere socialmente o dal singolo destinatario sentite come meno “incisive” delle accessorie –, ma solo a consentire di qualificare un certo illecito come penale o amministrativo; essendo assai spesso le pene accessorie molto più severe delle principali, specie se “pecuniarie”: retro nota 119).

Lo stesso dovrebbe, *a fortiori*, valere in caso di sanzione “*accessoria*” amministrativa *di natura*

altresì, *ex adverso*, come l'idea – assai diffusa – che il principio di specialità, quale criterio di risoluzione di possibili “antinomie”, operi solo all'interno dello stesso settore dell'ordinamento giuridico non risponda ad un criterio di logica giuridica e quindi di teoria delle norme (come tale “inderogabile”), ma, al contrario, *sia solo il “diritto positivo” di ciascun ordinamento a stabilire se e in che limiti il “principio di specialità” operi e se operi anche fra settori diversi dello stesso ordinamento giuridico*<sup>848</sup>. Si tratta quindi di una opzione di stretto diritto posi-

“ripristinatoria” (= sanzione “esecutiva”), data quantomeno l'*eterogeneità della finalità* delle sanzioni “punitive” (principali *ed* accessorie) ed “esecutive”.

Ci si deve anche chiedere però che accade se l'*illecito amministrativo* prevede direttamente come sua conseguenza *solo una “sanzione esecutiva”* (come la “demolizione” o la “rimessione in pristino” di qualcosa). Vale anche qui il “principio di specialità”? La risposta dovrebbe essere negativa, dal momento che l'art. 9 comma 1 – che, si ricordi sempre, introduce una disciplina “eccezionale” – utilizza espressamente il termine “*punito*”, facendo quindi riferimento, letteralmente, solo ai casi di illeciti, penali e amministrativi, ma comunque “sanzionati” *solo* da una “sanzione punitiva” (come la “sanzione pecuniaria amministrativa”, che, si ricordi altresì, costituisce la sanzione “principale” che consente di qualificare un fatto come illecito “amministrativo”; *non* servendo allo scopo la “sanzione amministrativa accessoria” che, come dice l'art. 20 legge cit., si ricava, *contenutisticamente*, attraverso un “rinvio” alle “pene accessorie” previste per l'illecito penale, il che determina la pratica impossibilità di una distinzione e quindi di una qualificazione di un *quid* come sanzione amministrativa accessoria, se non utilizzando il criterio sistematico della sua collocazione in un contesto normativo accanto ad altre sanzioni qualificate sicuramente come amministrative). Ma il problema rimane per quegli “illeciti amministrativi” direttamente “puniti” con una “sanzione accessoria” di natura amministrativa (e comunque “punitiva”), ma *diversa* da quella contenutisticamente identica alle “pene accessorie” eventualmente previste per quel reato, come la “destituzione” del notaio, laddove però, come detto, la sanzione amministrativa accessoria sia la sanzione “esclusiva” per quel tipo di illecito (che nel caso della destituzione del notaio è però un illecito disciplinare). Vedi anche retro nota 844. Si ricordi poi come vi siano anche casi in cui il legislatore, senza previamente qualificare l'illecito penale altresì come illecito amministrativo, preveda direttamente come conseguenza del reato, accanto alla pena criminale, una sanzione amministrativa “accessoria” *ma di natura “punitiva”*. Si pensi a certe violazioni del codice della strada in cui, accanto alla pena criminale, la norma incriminatrice stabilisce l'applicazione anche delle “sanzioni amministrative accessorie” – così formalmente qualificate – della sospensione o della revoca della patente di guida (ad es., artt. 9-*bis*, 9-*ter* e 186 lett. *b*) e *c*) codice della strada). In questa logica si veda, ad es., l'art. 222 comma 1 d. lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (Codice della strada) il quale stabilisce, in via generale, che, «Qualora da una violazione delle norme di cui al presente codice derivino danni alle persone, il giudice applica con la sentenza di condanna le sanzioni amministrative pecuniarie previste, nonché le sanzioni amministrative accessorie della sospensione o della revoca della patente». Non v'è dubbio che, anche in questi casi, si sia in presenza di un “concorso formale di illeciti” penale e amministrativo e del correlativo “cumulo delle sanzioni” in deroga all'art. 9 legge n. 689/1981.

<sup>848</sup> Con riferimento al principio di “specialità in concreto” nell'ordinamento penale è d'altronde lo stesso art. 15 c.p. a delimitarne l'operatività attraverso l'inciso finale «salvo che sia altrimenti stabilito» (*scil.*: dalla legge). Sul principio di “specialità in concreto” o “bila-

tivo rimessa all'esclusiva potestà del legislatore e quindi alla sua discrezionalità politica, come è appunto dimostrato, nell'ordinamento italiano, proprio dall'esistenza dell'art. 9 cit.

L'operatività del principio di specialità ai sensi dell'art. 9 legge n. 689/1981 tra norme/disposizioni penali incriminatrici e norme/disposizioni punitive amministrative mette in chiara evidenza poi a sua volta la stretta interdipendenza tra illeciti sanzionati con pena criminale (= reati) e illeciti punitivi amministrativi. Ciò è spiegabile, storicamente, anzitutto sulla base della considerazione che, sempre muovendo da una prospettiva di "sistema", il "diritto" delle misure di "prevenzione" e "repressione" di ciò che convenzionalmente chiamiamo "crimine" si trova collocato tra due estremi: da un lato, ciò che, per la sua ritenuta intrinseca gravità, anzitutto sociale, è normativamente qualificato dal legislatore, in un certo momento storico, come "reato", in particolare come "delitto"<sup>849</sup> e quindi "punibile"; dall'altro ciò che, pur non essendo formalmente reato, va comunque "sanzionato" in quanto ritenuto pur sempre "meritevole" di essere qualificato come "illecito" – *normalmente*<sup>850</sup> – di "diritto pubblico". Il che può avvenire, anzitutto, sul piano del diritto "punitivo amministrativo", che si occupa di quegli illeciti che, seppure *da prevenire* attraverso la minaccia di applicazione di una sanzione "punitiva", non raggiungono quella "soglia di gravità" (costituita quantomeno dal "pericolo di offesa" alle condizioni minime di convivenza sociale e quindi, in ultima analisi, ai "diritti umani fondamentali", in via di-

---

terale" vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 173-180 (vedi anche nota 836).

<sup>849</sup> In realtà una corretta "politica criminale" alla luce della precisa indicazione costituzionale del diritto penale come *extrema ratio* di tutela ai sensi dell'art. 13 comma 2 Cost. dovrebbe logicamente prevedere come costitutivi di "reato" solo gli illeciti *più gravi*, nel senso di *socialmente intollerabili in un certo momento storico* (in quanto in violazione delle *condizioni minime* di esistenza di quella certa società: retro note 113, 323 e 355); con la logica conseguenza che il legislatore dovrebbe allora espungere dall'ambito del penalmente sanzionato i reati contravvenzionali: nel senso, se costitutivi di fatti (ritenuti socialmente) gravi, di trasferirli nel novero dei "delitti"; nel caso contrario, farne senz'altro oggetto di una procedura di "depenalizzazione", trasformandoli in illeciti punitivi amministrativi.

<sup>850</sup> Si consideri infatti che, almeno negli ultimissimi anni, accanto alle "sanzioni punitive amministrative" (normativamente definite "sanzioni amministrative pecuniarie", ai sensi dell'art. 1 legge n. 689/1981; nei testi legislativi più risalenti si parla anche *tout court* di "pena pecuniaria"), l'ordinamento giuridico italiano conosce, come sanzioni da utilizzare per gli illeciti penali-criminali "depenalizzati", anche "sanzioni *punitive di diritto privato*". Si pensi, ad es., alla categoria giuridica di recente introduzione nell'ordinamento delle denominate "sanzioni pecuniarie civili", previste per fatti prima costitutivi di reato e oggi depenalizzati: vedi retro nota 135.

retta o indiretta)<sup>851</sup> da rendere viceversa “necessaria”, nella prospettiva costituzionale e di politica criminale del diritto penale come *extrema ratio* di tutela, la previsione di una “sanzione punitiva criminale”. Fra il diritto penale-criminale in senso stretto e il diritto punitivo amministrativo – e anche a prescindere dal diritto delle “misure di prevenzione” *ante* o *praeter delictum* (la cui “natura giuridica” continua ad essere incerta)<sup>852</sup> – vi è comunque una “zona grigia”, nel senso che ricomprende fatti che, pur da considerare – e storicamente considerati da sempre – come “illeciti di diritto pubblico”, *a seconda dei tempi e delle condizioni di vita di una certa società* considerazioni di politica del diritto e, in particolare, di politica criminale fanno trapassare dal diritto punitivo amministrativo al diritto penale – almeno nella fascia dei reati di minore gravità: quella secondo l’ordinamento positivo italiano delle “contravvenzioni” – attraverso un processo di “penalizzazione-criminalizzazione”; ovvero, nella direzione inversa, dal diritto penale (in particolare, contravvenzionale) al diritto punitivo amministrativo, attraverso il meccanismo opposto della c.d. “depenalizzazione”. Nell’ordinamento italiano, tale fenomeno è reso possibile, se non senz’altro favorito, dal fatto che l’illecito amministrativo “comune” e “generico”, cioè quello “punito” con una “sanzione amministrativa pecuniaria” (*diverso* dall’illecito amministrativo disciplinare e dall’illecito amministrativo tributario), previsto dal Capo I Sezione I della legge n. 689 del 1981, ha una “struttura” *identica a quella dell’illecito penale “contravvenzionale”*, come si ricava, secondo una corretta analisi dommatica e sistematica del diritto positivo vigente, alla stregua dell’art. 42 comma 4 c.p. e dell’art. 3 comma 1 legge n. 689/1981<sup>853</sup>: il che spiega, e rende più facile comprendere, il continuo (a seconda dei diversi momenti storici) passaggio dal campo penale a quello punitivo amministrativo e viceversa di questi fatti che rimangono sempre comunque quali-

<sup>851</sup> Nel senso della legittimità di qualunque intervento punitivo-criminale solo laddove si tratti di situazioni *almeno di pericolo concreto* di offesa alle “condizioni minime” di esistenza di una certa società in un determinato momento storico e quindi – in via diretta o indiretta – ai “diritti umani fondamentali” vedi TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., p. 795 ss. e ID., *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1700; retro note 113, 323 e 355.

<sup>852</sup> Retro cap. I, 6; ma vedi per una possibile soluzione, sia dommatica che sistematica, infra cap. V, 8 lett. c.

<sup>853</sup> Art. 42 comma 4 c.p.: «Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa»; art. 3 comma 1 legge n. 689 del 1981: «Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa».

ficati come “illeciti” di “natura pubblica”<sup>854</sup>.

Proprio tale stretta “vicinanza” sul piano del diritto positivo dovuta alla affinità se non senz’altro alla *identità strutturale* tra questi due “modelli di illecito punitivo”, di cui l’operatività del principio di specialità costituisce una precisa e puntuale ricaduta sul piano normativo della disciplina, ha addirittura indotto una attenta dottrina<sup>855</sup> a prospettare l’esistenza sia pure come ipotesi di lavoro – direi tuttavia: “metagiuridica” – di un *unico* “modello generale” di illecito di “diritto pubblico”, di cui sarebbero “forme specifiche” i due “modelli” dell’illecito “penale-criminale” e dell’illecito “punitivo amministrativo” (ciò, almeno, come detto, con riferimento all’illecito amministrativo “generico”, ossia quello previsto – non a caso – dalla legge c.d. di “depenalizzazione” del 1981, ma non a quella forma particolare costituita dall’illecito “disciplinare”<sup>856</sup>; e senza contare anche quell’altro modello di illecito amministrativo “speciale”, anche e soprattutto per la sua “struttura”, costituito dall’illecito amministrativo “tributario”<sup>857</sup>).

<sup>854</sup> Ciò comporta, di conseguenza, anche una disciplina particolare con riferimento alla *successione di leggi in caso di “depenalizzazione”*, attraverso “norme transitorie” che rendono comunque applicabile la sanzione punitiva amministrativa, anche se non prevista al momento della commissione del fatto illecito e *in deroga al divieto della sua “retroattività”* (art. 1 comma 1 legge n. 689/1981), in quanto pur sempre “punitiva” anche se “meno grave” della “pena criminale”; *analogamente* a quanto disposto, per la successione di norme incriminatrici che prevedono solo un trattamento sanzionatorio diverso, dall’art. 2 comma 4 c.p. (disposizione, non a caso, direttamente utilizzata dalla giurisprudenza *prima* della legge 689/1981 in caso di successione tra norma penale e norma punitiva amministrativa). Il che conferma, anche da questa angolazione, la stretta “interdipendenza” tra l’illecito penale-criminale – quantomeno quello contravvenzionale, meno grave – e l’illecito punitivo amministrativo (si veda l’art. 40 legge n. 689/1981, disposizione transitoria rubricata “Violazioni commesse anteriormente alla legge di depenalizzazione”: «Le disposizioni di questo Capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all’entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito»; disposizione sistematicamente coerente ancora una volta proprio con l’art. 2 comma 4 c.p., laddove stabilisce l’applicabilità retroattiva della legge penale “più favorevole”, «salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Vedi anche *amplius* infra note 860 e 1002).

<sup>855</sup> SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, cit., spec. p. 143 ss.

<sup>856</sup> “Illecito disciplinare” tenuto non a caso espressamente “fuori” dall’ambito applicativo della legge n. 689 del 1981: vedi l’art. 12 legge n. 689/1981. Ciò probabilmente anche perché la maggior parte delle sanzioni disciplinari di diritto pubblico si sostanziano in pene che incidono su interessi/beni *diversi* da quelli strettamente patrimoniali.

<sup>857</sup> Dell’illecito amministrativo tributario e delle sanzioni amministrative tributarie si occupa specificamente il decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472. Anzitutto occorre notare come questo “tipo speciale” di illecito amministrativo (“speciale” ovviamente nel senso in cui questa espressione viene utilizzata per la materia penale dall’art. 16 c.p.) *si distingue* dall’illecito amministrativo che potremmo definire “generale” di cui alla legge n. 689/1981,

Ora, pur dovendosi escludere l'esistenza, *alla stregua del diritto positivo*, di un "tipo" "generale" (e "generico") di illecito di "diritto pubblico"<sup>858</sup> – trat-

soprattutto dal punto di vista della "struttura" dell'elemento soggettivo del dolo o/ e della colpa. Se infatti l'art. 5 comma 1 decreto cit., rubricato "Colpevolezza", si apre con una formula che riproduce esattamente l'art. 42 comma 4 c.p. (in materia di elemento soggettivo dei reati contravvenzionali) e l'art. 3 comma 1 legge n. 689/1981 (in materia di elemento soggettivo nelle violazioni amministrative), secondo cui «Nelle violazioni punite con sanzioni amministrative [tributarie] ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa» (con la conseguenza, fra l'altro, che il termine utilizzato dalla rubrica dell'art. 5 cit., "Colpevolezza", riferendosi ai criteri "soggettivi" di imputazione del fatto illecito, deve allora essere inteso come sinonimo di "colpevolezza psicologica"), lo stesso comma 1 subito dopo *limita* al "dolo" o alla "colpa grave" la punibilità per le «violazioni commesse nell'esercizio dell'attività di consulenza tributaria e comportanti la soluzione di problemi di *speciale difficoltà*»; "colpa grave" di cui viene data la definizione nel comma 3 dello stesso art. 5 (definizione molto interessante perché fa riferimento fra l'altro anche ad un momento di facile "(ri)conoscibilità" del "contenuto" della norma tributaria violata: «La colpa è grave quando l'imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza di elementari obblighi tributari. ...»). Ma è nella *definizione del concetto di "dolo"*, da utilizzare con riferimento agli illeciti amministrativi tributari, che il decreto n. 472/1997 evidenzia una radicale diversità di "struttura" rispetto al concetto di "dolo" secondo il codice penale e la legge n. 689/1981. Secondo l'art. 5 comma 4 decreto cit., infatti, «È dolosa la violazione attuata con l'intento di pregiudicare la determinazione dell'imponibile o dell'imposta ovvero diretta ad ostacolare l'attività amministrativa di accertamento»; non bastando quindi la mera rappresentazione e volontà del fatto costitutivo dell'illecito tributario (con la rappresentazione di offendere in concreto l'interesse tutelato), essendo altresì necessaria una *intenzione specifica*, tecnicamente e dommaticamente qualificabile come c.d. "dolo specifico" tale da attribuire al criterio soggettivo di imputazione del "dolo" un chiaro significato di "dolus malus", includendo anche l'*intenzione di recare danno* all'amministrazione della Agenzia delle Entrate. Si consideri però come il "*principio di specialità*" sia previsto anche per i rapporti tra illecito penale e amministrativo tributario dall'art. 19 d. lgs. 10 marzo 2000 n. 74.

<sup>858</sup> Illecito "generale" di "diritto pubblico" – diritto pubblico *comprensivo* pertanto sia della materia "penale-criminale" che di quella "punitivo-amministrativa" (sia essa originaria che depenalizzata) –, da contrapporre alla categoria dell'illecito di "diritto privato", che sarebbe evidentemente previsto da una fattispecie (e quindi da una norma "punitiva") "*sovraordinata*", *implicitamente* ricavabile in via di interpretazione sistematica mediante "*generalizzazione*" dalle due fattispecie di responsabilità tra loro "*incompatibili*" dal momento che – pur prevedendo un fatto di illecito strutturalmente *identico* (si pensi, in particolare, all'identità strutturale tra il reato contravvenzionale e l'illecito depenalizzato e a quanto si ricava da una accurata analisi sistematica dei "Principi generali" sull'illecito amministrativo contenuti nel Capo I Sez. I della legge n. 689 del 1981: retro nel testo e nota 550) – stabiliscono comunque una "*conseguenza sanzionatoria*" di natura diversa (rispettivamente, penale e amministrativa), fattispecie sovraordinata caratterizzata dal fatto di essere *integralmente esaurita* dalle due fattispecie di responsabilità, anche se ovviamente – per ipotesi – sprovvista di "sanzione" *autonoma*. Si osservi tuttavia come, data la presenza di altre tipologie di illeciti amministrativi, come il disciplinare e il tributario, che non hanno la stessa struttura della

tandosi, com'è evidente, solo di una ipotesi concettuale costruita all'unico scopo di essere utilizzata come schema "euristico" di spiegazione del "perché" (= la *ratio*) dell'"eccezione" rappresentata dall'art. 9 legge n. 689/1981 sulla portata operativa del principio di specialità – data anzitutto la mancata individuazione di quale dovrebbe allora essere la corrispondente "sanzione", il fatto che il principio di "specialità" operi *anche* tra reati e illeciti punitivi amministrativi, stabilendosi (come abbiamo visto) la "prevalenza" – e quindi l'*applicabilità "esclusiva"* – della fattispecie costitutiva dell'illecito "speciale", dimostra in modo inequivocabile dal punto di vista sistematico che, *almeno entro certi limiti, questi due tipi di illecito rispondono ad una "funzione" comune*. Disciplina che sarebbe altrimenti incomprensibile se non riconoscendo una (almeno) *tendenziale identità* non solo di "struttura"<sup>859</sup> *ma anche*

---

"contravvenzione", ciò ci impone forse di ritenere che questo illecito di diritto pubblico di carattere generale si esaurirebbe nelle due sole tipologie di illecito, penale e amministrativo, richiamate dalla legge n. 689/1981. A ben vedere però è la stessa idea di una fattispecie *sovraordinata*, costitutiva di un *titolo "autonomo" di illecito* a sé stante, ma, in quanto implicitamente ricavabile dal sistema, *sprovista di una sanzione "autonoma"* ("sanzione" relativamente alla quale, oltretutto, ci si dovrebbe interrogare sulla sua "*natura giuridica*", posto che *tutte* le sanzioni di diritto pubblico si esauriscono, almeno nell'ordinamento italiano, in quelle qualificabili come penali ovvero amministrative!), ad apparire a ben vedere una vera e propria *contraddizione in termini*, dal momento che ciò che consente, *normativamente*, di inferire l'esistenza di un "fatto illecito" è proprio la *previa* presenza di un *quid* qualificabile come "sanzione" (retro cap. I, 2). Ripetendosi in tal modo, mi sembra, lo stesso errore dottrinario nel quale incorre una parte della dottrina per risolvere il problema della disciplina applicabile in caso di "divergenza" tra fattispecie di reato in rapporto di c.d. "incompatibilità alternativa": vedi, nel senso qui criticato, la posizione di Palazzo, cit. in TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 263-265.

<sup>859</sup> La *strettissima interdipendenza*, anzitutto proprio sul piano della *struttura*, tra il "reato", in particolare "contravvenzionale", e gli "illeciti amministrativi punitivi", sia quello genericamente previsto dalla legge n. 689/1981 sia quello specifico tributario, e correlativamente, in modo più o meno parziale, anche su quello della rispettiva *disciplina*, è plasticamente e ulteriormente evidenziata, proprio sul piano del *diritto positivo*, fra l'altro anche dall'*esplicito "rinvio" al "codice penale"* che, rispettivamente, l'art. 2 legge n. 689/81 (rubricato "Capacità di intendere e di volere") e l'art. 4 d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 (rubricato "Imputabilità"), fanno nel momento in cui *escludono* l'assoggettabilità a "sanzione amministrativa" di «chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, *in base ai criteri indicati nel codice penale*, la capacità di intendere e di volere». Ciò, *a differenza* di quanto accade con riferimento alla responsabilità civile da fatto illecito dannoso – da reato o meno non importa (visto il rinvio operato anche dall'art. 185 c.p. alla disciplina dettata dalle «leggi civili»: retro cap. I, 4) – nella quale il concetto di "Imputabilità" (ai fini della responsabilità civile da fatto illecito dannoso) è *autonomamente* previsto e disciplinato dall'art. 2046 c.c. (così come, per la produttività degli effetti degli "atti leciti unilaterali", provvede specificamente l'art. 428 c.c.). Vedi anche retro nota 95.

di “funzione” tra queste due specie di illeciti<sup>860</sup>.

Ciò significa allora che la *materia* “criminale” (in senso proprio) e quella “punitiva amministrativa” si debbono ritenere *strettamente interdipendenti anche ai fini della costruzione – e interpretazione – del sistema “criminale” nel suo complesso e quindi unitariamente considerato*.

Occorre tuttavia osservare, a questo proposito, come, seppure assolutamente innovativa, la disposizione di cui all’art. 9 legge n. 689/1981 rappresenti, a ben vedere, una singolare e felice anticipazione e dunque una significativa conferma, a livello di legislazione nazionale, di quel *concetto di “materia penale”* – nel senso, ampio e generico, di “punitiva” – cui riferire, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, l’insieme di “*garanzie*” – sostanziali e processuali – previste dagli artt. 6 e 7 CEDU<sup>861</sup>, garanzie valevoli non solo per la materia penale-criminale in senso stretto ma *anche* per quella *punitiva amministrativa* (cui, a questi fini, occorre riportare *anche* la materia punitiva *disciplinare*), sulla base dell’argomentazione che le sanzioni punitive amministrative anche a prescindere dalla loro qualifica “formale”, sono, in realtà, “*sostanzialmente*” vere e proprie “sanzioni penali”, *identificandosi* così il concetto di “sanzione penale” con quello di “sanzione punitiva” *tout court*. “Garanzie” tra le quali la giurisprudenza della Corte EDU ha evidenziato anzitutto l’operatività del principio del “*ne bis in idem*”: nel senso che, se un

<sup>860</sup> Il che troverebbe una *significativa conferma, ancora una volta, sul piano normativo* nella circostanza che in caso di “depenalizzazione”, ossia nel passaggio di un certo fatto da illecito penale a illecito amministrativo, sia prevista una particolare disciplina di “diritto transitorio” che, pur davanti ad una ipotesi di *abolitio criminis*, prevede comunque per il fatto “depenalizzato” la sua “punibilità” *sia pure in via amministrativa* attraverso una sanzione amministrativa pecuniaria *applicata “retroattivamente”* ad un fatto che, quando fu commesso, era costitutivo di reato ma non di illecito amministrativo, *in deroga* a quanto stabilito dallo stesso art. 1 legge n. 689/1981 («PRINCIPIO DI LEGALITÀ – 1. Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. 2. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati»; retro nota 854 e infra nota 1002); mentre, seguendo i principi, nessuna sanzione, né penale-criminale né punitiva amministrativa, dovrebbe essere applicata (arg. ex artt. 2 comma 2 c.p. e 1 comma 1 legge n. 689/1981). Considerando altresì che l’art. 25 comma 2 Cost., col relativo divieto di “retroattività”, deve ritenersi direttamente riferibile *anche alle “sanzioni punitive amministrative”* (così, da ultimo, Corte cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63 e infra cap. V, 8 lett. b). In questa direzione si muove altresì la giurisprudenza della Corte di Cassazione (anche *prima* dell’entrata in vigore della legge n. 689/1981), attraverso l’*applicazione diretta* – non a caso, sulla base della stretta “interdipendenza” tra l’illecito contravvenzionale e quello punitivo amministrativo – dell’art. 2 *comma 4* (originariamente 3) c.p., trattandosi comunque di applicazione di una “*sanzione punitiva*” *per lo stesso “fatto”* (retro nota 854).

<sup>861</sup> Ma anche dall’art. 6 CEDU, nei limiti in cui sia applicabile anche al procedimento amministrativo.

certo fatto, qualificato come “illecito” sia da una disposizione penale che da una disposizione punitiva amministrativa, è già stato “punito” con una pena criminale, non dovrebbe essere più *normativamente* consentita anche l’irrogazione della sanzione punitiva amministrativa, e viceversa (*analogamente* a quanto stabilito dall’art. 649 c.p.p.)<sup>862</sup>.

A queste considerazioni occorre poi aggiungere fra l’altro, in particolare, come la disciplina introdotta dall’art. 9 legge n. 689/1981 si riverbera inevitabilmente anche sul delicato problema della *stessa “funzione della pena criminale”*: dato infatti il possibile “assorbimento” del “disvalore” del reato in quello dell’illecito amministrativo (di fonte statale) se strutturalmente “speciale”, e conseguentemente della sanzione penale, *anche detentiva*, in quella amministrativa *pecuniaria*, sanzione penale il cui “disvalore normativo” risulterebbe pertanto a sua volta *integralmente “compreso”* in quello della sanzione amministrativa potendo essere da questa integralmente “sostituita”, la pena criminale *non può evidentemente più svolgere una funzione* (come viceversa molti ancora oggi pretendono, anche alla luce di alcune sentenze della Corte costituzionale)<sup>863</sup> *esclusivamente “risocializzativa”* (funzione che di certo non svolge la sanzione pecuniaria amministrativa né qualsiasi altra pena pecuniaria di qualunque natura, anche penale-criminale)<sup>864</sup>. Per cui la “risocializzazione del reo” può oggi, legittimamente, svolgere un ruolo, *oltretutto “sussidiario”* (come si ricava altresì da una corretta lettura sistematica della stessa Costituzione che, all’art. 27 comma 3, afferma che la pena [*scil.*: criminale] deve solo “tendere” alla rieducazione del “condannato”, riferendosi quindi direttamente

<sup>862</sup> Il principio del “*ne bis in idem*” in materia criminale (in senso stretto) è stabilito, oltre che dall’art. 649 c.p.p., dall’art. 4 comma 1 Protocollo Addizionale n. 7 alla CEDU, dall’art. 14 comma 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici, e dall’art. 50 Carta diritti fondamentali UE.

In generale, occorre poi sottolineare come l’*estensione delle “garanzie”* previste dalla CEDU per l’applicazione delle pene criminali in senso stretto, fra cui in particolare proprio il principio del “*ne bis in idem*”, a sanzioni *formalmente* non qualificate come tali secondo l’ordinamento nazionale, ma di cui ripetono *sostanzialmente* il contenuto “afflittivo” e “punitivo”, evidenzia un nuovo e più ampio concetto di “*materia penale*” (nel senso, propriamente, di “*punitiva*”) che deve allora di conseguenza comprendere, nell’ordinamento italiano vigente, *anche le sanzioni punitive “civili”*, ormai utilizzate in caso di depenalizzazione (denominate “sanzioni pecuniarie civili”) accanto alle sanzioni punitive amministrative (retro note 135 e 850). Nuovo e più ampio concetto di “*materia penale*” da cui si potrebbe trarre a sua volta un *ulteriore argomento* per ricondurre *anche* le sanzioni “punitive” amministrative (e civili), in una prospettiva sempre rigidamente ancorata al dato normativo, ad un *unico* “sistema criminale integrale e integrato” (vedi anche *infra* cap. V, 8 lett. d) e 9).

<sup>863</sup> Vedasi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., pp. 1101-1102.

<sup>864</sup> MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 760.

solo ad un soggetto già ritenuto penalmente “responsabile” in via definitiva), esclusivamente nella “fase esecutiva” – e al massimo anche in quella “com-misurativa” – della *sola* pena detentiva carceraria<sup>865</sup>.

Tali considerazioni spingono poi, con ogni evidenza, ad una ulteriore conclusione, della massima importanza dommatica e politico-criminale: la *necessaria*, in quanto logica alla luce di certe premesse, “depenalizzazione” *de iure condendo* di tutti quei fatti di reato, specie contravvenzionali, “in astratto” o anche “in concreto” (attraverso il ricorso all’istituto dell’obla-zione, anche facoltativa/discrezionale, o l’applicazione di una pena pecuniaria “sostitutiva” di una pena detentiva c.d. “di breve durata”) sanzionabili *solo con una pena pecuniaria*, non essendoci allora più alcuna ragione di man-tenerli nell’area del “penalmente rilevante” (in senso stretto), vista appunto la presenza, in una prospettiva “globale” di “sistema *punitivo*”, anche di il-leciti di natura amministrativa *direttamente sanzionati* proprio con una san-zione pecuniaria<sup>866</sup>. Ciò anche alla luce del principio costituzionale ricavabile anzitutto dall’art. 13 comma 2 Cost. che vede nel diritto penale-criminale l’*extrema ratio* di tutela dell’intero ordinamento giuridico quale suo “momento di chiusura”<sup>867</sup>.

Concludendo sul punto: in conseguenza della riconosciuta operatività – *sul piano del diritto positivo vigente* – del “principio di specialità” *anche* tra di-sposizioni legislative che prevedono illeciti penali-criminali e punitivi am-ministrativi (di fonte statale), l’ordinamento viene ad “escludere” “a monte”, ossia *già “in astratto” “prima”* della commissione del reato secondo dunque una valutazione *ex ante*, la stessa sua “punibilità”<sup>868</sup>; finendo quindi per costituire, in quanto “*limite*” *della stessa norma penale incriminatrice* (in par-ticolare sotto il profilo del suo “ambito di validità *materiale-contenutistico*”)<sup>869</sup>,

<sup>865</sup> Per ulteriori approfondimenti si rimanda a TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., pp. 1101-1103.

<sup>866</sup> Per un approfondimento su questo tema, si vedano le considerazioni svolte nella Rela-zione finale sulla “*Depenalizzazione*”, in *Diritto penale del XXI secolo*, 2003, p. 81 ss., relazione da me prediposta e presentata in qualità di Presidente della Sottocommissione sulla Depenalizzazione della Commissione Nordio di Riforma del codice penale (anni 2001-2006).

<sup>867</sup> Retro note 113 e 323.

<sup>868</sup> Nel senso che la “esclusione” della possibilità di applicazione della norma c.d. “gene-rale” già *ex ante* “in astratto” valga anche per le situazioni di c.d. specialità “in concreto”, vedi, in una prospettiva di teoria generale, TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realiz-zato”*, cit., pp. 254-260.

<sup>869</sup> Sui “limiti” della “norma”, in particolare “incriminatrice”, con specifico riferimento all’“ambito di validità” o a quello di “efficacia” (= “validità interna”) rispetto alla sua “di-mensione materiale” vedi retro cap. III, 2.4.

una *causa di “non punibilità” analoga*, quanto a natura giuridica, alla “non previsione” legislativa di un certo “fatto” come “costitutivo” di reato, *ab origine* o in seguito alla c.d. *abolitio criminis*<sup>870</sup>.

Laddove dunque l’illecito punitivo amministrativo sia strutturalmente “speciale” rispetto all’illecito penale-criminale, ciò significa – anche in questo caso – che l’elemento specializzante deve essere considerato “elemento negativo implicito” del “fatto di reato” e quindi “limite” della “norma incriminatrice”. In particolare, *analogamente* a quanto detto quando la relazione di “specialità” intercorre tra due fatti entrambi costitutivi di reato<sup>871</sup>, si tratta di un “limite” concernente l’“ambito di validità *materiale interno*” della “norma incriminatrice” (in quanto strutturalmente “generale”); “limite” al “contenuto” (ossia alla “materia del divieto”) del singolo reato direi: *a fortiori*, posto che, laddove sia – per ipotesi – strutturalmente “speciale” l’illecito punitivo amministrativo, il problema non attiene solo all’individuazione del “tipo” e quindi del “titolo di reato” per cui si “punisce”, ma, più radicalmente, alla stessa “non punibilità” per quel fatto<sup>872</sup>.

Sempre poi all’ambito di quella “materia penale” (in senso lato), individuata come detto dalla giurisprudenza della Corte EDU sulla base dei c.d. “criteri Engel” in funzione dell’applicabilità delle “garanzie” previste dagli artt. 6 e 7 CEDU a prescindere dalla “natura giuridica formale” della sanzione applicabile, sono riconducibili, al pari delle sanzioni punitive amministrative, *anche* quelle “sanzioni punitive civili” che oggi, in seguito alla “depenalizzazione”, caratterizzano alcune tipologie di illecito già costitutive di reato (sempre che, ovviamente, si tratti di sanzioni che rispondano ai citati “criteri Engel”). Sanzioni *nominalmente* qualificate come “*sanzioni pecuniarie civili*”, da *distinguere* quindi dal risarcimento del danno “patrimoniale” e dalle restituzioni, che comunque si risolvono in sanzioni “esecutive”<sup>873</sup>;

<sup>870</sup> Sulla “non previsione del fatto come reato” fra i “limiti di validità” della norma incriminatrice vedi retro cap. II, 4.

<sup>871</sup> Retro note 11 e 337.

<sup>872</sup> Un delicato problema si può prospettare con riferimento all’“errore sull’elemento specializzante” quando la relazione di “specialità” intercorra tra un reato e un illecito amministrativo. In generale, sulla tematica dell’errore sugli elementi specializzanti si rimanda a TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., cap. IV.

<sup>873</sup> Di “sanzione pecuniaria civile” parla l’art. 4 d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 che prevede attualmente come illeciti civili i fatti di danneggiamento “semplice” e di ingiuria, già costitutivi di reati e oggi “depenalizzati” (su cui vedi note 355 e 911). Riguardo alla responsabilità civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dagli illeciti civili puniti con “sanzione pecuniaria civile” vedi l’art. 3 d. lgs. cit. («RESPONSABILITÀ CIVILE PER GLI ILLECITI SOTTOPOSTI A SANZIONI PECUNIARIE – 1. I fatti previsti dall’articolo seguente,

ma da distinguere anche dal risarcimento del danno “non patrimoniale”, nonostante sia anch’esso costitutivo di una sanzione civile di natura “punitiva” ma di diverso *nomen iuris*. Essendo dunque anche queste “sanzioni civili” – al pari delle amministrative ai sensi della legge n. 689/1981 – per esplicita definizione legislativa *di natura “punitiva”* (consistendo in una sanzione “pecuniaria”), pur mancando in relazione ai “nuovi” illeciti punitivi civili, che ne costituiscono il logico presupposto, un espresso riferimento all’operatività del “principio di specialità”, si deve comunque *sistematicamente* ritenere che, laddove uno stesso fatto storico rientri sotto l’ambito applicativo sia di un reato che di un illecito punitivo civile, dato l’ampio significato attribuito – come visto – ai concetti di “materia penale” e di “sanzione punitiva-pena” dalla giurisprudenza della Corte EDU, operi pur sempre il principio del “*ne bis in idem*” ex art. 4 comma 1 Protocollo n. 7 addizionale alla CEDU. La stretta interdipendenza strutturale con i “fatti di reato” che caratterizza l’illecito punitivo amministrativo ai sensi della legge n. 689/1981 vale allora *anche* per quegli illeciti civili cui consegue una “sanzione pecuniaria civile”, trattandosi – almeno fino ad oggi – di illeciti “depenalizzati” (e dunque di fatti già costitutivi di reato che *mantengono la loro struttura originaria*; addirittura, di fatti *solo “dolosi”* come il danneggiamento “semplice” e l’ingiuria, già previsti, rispettivamente, dall’art. 635 comma 1 c.p. e dall’art. 594 c.p. nella loro formulazione originaria)<sup>874</sup>.

---

se dolosi, obbligano, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita. 2. Si osserva la disposizione di cui all’articolo 2947, primo comma, del codice civile); molto importante la limitazione della responsabilità civile, *in deroga* ai principi generali, *esclusivamente ai fatti “dolosi”*, conformemente alla struttura originaria di questi illeciti come “delitti dolosi”; così come per il “concorso di persone” in questi illeciti civili l’art. 7 prevede un tipo di disciplina che ricalca quella prevista dall’art. 110 c.p. per la partecipazione alla commissione dei reati così come quella prevista dall’art. 5 legge n. 689/1981 per il concorso di persone nell’illecito amministrativo “depenalizzato” e in generale nella violazione amministrativa (art. 7 d. lgs. n. 7 del 2016: «Quando più persone concorrono in un illecito di cui al presente capo, ciascuna di esse soggiace alla sanzione pecuniaria civile per esso stabilita»). Quanto infine ai criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria civile e alle relative modalità di pagamento vedi gli artt. 5, 8 e 9 d. lgs. n. 7 del 2016.

<sup>874</sup> Oltre alle due ipotesi di illecito civile ora viste, l’art. 4 d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 prevede una serie di altri illeciti penali depenalizzati puniti con sanzione pecuniaria civile.

3. *Dal “concorso reale di illeciti” e dal “cumulo di sanzioni” all’“alternatività” tra la pena criminale e le sanzioni esecutive extra-penali. La “estinzione della punibilità” come conseguenza della scelta del reo di “auto-applicarsi” una “sanzione esecutiva”*

Se la “sanzione punitiva”, qualunque sia la sua “natura” giuridica (penale o extrapenale), nella sua previsione “astratta” svolge, attraverso la “intimidazione” del suo potenziale destinatario (che è anche il destinatario del comando o del divieto), la “funzione logica” di “prevenzione” dell’illecito<sup>875</sup>, ne discende, sempre logicamente, la necessità della sua *effettiva* “applicazione” ed “esecuzione”, in particolare laddove si tratti di “pena criminale”, come conseguenza della *concreta* commissione dell’illecito – sempre, ovviamente, in presenza degli ulteriori requisiti richiesti dalla “fattispecie di punibilità”<sup>876</sup> – al fine della effettiva “reintegrazione” dell’ordine giuridico violato<sup>877</sup>. Con ciò garantendosi, oltre la efficacia generalpreventiva della pena stessa, la “serietà” e la “credibilità” del “sistema” punitivo criminale (considerato nella sua “integralità”) come meccanismo funzionale *anche* al perseguimento della finalità di prevenzione generale “positiva”<sup>878</sup> e, in ultima analisi, al mantenimento di quella “pace sociale” che rappresenta il *fine ultimo* (oltre che la condizione di esistenza) di qualunque ordinamento giuridico<sup>879</sup>; ordinamento giuridico di cui il diritto penale costituisce il momento di “chiusura” in grado di garantirne l’esistenza e la conservazione anche attraverso il ricorso all’*uso regolato della “forza”*, in particolare della

<sup>875</sup> Retro cap. I, 5. Si deve a questo proposito ricordare l’*idoneità* della “norma incriminatrice” a svolgere la sua “funzione” di “comando” attraverso appunto la “minaccia” di applicazione (ed esecuzione) della pena criminale (GALLO, *Stimatissimo*, cit., p. 23 ss.; vedi anche retro cap. I, 5 e nota 37). “Funzione” che non può però logicamente essere assolta in caso di “retroattività” della norma stessa (laddove si tratti di norma “favorevole” al reo) (vedi retro nota 369).

<sup>876</sup> Vedi retro capp. I, 1 e IV, 1.

<sup>877</sup> Nel senso che la “reintegrazione dell’ordine giuridico violato” costituisce sempre la “finalità”, *quantomeno “mediata”*, di qualunque tipo di “risposta sanzionatoria” prevista da un ordinamento giuridico vedi cap. I, 5 e nota 888. In particolare, con riferimento al settore penale dell’ordinamento, questa affermazione è stata avanzata a partire dall’insegnamento di Carrara (CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale. Parte generale*, vol. II, 5<sup>a</sup> ed., Lucca, Giusti, 1877, § 615 e ss.).

<sup>878</sup> Sul concetto di “prevenzione generale positiva” FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 262-264; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 662-664.

<sup>879</sup> Su questi concetti vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1699 ss. Per alcune considerazioni generali sul significato del concetto di “pace” quale *presupposto logico* dell’esistenza di qualunque “ordinamento giuridico” mi sono già soffermato in precedenza: vedi TRAPANI, *Derecho penal y postconflicto*, cit., p. 125 ss.

forza fisica sulle persone, di cui lo Stato moderno ha assunto il monopolio (data la preminente e assoluta rilevanza dei beni su cui incide la sanzione punitiva criminale)<sup>880</sup>.

La esigenza della “effettività” della sanzione punitiva costituita dalla pena criminale può essere tuttavia anche “derogata”, ma solo in via “eccezionale”, attraverso il ricorso al meccanismo tecnico delle “cause estintive del reato” (e, in genere, della “punibilità”, sia in astratto che in concreto), esclusivamente o in funzione del possibile soddisfacimento “in forma specifica”, sia pure tardivo, dell’interesse tutelato dalla norma violata, meglio: del conseguimento (se ancora possibile) del “risultato politico” per cui il legislatore ha posto l’obbligo rimasto inadempito (e quindi di *reintegrazione in forma specifica dell’ordinamento giuridico*)<sup>881</sup>; ovvero in funzione del soddisfacimento

<sup>880</sup> TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., pp. 792-793.

<sup>881</sup> A ben vedere, infatti, una volta che il reato è stato commesso con la conseguente lesione in concreto dell’interesse tutelato, è ovvio che non si possa più logicamente parlare di possibile “soddisfacimento tardivo” dell’*identico interesse*, data appunto la “definitività” della sua offesa; e senza contare che, comunque, il conseguimento dello stesso risultato pratico, ma in un *momento successivo* rispetto a quello originariamente previsto dall’ordinamento, determina logicamente, sul piano normativo, la tutela di un interesse *giuridico* “diverso”, per la modifica nella sua struttura quantomeno dell’elemento “temporale”. Onde è senz’altro dommaticamente più corretto parlare di *possibile conseguimento tardivo dello stesso “risultato politico”* perseguito dal legislatore attraverso la previsione originaria dell’obbligo rimasto inadempito. Così dicendo, sembrerebbe tuttavia – almeno a prima vista – che io vada contro quanto detto in precedenza (retro cap. I, 5), nel senso che le sanzioni “punitive” sarebbero l’unico strumento normativo logicamente ipotizzabile laddove non fosse più possibile il soddisfacimento, sia pure tardivo, dell’interesse tutelato. In realtà, specie nei casi di “omissione”, se non ci fosse la sanzione punitiva, il destinatario non avrebbe alcuna spinta motivazionale ad adempiere l’obbligo nel termine dovuto, nel senso che potrebbe allora sempre attendere la contestazione dell’illecito commesso per rimettere le cose nel pristino stato. Proprio per garantire un corretto e tempestivo adempimento dell’“obbligo di fare” qualcosa – nonostante l’astratta possibilità di un adempimento tardivo dell’obbligo violato (più esattamente: di un *nuovo obbligo* anche se dello *stesso contenuto* dell’obbligo di fare violato) – l’ordinamento prevede, in caso di commissione dell’illecito, la applicabilità di una sanzione “punitiva”, ma, *contestualmente* (sia pure nei soli casi previsti dalla legge), la possibilità della sua “estinzione” in caso di remissione in pristino. Si ricordi poi, a sua volta, come anche il “termine di adempimento”, in quanto requisito essenziale del fatto tipico, contribuisca ad individuare l’interesse specificamente tutelato dalla norma incriminatrice; il che spiega perché, come detto, è dommaticamente più corretto parlare di un nuovo “obbligo di fare”, contenuto di una sanzione “esecutiva”. Si consideri poi ancora come, in una prospettiva generale, a volte la “remissione in pristino” non copra l’intero disvalore del fatto (si pensi ad es. ai delitti di rapina o di estorsione, con riferimento alle *modalità della condotta* costitutiva dell’illecito: note 111 e 889; e come accade anche in caso di c.d. “adempimento tardivo” di un obbligo di fare dopo la violazione del termine, termine che, individuando il momento consumativo del comportamento omissivo, non può che essere “perentorio”); onde la “estinzione della punibilità” funzionerebbe veramente come *incentivo* per coprire

di altre esigenze egualmente ritenute degne di tutela dal punto di vista dell'ordinamento. In questa seconda direzione si muovono quelle "cause estintive" della "punibilità" fondate su esigenze "esterne" alla "meritevolezza" (e anche al "bisogno") della sanzione per l'illecito commesso ma funzionali a "interessi generali" di natura "pubblica", come la prescrizione e l'amnistia<sup>882</sup>.

Nella prima direzione – quella del conseguimento (se ancora possibile) del "risultato politico" per cui il legislatore ha previsto l'obbligo rimasto inadempito e quindi di *reintegrazione in forma specifica dell'ordinamento giuridico* – si muove viceversa la *ratio* di quelle cause "estintive" della sanzione "punitiva" – categoria giuridica oggetto di disciplina codicistica<sup>883</sup> nella quale vanno normativamente ricondotte anche le "cause di non punibilità so-

---

l'intero disvalore del fatto. Si ricordi anche come la stessa "sanzione esecutiva civile" per eccellenza, il "risarcimento del danno patrimoniale", se non adempiuta *statim*, produce gli ulteriori danni per la "mora nell'adempimento" (risarcimento quest'ultimo che, nel momento in cui si fa riferimento agli interessi legali e non a quelli normalmente praticati dalle banche, contiene inevitabilmente una dimensione *anche* "punitiva"). Ciò significa, per concludere, che occorre allora distinguere tra il "risultato", direi "politico", che l'ordinamento intende perseguire – anche tardivamente, se possibile – con l'imposizione dell'obbligo e l'"interesse tutelato" dalla norma, che si ricava da tutti gli elementi costitutivi della fattispecie (fra cui ad es. il rispetto del termine di adempimento nei reati omissivi propri).

<sup>882</sup> Retro nota 343.

<sup>883</sup> La *disciplina generale* delle "cause estintive del reato e/o della pena" si trova nel codice penale agli artt. 170, 182-184, 198, 210 (ma anche all'art. 106) con i quali l'ordinamento dà risposta ai problemi, di sicura rilevanza pratica, della loro estensibilità o meno ai concorrenti nel reato, della loro rilevanza o meno sulle obbligazioni civili da reato, della loro incidenza sull'applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza, ecc. Disciplina generale valevole *anche per i reati militari* ai sensi dell'art. 66 comma 1 c.p.m.p., rubricato "Norma generale", a tenore del quale «Le disposizioni del codice penale [*scil.*: comune] sulla estinzione del reato e della pena, in quanto applicabili in materia penale militare, si osservano anche per il reato e le pena militari, con le modificazioni stabilite dagli articoli seguenti»; modificazioni che però non toccano quanto qui ci interessa, ma solo singole cause estintive, al pari "Dei casi speciali di estinzione del reato" previsti dal codice penale militare di guerra (artt. 38-40 c.p.m.g.). Quanto infine al codice della navigazione, questo prevede solo un'ipotesi speciale di "Oblazione nelle contravvenzioni marittime" all'art. 1239 (ipotesi "speciale" di "estinzione del reato" rispetto a quella prevista dall'art. 162 c.p. che presenta la peculiarità di essere contenuta nella parte del codice della navigazione concernente le "disposizioni processuali"; il che, sia detto per inciso, è a mio avviso perfettamente coerente con la natura direttamente "processuale" delle cause estintive del reato in quanto situazioni di "improcedibilità sopravvenuta": retro cap. I, 10); mentre, per la "disciplina generale", valgono anche qui le disposizioni previste nel codice penale comune in forza dell'art. 16 c.p., a tenore del quale «Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti».

pravvenuta”<sup>884</sup> – fondate *sull’adempimento tardivo dell’obbligo* rimasto inadempito e/o *sulla remissione in pristino attraverso l’eliminazione delle conseguenze dell’illecito realizzato*<sup>885</sup>; in una parola, costituite da una *condotta di “fare”* (almeno come regola)<sup>886</sup>, *sussequente ed “antagonista”* (sia pure *in senso ampio*)<sup>887</sup> rispetto a quella costitutiva del fatto di reato commesso, *integrativa di una c.d. “sanzione esecutiva”*<sup>888</sup>.

Ora, posto che la sanzione “esecutiva”, qualunque sia la sua natura giuridica, può *logicamente* operare (una volta che la sanzione punitiva ha visto *frustrata* la sua funzione “preventiva”) *solo* laddove – e fin dove – sia *ancora possibile*, materialmente o giuridicamente, nonostante la commissione dell’“illecito”, raggiungere lo stesso risultato pratico e quindi “politico” cui

<sup>884</sup> Retro cap. I, 11.

<sup>885</sup> Sulla importanza *già sul piano normativo* della distinzione tra reati a effetti “eliminabili” e “non eliminabili” vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 43 nota 2. Qui però la “remissione in pristino” non sarebbe oggetto di un “ordine giudiziale” e quindi di un “obbligo” (contenuto in un provvedimento di “condanna”), come nel caso della c.d. “inibitoria” in sede civile (per tutti, anche in una prospettiva di comparazione con gli ordinamenti di *common law*, si veda A. FRIGNANI, *L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, *passim*), ma sarebbe, in quanto rimessa alla volontà, e quindi alla scelta libera, dell’autore del reato (o anche del semplice indicato come reo), oggetto di una situazione soggettiva passiva di “onere”: vedi note 271, 903 e 904.

<sup>886</sup> Infra nota 913.

<sup>887</sup> La formula di “condotta antagonista” può infatti di per sé anche essere intesa *in senso ampio*, riferita quindi non solo all’adempimento tardivo dell’obbligo rimasto inadempito (più correttamente, all’adempimento di un obbligo di contenuto identico a quello dell’obbligo rimasto inadempito) e quindi ad una condotta “contraria”, in quanto esattamente “speculare” e “simmetrica”, rispetto a quella costitutiva dell’inadempimento dell’obbligo; ma anche ad una condotta di “eliminazione degli effetti” dell’illecito realizzato, anch’essa qualificabile come “antagonista” perché, alla fine, si risolve in una *condotta “contraria”* al risultato ottenuto con l’inadempimento dell’obbligo (primario).

<sup>888</sup> Sul concetto di “sanzione esecutiva” vedi retro cap. I, 5. Ciò significa che, in caso di verifica del “fatto illecito”, ossia *ex post*, mentre le *sanzioni “esecutive”* svolgono la loro “funzione” di “reintegrazione dell’ordine giuridico violato”, conformemente alla loro “natura”, “*in forma specifica*”, le *sanzioni “punitive”*, viceversa, svolgono la stessa funzione attraverso quella concreta “*restrizione dei “diritti” facenti capo alla persona* (nei cui confronti la “minaccia” della loro applicazione ed esecuzione non ha sortito in concreto effetto) in cui si sostanzia il “contenuto” della sanzione punitiva; ossia *solo “per equivalente normativo”* tra l’“interesse” leso con la commissione dell’illecito e il diritto o (meglio) i “diritti” – personali o anche patrimoniali – dell’autore dell’illecito su cui viene ad incidere la sanzione “punitiva”. “Equivalenza” ovviamente *solo “normativa”*, dal momento che, ad es., il “danno criminale” si può “risarcire” attraverso la pena criminale esclusivamente “*ledendo*” cioè “*offendendo*”, in via diretta o indiretta, anzitutto la libertà personale dell’autore dell’illecito (ma anche altri beni della persona attraverso le pene “accessorie”).

l'obbligo rimasto inadempito mirava originariamente a pervenire<sup>889</sup>, occorre a questo proposito sottolineare come, a differenza di quanto normalmente si crede (e si ripete), persino nel diritto “penale” (che, proprio per evitare di ricorrere ad un ossimoro accostando il termine di “pena” a quello di “esecuzione”<sup>890</sup>, sarebbe allora forse meglio definire senz'altro – riprendendo una lunga tradizione, non solo italiana – come “*diritto criminale*”) esistono *anche* vere e proprie “sanzioni *esecutive*”. Come abbiamo già accennato<sup>891</sup>, oltre la “*confisca*” del prodotto o del profitto del reato (e oggi anche la confisca “per equivalente”)<sup>892</sup>, si pensi in questa sede soprattutto

<sup>889</sup> Il che comporta che in tutti gli altri casi può operare solo la sanzione “punitiva” criminale, che dunque deve essere altresì applicata ed eseguita; ciò *anche* nel caso in cui, sia pure “parzialmente”, è *impossibile* una remissione in pristino che copra l'intero disvalore del fatto di reato realizzato (vedi ad es. la rapina: retro note 111 e 881). Piuttosto, occorre osservare che, siccome per le peculiari “modalità” che di regola accompagnano la condotta costitutiva del reato (onde la sua comune denominazione come, non a caso, di “illecito di modalità di lesione”: retro nota 550) la “sanzione esecutiva” non può praticamente quasi mai coprire da sola l'intero “disvalore” del fatto realizzato, ne consegue allora la interna “logicità” del sistema secondo cui la “sanzione esecutiva” può escludere *tout court* la “punibilità” (attraverso, come detto, il meccanismo della “estinzione del reato”) *solo* laddove il legislatore lo preveda *espressamente in via “eccezionale”*.

<sup>890</sup> Espressioni da intendere qui riferite alle *due specie fondamentali “archetipiche”* – e *opposte* – in cui si può distinguere il concetto generale di “sanzione giuridica”: vedi retro cap. I, 5. Ovviamente infatti anche della “pena” (meglio: “sanzione punitiva”) si deve ammettere la possibilità della sua *esecuzione* (“volontaria” o, come avviene normalmente almeno in sede criminale, “forzata”). Sulla possibile tipologia di situazioni giuridico-soggettive passive riferibili al condannato a pena detentiva (se soggezione, obbligo od onere) vedi retro nota 520.

<sup>891</sup> Retro cap. I, 7.

<sup>892</sup> Quanto alla “confisca per equivalente”, si tratta di una “ipotesi speciale” di “confisca”, e quindi sempre di una “sanzione esecutiva”, che ripete, in materia criminale, il “contenuto” che può assumere una qualunque “sanzione esecutiva”, posto che, in generale, l'“esecuzione” di questo tipo di sanzione può infatti avvenire o “in forma specifica” o, appunto, “per equivalente” (pecuniario). Si pensi ad es. all'illecito civile costituito dall'inadempimento dell'obbligo di consegnare una cosa determinata, che può essere coattivamente eseguito o attraverso l'esecuzione forzata in forma specifica (art. 2930 c.c.) o, appunto, per equivalente attraverso il risarcimento del danno. Esempio in questa prospettiva l'art. 2933 c.c. sulla “Esecuzione forzata degli obblighi di non fare”, dopo avere stabilito come regola che, «Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo», ossia l'esecuzione “in forma specifica” della sanzione esecutiva della remissione in pristino, aggiunge però che, «Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale». A questo proposito, si ricordi anche quella possibile “modalità” in cui può essere eseguita la “sanzione esecutiva” del “risarcimento del danno patrimoniale” costituita non dal pagamento di una somma di denaro ossia per “equivalente pecuniario” – espressione del generalizzato ricorso alla “monetizzazione” nella respon-

alla “*eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose*” del reato, ipotesi sostanzialmente di “rimessione in pristino”, prevista in numerose disposizioni contenute nel codice penale e nelle leggi penali speciali. Giuridicamente, si tratta, dal punto di vista della (corretta) *qualificazione dommatica*, di una “sanzione esecutiva” che si muove *normativamente* “all’interno” del sistema criminale-penale (in senso stretto), *sia pure non formalmente “qualificata” come tale* dal legislatore (sia come “sanzione” sia, in particolare, come sanzione “penale-criminale” anche se non “punitiva”)<sup>893</sup>. Condotta susseguente al reato tuttavia da intendere propriamente come “sanzione criminale”, in quanto – non solo contenuta in disposizioni aventi una diretta rilevanza penale, il che di per sé significherebbe poco<sup>894</sup>, ma perché – avente ad oggetto proprio la “rimozione” di quelle “conseguenze del reato” esplicitamente definite come “*dannose o pericolose*” (ossia quelle direttamente derivanti dalla realizzazione dell’*evento offensivo contenuto sostanziale* dell’illecito penale, come si argomenta, tra l’altro, dall’art. 43 c.p.)<sup>895</sup>.

---

sabilità civile per il risarcimento dei danni – ma dalla sua “*reintegrazione in forma specifica*” ai sensi dell’art. 2058 c.c. (retro nota 385), sanzione esecutiva quest’ultima, si noti, riferibile anche al risarcimento dei danni “*non patrimoniali*”, viceversa “sanzione punitiva” civile (retro nota 115; vedi anche nota 911). Sull’istituto della “confisca per equivalente” nel sistema penale si veda F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, Ipsoa, 2009, *passim*.

<sup>893</sup> Si veda comunque retro cap. I, 7. Forse, più che dire che questa è una sanzione criminale di natura “esecutiva” “informale”, sarebbe allora meglio dire: non indicata esplicitamente col “*nomen iuris*” di sanzione “penale-criminale” (a differenza delle pene principali e delle pene accessorie, sanzioni criminali “punitive”).

<sup>894</sup> Come subito vedremo, infatti – infra cap. V, 4 –, anche sanzioni esecutive *di natura civile o amministrativa* possono produrre come effetto la “estinzione del reato” (o della pena), e quindi avere rilevanza sul piano della “punibilità”.

<sup>895</sup> Come è stato ben dimostrato, nelle definizioni di delitto doloso, preterintenzionale e colposo di cui all’art. 43 c.p. il termine “evento” (“dannoso o pericoloso”), pur facendo riferimento come evento “giuridico” all’offesa contenuto del reato, in quanto contrapposto all’elemento soggettivo (in quanto “oggetto” di rappresentazione o di rappresentabilità) deve essere, più limitatamente, inteso *solo come “momento oggettivo dell’offesa”* (GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 455, che tuttavia, a proposito della definizione del delitto preterintenzionale, ritiene che il termine “evento” debba viceversa essere inteso in senso naturalistico; *contra*, nel senso che si tratti anche in questo caso di evento “giuridico” o, meglio, di “momento oggettivo dell’offesa” TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, cit., p. 294 ss.). Piuttosto, ci si deve comunque chiedere se, quando altre disposizioni parlano di “conseguenze dannose o pericolose *del reato*”, e quindi, per definizione (almeno a prima vista: vedi infatti in fondo a questa nota), successive ed “*estranee*” alla struttura dell’illecito e quindi alla sua dimensione “offensiva” in quanto causalmente riconducibili al fatto tipico costitutivo di reato (come ad es. nell’attenuante prevista dall’art. 62 n. 6 c.p.), il “danno” o il “pericolo di danno” si riferiscano, a loro volta, ad un “evento naturalistico” (come si ricava sistematicamente anche dalla prima parte dell’art. 62 n. 6 quando si parla, come con-

Tale condotta costitutiva della sanzione “esecutiva” dell’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” può assumere, più in particolare, *in concreto*, *i contenuti più diversi*. Così, da un lato, essa si può sostanziare, specificandosi, nell’*adempimento tardivo dello stesso obbligo di “fare” rimasto inadempito* con la commissione del reato (omissivo) (dommaticamente meglio: nell’adempimento di un *nuovo obbligo contenutisticamente identico* a quello originario rimasto inadempito)<sup>896</sup>; il che avviene, oltre che nei casi

---

dotta “alternativa”, di “riparazione” del “danno risarcibile”, evento causalmente collegato al reato come stabilito espressamente dall’art. 185 comma 2 c.p.: «*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, ...*»). *Rebus sic stantibus*, ci si deve allora chiedere altresì se ciò valga anche a proposito della previsione dell’art. 133 comma 1 n. 2 quando, con riferimento ai criteri di determinazione della pena in concreto, la «gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato» si riferisca non all’offesa all’interesse tutelato ma, ancora una volta, ad eventi “naturalistici” di danno o di pericolo di danno conseguenza del reato. Solo così ragionando, si potrebbe allora, fra l’altro, anche arrivare alla conclusione che i rapporti tra la disposizione dell’art. 133 comma 1 n. 2 c.p. e quella dell’art. 62 n. 6 sono di “genere” a “specie”. Piuttosto ci si potrebbe anche chiedere se, a differenza di quanto abbiamo detto, quando l’art. 62 n. 6 c.p. parla di “conseguenze dannose o pericolose del reato” e lo stesso *incipit* degli artt. 61 e 62 c.p. utilizza, rispettivamente, l’espressione “Aggravano il reato” o “Attenuano il reato”, queste ipotesi di “condotte susseguenti” al reato non possano essere ricondotte – prima ancora della determinazione della pena concretamente applicabile – ad un concetto “ampio” di “reato”, comprensivo anche di questi condotte *successive* alla condotta costitutiva del reato; come si ricaverebbe anche dalla stessa rubrica dell’art. 133 c.p. che parla *tout court*, anche per le situazioni da tenere presente per la individuazione della “personalità criminale” dell’autore del fatto di reato (retro note 282 e 285), anche alla “condotta susseguente” al reato stesso. Ciò anche perché non è detto che, letteralmente, la stessa formula “conseguenze dannose o pericolose del reato” non possa di per sé essere direttamente riferita alle conseguenze, “naturalistiche”, *interne* alla stessa struttura del “fatto di reato” (vedi anche retro nota 811).

<sup>896</sup> Con l’inadempimento dell’“obbligo” (di “fare” o di “non fare”) in cui si sostanzia la condotta costitutiva del reato e con la conseguente realizzazione del “fatto illecito penale” c’è infatti – per poter qualificare quel “fatto” come “tipico” (vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 550 ss, spec. p. 560) – anche la “lesione dell’interesse tutelato” (attraverso la previsione della norma incriminatrice), lesione che per sua intrinseca natura non può essere che “definitiva” con la “consumazione” del reato (vedi retro nota 881). Il che dimostra come, anche in caso di previsione di un possibile “soddisfacimento tardivo” del “risultato politico” per cui il legislatore ha posto la norma incriminatrice violata, ciò può *logicamente* avvenire *solo attraverso l’imposizione di un “nuovo obbligo”, sia pure “contenutisticamente identico” a quello originario rimasto inadempito*. Nuovo “dovere” poi che, a voler essere dommaticamente precisi, costituisce propriamente contenuto, tecnicamente, a seconda dell’angolo visuale da cui lo si guardi, sia di una situazione giuridico-soggettiva di “obbligo” dal punto di vista civilistico sia di “onere” dal punto di vista del diritto penale al fine del conseguimento del risultato “favorevole” dell’estinzione della punibilità (vedi *infra* nel testo e nelle note seguenti). Sul concetto di inadempimento “non definitivo” si veda, nella dottrina civilistica, GIORGIANNI, *L’inadempimento*, cit., p. 87 ss. Che, guardando questo “dovere” dal punto di vista civilistico, esso continua ad essere contenuto di una vera e propria situazione

in cui la violazione dell'obbligo penalmente sanzionato sia *costitutivo altresì di un illecito civile* (si pensi, ad es., all'«adempimento dell'obbligazione prima della condanna» che «estingue il reato» di insolvenza fraudolenta: art. 641 comma 2 c.p.)<sup>897</sup> o *amministrativo* (si pensi al pagamento tardivo, oltretutto *spesso parziale* in forza di un c.d. “condono”, del tributo dovuto, quando è superiore a un certo ammontare)<sup>898</sup>, anche e soprattutto *nei reati omissivi*

giuridico-soggettiva passiva di “obbligo” trova d'altronde conferma nel fatto che a questo dovere corrisponde ancora, sul lato “attivo”, il “diritto di credito”. Tant'è che, in caso di contratto a prestazioni corrispettive, l'art. 1453 c.c., di fronte ad una situazione di “inadempimento” (dell'obbligo originario), dà ancora la possibilità al creditore, prima di chiedere la risoluzione del contratto, di sollecitare l'“adempimento dell'obbligo”. Discorso che però mi sembra valga, dal punto di vista penale, solo nei casi in cui, come nell'art. 641 c.p., la violazione dell'obbligo penalmente sanzionato dia luogo *anche* ad un illecito civile.

<sup>897</sup> Che non si tratti in questi casi dello stesso obbligo rimasto (originariamente) inadempito, *ma di un “nuovo obbligo” sia pure “contenutisticamente identico” al primo*, è dimostrato dal fatto che questo secondo obbligo nasce “*dopo*” la violazione del primo (come si esprime infatti l'art. 641 comma 1 c.p., «qualora l'obbligazione non sia adempiuta»; inadempimento dunque, per sua natura normativa, “definitivo”); nuovo obbligo oltretutto con un preciso “termine di adempimento” («prima della condanna»; oltretutto diverso dal termine di adempimento rilevante in sede civile, ancorato alla persistenza dell'“interesse all'adempimento” da parte del creditore: infra nota 899). Piuttosto, come abbiamo ricordato nella nota precedente e come meglio vedremo subito dopo nel testo infra, il “*dovere di adempiere l'obbligazione rimasta inadempita*”, in realtà, dal punto di vista della sua corretta qualificazione dommatico-normativa, *non costituisce contenuto di un “obbligo”* (situazione giuridica soggettiva passiva cui corrisponde, sul lato attivo, un “diritto soggettivo”), almeno dalla prospettiva della sua rilevanza penale (vedi nota 896) *ma, propriamente, di un “onere”* (che si “*sostituisce*” all'obbligo originario rimasto inadempito, “dovere” al cui adempimento, *rimesso alla “libera scelta” del destinatario*, è a sua volta subordinata l'“estinzione del reato”, ossia della “punibilità”). Anzi, più precisamente, per meglio comprendere il fenomeno di cui ci stiamo occupando, occorre sottolineare come la stessa situazione di “dovere” assume connotati giuridici *diversi* a seconda che la si guardi dal punto di vista civile o penale (retro nota precedente): (nuovo) “obbligo” dal punto di vista civile, in quanto a sua volta suscettibile di (un nuovo) “inadempimento”, e quindi di un (ulteriore) “illecito”, la cui “sanzione” può consistere anche nella sua “esecuzione forzata”; “onere” dal punto di vista penale, in quanto è dall'adempimento del “dovere” che ne costituisce il contenuto, ossia dal tenere il comportamento di adempimento del nuovo obbligo civile del pagamento della somma di denaro dovuta, che consegue la “estinzione del reato” e quindi della “punibilità”, posto che il comportamento di insolvenza fraudolenta integra oltre che un illecito civile *anche* un illecito penale. Comportamento che il soggetto insolvente è “libero” di tenere (a differenza dell'identico comportamento contenuto dell'obbligo costitutivo dell'illecito civile), ma che – e in ciò sta la peculiare natura giuridica dell'“onere” – “deve” tenere se vuole raggiungere il risultato per lui *favorevole* della estinzione della punibilità.

<sup>898</sup> Quando si tratti del pagamento tardivo di un tributo, che detto pagamento costituisca contenuto di un *nuovo* obbligo (o, più correttamente, dal punto di vista quantomeno della sua rilevanza penale, di un “onere”: vedi retro note 896 e 897) è altresì confermato anche dalla circostanza che il “*contenuto del dovere*” può non essere identico a quello originario rimasto ina-

“*propri*”, in cui l’obbligo di “fare”, per la sua struttura e ovviamente sempre che ci sia ancora nonostante la commissione dell’illecito un “*interesse*” al perseguimento del risultato voluto dall’ordinamento giuridicamente meritevole di tutela<sup>899</sup>, può essere adempiuto anche tardivamente, laddove l’ordinamento preveda l’estinzione della punibilità come conseguenza di questo adempimento tardivo (si pensi al comportamento tardivo conforme alle prescrizioni dettate dall’organo di vigilanza in materia di violazione delle norme antinfortunistiche, in genere costitutive di reati omissivi contravvenzionali, come causa di estinzione del reato: art. 24 d. lgs. 19 dicembre 1994, n. 758)<sup>900</sup>. Dall’altro, la condotta estintiva del reato può consistere anche nella *eliminazione degli effetti* del reato commesso (o anche ipotetica-

---

*dempiuto*, come avviene appunto nel caso del c.d. “condono fiscale” in cui, per sua natura e definizione, il *quantum* di tributo evaso da pagare tardivamente è *soltanto* “*parziale*”.

<sup>899</sup> Il riferimento specifico alla *persistenza dell’“interesse all’adempimento”* riguardo, in particolare, l’illecito civile c.d. “contrattuale” è normativamente esplicitato dall’art. 1256 comma 2 c.c. (vedi GIORGIANNI, *L’inadempimento*, cit., p. 92 ss.).

<sup>900</sup> Art. 24 comma 1 d. lgs. 19 dicembre 1994, n. 758: «La contravvenzione si estingue se il contravventore adempie alla prescrizione impartita dall’organo di vigilanza nel termine ivi fissato e provvede al pagamento previsto dall’art. 21, comma 2». Occorre anzitutto sempre ricordarsi che, in particolare, nei reati di “omissione propria” c’è un “termine di adempimento” per sua natura “*perentorio*” che, una volta “scaduto”, determina la *definitiva* realizzazione del reato (anche se la consumazione del reato non coincide necessariamente con la scadenza del termine, potendo verificarsi *anche prima* ossia nel momento in cui il destinatario dell’obbligo di “fare” si sia posto nell’impossibilità materiale di adempiere; il che è fondamentale per riconoscere anche l’ammissibilità del tentativo in questa tipologia di reati: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 115 e ID., *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 80 ss.). Che anche nell’esempio dei reati omissivi c.d. “*propri*”, dopo la commissione dell’illecito, laddove permanga l’interesse ad un c.d. “adempimento tardivo” si sia in presenza di un “dovere di fare” – che, si ricordi, deve considerarsi tecnicamente costitutivo più che di un “obbligo” di un “onere”: retro note 896 e 897 – sempre e comunque “*diverso*” rispetto a quello originariamente previsto dalla norma incriminatrice violata, e quindi “*nuovo*”, è dimostrato dal fatto che, anche laddove questo secondo “dovere di fare” apparisse *contenutisticamente identico* al primo, non si potrebbe tuttavia dimenticare che l’interesse tutelato si ricava dall’insieme di *tutti indistintamente* gli elementi che compongono la “struttura” del fatto criminoso; struttura che, nei reati omissivi propri, contempla logicamente anche un “*termine di adempimento*” (dell’obbligo di fare) (per tutti vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 115). Con la conseguenza che un *nuovo* termine di adempimento presupporrebbe anche un dovere di fare *diverso* (e quindi anche un diverso interesse tutelato). Considerazioni queste che valgono a maggior ragione laddove il “dovere di fare”, da cui dipende l’“estinzione della punibilità” per il reato omissivo commesso, possa avere un contenuto *in tutto o anche solo in parte “diverso”* da quello che costituisce l’“obbligo” di fare originariamente violato, come potrebbe *di fatto* accadere, appunto, con riferimento alle prescrizioni di fare dettate dall’organo di vigilanza in materia di sicurezza e di igiene del lavoro ai sensi dell’art. 20 d. lgs. n. 758 del 1994 e tecnicamente costitutive di un “onere”.

mente commesso); il che può avvenire o attraverso una *condotta propriamente "antagonista"* rispetto a quella costitutiva del fatto di reato realizzato (si pensi alla "ritrattazione" rispetto al delitto di falsa testimonianza: art. 376 comma 1 c.p.; o anche allo scioglimento o al semplice ritirarsi dalla banda armata rispetto al delitto di costituzione o di partecipazione a banda armata: art. 309 comma 1 n. 2 c.p.)<sup>901</sup> ovvero anche attraverso la *remissione in pristino* della situazione antecedente alla commissione del reato (si pensi alla rimessione in pristino delle aree e degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici: art. 181-*quinquies* d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e/o alla bonifica di un sito ambientale)<sup>902</sup>.

Questa sanzione esecutiva *criminale* della "eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato" – sia pure, come detto, meramente "informale" – costituisce tecnicamente, si noti, oggetto di una "*situazione giuridica soggettiva passiva*" di "onere"<sup>903</sup>, il cui contenuto si sostanzia in un com-

<sup>901</sup> Che si tratti qui di condotta "antagonista", nel senso di *contenutisticamente "opposta" rispetto a quella costitutiva del reato*, si ricava dalla considerazione che, ad es., nel delitto di falsa testimonianza il soggetto ha dichiarato il falso, contro il suo "dovere" di deporre il vero; dovere di deporre il vero che, nella ritrattazione, *presuppone* comunque logicamente che si sia in precedenza dichiarato il falso (e quindi che si sia violato *in modo definitivo* l'obbligo penalmente sanzionato realizzando il reato). Onde comunque non si tratta dello stesso dovere di fare, *ma di un "dovere di fare" "diverso"* attraverso cui, propriamente, si "eliminano le conseguenze" del delitto precedentemente commesso. Alle stesse conclusioni si deve pervenire, *mutatis mutandis*, con riferimento al delitto di formazione e/o partecipazione a banda armata, nei confronti di coloro che disciogliono la banda armata o, non essendone promotori o capi ("elemento negativo" in senso proprio di questa "causa sopravvenuta di non punibilità"), si ritirano da essa. Dove la condotta di "scioglimento" della banda armata o di "ritiro" da essa è, in modo inequivoco, *strutturalmente "diversa"*, meglio: "*opposta*", rispetto a quella che costituisce "contenuto" dell'obbligo penalmente sanzionato la cui violazione integra il reato (ossia formare e/o partecipare alla banda stessa).

<sup>902</sup> Vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 43 e nota 2 quando, invece di reati a "condotta istantanea" ad "effetti permanenti" (formula decisamente *ambigua*: si pensi ai delitti di omicidio, ad effetti sicuramente permanenti nel senso di definitivamente "irreversibili", a differenza invece del furto dove è comunque possibile fare cessare la permanenza degli effetti mediante la restituzione o il recupero della cosa sottratta), preferisce senz'altro parlare di *reati ad effetti "eliminabili"* (vedi retro note 104 e 885; si veda anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 471).

<sup>903</sup> Nel senso che il diritto penale-criminale conosca anche situazioni giuridiche soggettive, sia attive che passive, *ulteriori* rispetto all'"obbligo" la cui violazione integra la condotta costitutiva del reato vedi GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 18-21. In generale, sulla "subiettivizzazione" della norma penale vedi, per tutti, MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Bari-Città di Castello, Macrì, 1942. Sul concetto di "onere" dal punto di vista della teoria generale vedi Gavazzi (cit. retro nota 271). Per chiarezza di linguaggio, fondamentale nel discorso scientifico onde evitare inutili se non senz'altro perniciose confusioni, è poi preferibile *non* utilizzare, con riferimento al "contenuto" dell'"onere", il

portamento attuativo di un “dovere” di “fare” (ossia in un comportamento “attivo”), al cui *volontario adempimento* (quindi: *libero*)<sup>904</sup> è subordinata la concessione di una serie di “benefici” al responsabile di un reato (meglio: meramente *indicato* come tale in una ipotesi indagatoria o accusatoria), benefici che fanno riferimento alla “punibilità” (sia nel *quantum* che, addirittura, nell'*an*). Sanzione esecutiva criminale la cui presenza determina nel nostro diritto positivo, almeno come regola generale, *l'attenuazione* della pena in sede di sua commisurazione (artt. 133 comma 2 n. 3 e 62 n. 6 c.p.)<sup>905</sup>, ma anche, sia pure “*eccezionalmente*” *solo in alcuni casi particolari* “*tassativamente*” *previsti dalla legge, addirittura la stessa definitiva “eliminazione della pena criminale”* e quindi la “non punibilità” dell'autore del fatto di reato (anche se solo ipoteticamente indicato come tale). Il che avviene, normalmente, *attraverso il*

---

termine “obbligo” (cui dovrebbe farsi viceversa ricorso *solo* per indicare la situazione giuridica soggettiva passiva la cui violazione dà luogo alla realizzazione di un “illecito”) ma quello – più generico – di “dovere”. Breve: il “dovere” può costituire “contenuto” sia di ciò che, tecnicamente dal punto di vista giuridico, chiamiamo “obbligo” sia di ciò che chiamiamo “onere” (nel quale ultimo caso – anche se può apparentemente sembrare un ossimoro – si tratta di un *dovere comunque “libero”*): infatti, *l'adempimento dell'“obbligo” serve ad “evitare” (= “prevenire”) una conseguenza giuridica “sfavorevole”* (la “sanzione” per la commissione di un “illecito”); mentre, al contrario, *l'adempimento dell'“onere” serve per “conseguire” un effetto giuridico “favorevole”* (nel nostro caso, l’“estinzione della punibilità”). Per una diversa distinzione, sempre convenzionale, tra i concetti di “dovere” e “obbligo” vedi tuttavia GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 475 e 544-545.

<sup>904</sup> “Onere” come “dovere-libertà” (come detto retro in nota 271), dietro il cui apparente ossimoro sta ciò che Brunetti definiva come “regola finale” (e da altra dottrina anche “norma tecnica”: G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, Utet, 1913, rist. anast., Camerino, E.S.I., 1979). Nel senso che, se un soggetto vuole raggiungere un risultato “favorevole”, “deve” tenere un certo comportamento; ma se, liberamente, non lo realizza, *non si produce alcuna “conseguenza” nel mondo del diritto*, non modificandosi la situazione giuridica preesistente al mancato adempimento di quel “dovere”. In una parola, la differenza tra il “dovere” in cui si sostanzia l’“obbligo” e quello in cui si sostanzia l’“onere” è che, nel primo caso, l’inadempimento del dovere determina una “conseguenza giuridica sfavorevole”, in particolare una “sanzione”, e quindi una *modificazione* del mondo giuridico; nel secondo caso, semplicemente l’inadempimento del dovere comporta il *mancato raggiungimento* di un “effetto giuridico favorevole” per il soggetto onerato e quindi il *mantenimento* della situazione giuridica anteriore. Alla distinzione poi tra “obbligo” ed “onere”, in caso di inadempimento del “dovere” che costituisce il contenuto di entrambe queste situazioni giuridico-soggettive passive, corrisponde anche la coppia concettuale di “illiceità” e “invalidità” (retro note 99 e 100).

<sup>905</sup> Consistendo sempre il contenuto della “sanzione esecutiva criminale” in una “condotta susseguente al reato”, essa rileva, in caso di condanna dell'imputato, anzitutto in sede di “determinazione della pena in concreto” tra il minimo e il massimo editale *ex art. 133 comma 2 n. 3 c.p.* e quindi – sussistendone tutti gli altri requisiti – anche come circostanza attenuante comune *ex art. 62 n. 6 c.p.*

*meccanismo dell'“estinzione della punibilità”, funzionando detta sanzione esecutiva criminale in genere da “condizione” per l’operatività di una “causa estintiva del reato” (categoria giuridica cui vanno normativamente ricondotte anche le situazioni generalmente conosciute in dottrina come “cause di non punibilità sopravvenuta”)*<sup>906</sup>.

Detto altrimenti, ciò significa allora che, sia pure nei *soli casi* indicati dalla legge – casi comunque sempre più frequentemente previsti (soprattutto negli ultimi anni) dal legislatore, e quindi *espressione di una ben precisa linea di tendenza “politico-criminale”,* laddove sia materialmente o giuridicamente possibile perseguire *ex post* lo stesso “risultato pratico” per cui è stata tuita la “norma incriminatrice” –, l’ordinamento rimette alla *esclusiva “disponibilità”* dello stesso *autore (anche meramente ipotetico)* dell’illecito penale la *libera scelta* tra la sanzione *criminale* “punitiva”, ossia la “pena criminale”, e quella *criminale* “esecutiva”, della “eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”; sanzione “esecutiva” che dunque, in ultima analisi, assumerebbe in questi casi la “natura” di sanzione criminale “*sostitutiva della pena.*”

#### 4. La “autoapplicazione” di sanzioni esecutive “civili” o “amministrative” come causa di estinzione della pena criminale

Ma – ed è questo un punto della massima rilevanza ai fini della ricostruzione di un sistema criminale “integrato” – la “*condotta susseguente al reato*” (e oggetto di un “onere”), che determina l’“estinzione” della “punibilità” attraverso la eliminazione degli effetti del reato stesso, ossia la “remissione in pristino” (sia pure da intendere in senso lato, come comprensiva anche delle condotte “antagoniste”), può essere integrativa di una “*sanzione esecutiva non solo di natura “criminale”* (anche se da intendere in senso “informale” in quanto non nominativamente indicata come tale) *ma anche* – sia pure nei

<sup>906</sup> L’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” ha, anzitutto e in termini generali (tendenzialmente cioè per tutti i reati), la *funzione* di “attenuare” la “gravità” del reato commesso e quindi la pena (art. 62 n. 6 c.p., dove però all’“elisione” delle conseguenze del reato è *normativamente equiparata* la loro semplice “attenuazione”; il che è logico, considerando che questa disposizione prevede solo una attenuazione del trattamento sanzionatorio e non la estinzione *tout court* della punibilità). Fra le condotte c.d. “riparatorie” sono espressamente qualificate come integrative di “cause estintive del reato”, ad es., quelle previste dagli articoli 162-*bis* c.p. (“Oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative”), 168-*bis* c.p. (“Sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato”), 35 d.lgs. n. 274/2000 (“Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie”), 2627 e 2628 c.c.; di mera “non punibilità” ad es. quelle descritte dagli artt. 308 e 309 c.p.

soli casi *tassativamente* previsti dalla legge – *persino di diversa natura giuridica, “civile” o “amministrativa”*<sup>907</sup>.

Tale *estinzione della punibilità* per l'intervento di un comportamento *originariamente* costitutivo di una *sanzione esecutiva “extrapenale”* rappresenta, a ben vedere, una diretta e immediata conseguenza logicamente ipotizzabile della *“interferenza” tra “fattispecie di responsabilità”* sanzionate con sanzioni di diversa natura giuridica, ma che hanno tutte *in comune*, fra i loro “elementi costitutivi”, la realizzazione di un *“fatto di reato”*. Interferenza che, di per sé considerata, dovrebbe piuttosto portare, almeno *come regola*, di fronte alla commissione di un fatto di reato (e ovviamente in presenza degli *ulteriori*

<sup>907</sup> Di regola la legge penale mette accanto, nella stessa “disposizione”, le sanzioni esecutive “extrapenali” a quella “penale” (dell’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”) come cause estintive della punibilità. Il discorso che però ora ci interessa vale solo per i casi in cui, da un lato, la “sanzione esecutiva” penale o extrapenale comporti *tout court* l’“estinzione del reato”, e quindi della “punibilità”, e non la semplice “attenuazione” della pena concretamente applicata (come viceversa accade ai sensi dell’art. 62 n. 6 c.p.); dall’altro, sempre che il risarcimento del danno e le restituzioni o la sanzione esecutiva amministrativa siano previsti in *“alternativa”* rispetto alla sanzione esecutiva penale (dell’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”) e in modo *“esclusivo”* ai fini dell’“estinzione del reato” (nel senso che *non è normativamente* necessario, per l’operatività della causa estintiva della punibilità, che le sanzioni esecutive extrapenali debbano “cumularsi” in concreto con la sanzione esecutiva penale). A differenza di quanto ritenuto da parte della dottrina (MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 458), non mi sembra poi che sotto il concetto – *normativo* – di “eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato” possano ricondursi anche il risarcimento del danno e le restituzioni (civili): ciò, non solo perché, come sappiamo, molte disposizioni prevedono senz’altro queste diverse sanzioni esecutive in rapporto di “alternatività” fra loro, ma anche perché il “danno da reato”, da intendere come sinonimo di “danno criminale”, cui almeno secondo la dottrina dominante (ma vedi le precisazioni fatte retro note 811 e 895) fanno riferimento tra gli altri gli artt. 133 comma 1 n. 2 e 62 n. 6 c.p., deve essere concettualmente ben distinto dal “danno risarcibile”. Occorre però notare come, a differenza di quanto stabilito dall’art. 62 n. 6, che rappresenta una sorta di “modello generale” delle c.d. condotte “riparatorie” ed è assolutamente chiaro sulla loro “alternatività”, viceversa le disposizioni che prevedono situazioni integrative di cause di estinzione del reato spesso richiedono il “cumulo” delle sanzioni “riparatorie” penali ed extrapenali utilizzando, invece della disgiuntiva “o” la congiunzione “e”. Ciò si verifica, ad es., con gli articoli 162-ter c.p. (“Estinzione del reato per condotte riparatorie”), 35 d.lgs. n. 274/2000 (“Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie”), 168-bis c.p. (“Sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato”), dove non è chiaro se questa sia l’effettiva volontà del legislatore o dipenda solo dalla sciattezza di chi scrive materialmente le leggi. Più chiari sono viceversa quei casi di non punibilità sopravvenuta che, senza fare alcun riferimento ad una eventuale vicenda estintiva, si basano su una condotta “antagonista” in senso proprio: si pensi ai casi di non punibilità con riferimento ai delitti di cospirazione e di banda armata (artt. 308 e 309 c.p.). Sempre su una condotta esattamente “speculare” rispetto a quella integrativa del reato si fonda la causa estintiva del reato prevista dall’art. 641 c.p. (“Insolvenza fraudolenta”). E lo stesso si deve dire per le cause estintive del reato previste dagli artt. 2627 e 2628 c.c.

requisiti richiesti dalle rispettive fattispecie di responsabilità), all'applicabilità del “*cumulo delle sanzioni*” penali ed extrapenali (in particolare, trattandosi delle fattispecie di punibilità e di responsabilità civile da reato, alla previsione congiunta come effetti giuridici sanzionatori *cumulativi* tanto della “pena criminale” che del “risarcimento del danno” e/o delle “restituzioni”, come si argomenta inequivocabilmente dall’art. 185 c.p. e dagli artt. 74 e 538 c.p.p.).

Tale interferenza, accanto, ancora una volta, alla mera *attenuazione* della pena concretamente applicata (art. 62 n. 6 c.p.)<sup>908</sup>, può viceversa determinare – e si tratta di un profilo della massima rilevanza ai fini della ricostruzione dommatica di un “sistema globale”, oltre che “integrato”, della “responsabilità da reato” – addirittura (sia pure *eccezionalmente* nei soli casi tassativamente previsti dalla legge) la stessa “non punibilità” dell’autore del fatto di reato (anche se solo ipoteticamente indicato come tale)<sup>909</sup>. Il che avviene, per lo più, *allo stesso modo* di quanto già abbiamo visto avvenire con la sanzione esecutiva criminale *informale* della “eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”, attraverso il ricorso al meccanismo della “*estinzione del reato*” – più precisamente, della “improcedibilità” come conseguenza dell’“*estinzione*” dell’“*azione penale*” e quindi, alla fine, della stessa “punibilità”<sup>910</sup> – prevedendosi come *condizione* per l’operatività della causa estintiva l’*applicazione di una sanzione esecutiva*, a seconda dei casi, *civile*, come il risarcimento del danno patrimoniale<sup>911</sup> e/o le restituzioni<sup>912</sup>, o *amministra-*

<sup>908</sup> Art. 62 n. 6 c.p.: «CIRCOSTANZE ATTENUANTI COMUNI – Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: ... 6) l’aver prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l’essersi, prima del giudizio e fuori del caso previsto nell’ultimo capoverso dell’art. 56 [c.d. ravvedimento attivo nel delitto tentato], adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato».

<sup>909</sup> Reato che allora deve essere *almeno “logicamente” presupposto nella sua esistenza*, sia pure come mera “ipotesi di indagine o accusatoria”, *anche se non ritualmente accertato* (infra cap. V, 6).

<sup>910</sup> Vedi retro cap. I, 10 n. 2a.

<sup>911</sup> Una domanda delicata dal punto di vista dommatico potrebbe essere però qui avanzata. Siccome la legge, quando subordina l’*estinzione del reato* al “risarcimento del danno”, *non distingue* tra risarcimento del danno “patrimoniale” e “non patrimoniale” (coerentemente d’altronde con quanto discende dall’art. 185 comma 2 c.p., trattandosi comunque di “danno da reato”), ci si potrebbe allora chiedere, laddove la fattispecie estintiva faccia riferimento, genericamente, al “risarcimento del danno”, che “funzione” assolve il risarcimento del danno “non patrimoniale”. Posto infatti che questo tipo di risarcimento non integra una sanzione “esecutiva” (a differenza di quello patrimoniale), *ma una “punitiva”*, come si pone rispetto alla “pena criminale” di cui determina l’“*estinzione*”? Credo che, in questo caso, la sanzione *punitiva civile* del risarcimento del danno “non patrimoniale” svolga *tout court* la funzione di “*sanzione alternativa*” rispetto alla sanzione *punitiva criminale*. Che anche una

“sanzione punitiva civile” possa essere “alternativa” alla pena criminale assume un significato rilevante dal punto di vista della costruzione di un “sistema criminale integrale e integrato” in particolare oggi, trovando altresì sia pure da un’altra angolazione conferma, proprio sul piano sistematico, nella circostanza che il legislatore ha iniziato a prevedere in caso di “depenalizzazione” di certi reati (oltretutto non contravvenzionali, indicati nell’art. 4 d. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7: retro nota 355) direttamente “*sanzioni pecuniarie civili*”, così *normativamente denominate* (di natura sicuramente “punitiva”), e quindi *già in astratto* “alternative” alla pena criminale (retro note 135 e 850).

<sup>912</sup>Un delicato problema attiene alla possibilità dell’“estinzione della punibilità” attraverso il c.d. “adempimento del terzo”: occorre cioè chiedersi se il comportamento di eliminazione degli effetti del reato (in senso lato) possa provenire, oltre che dal suo (presunto) autore, anche da un “terzo estraneo”, ossia se l’adempimento del dovere contenuto della sanzione esecutiva possa essere eseguito anche da parte del terzo, il che vale, in particolare, anche per le ipotesi in cui l’obbligo la cui violazione è penalmente sanzionata costituisca *anche una obbligazione civile*, come nel caso dell’insolvenza fraudolenta; dunque, almeno nei casi in cui, essendo il risarcimento del danno (che, si ricordi, può avvenire anche “in forma specifica” *ex* art. 2058 c.c.) una sanzione esecutiva di natura civile, potrebbe trovare applicazione l’art. 1180 c.c. (secondo cui «L’obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione»). Il problema nasce dal fatto che, essendo la “responsabilità penale personale” e incidendo la condotta ripristinatoria sulla quantità di pena applicabile (art. 62 n. 6 c.p.) o, addirittura, sulla stessa applicabilità della pena *tout court*, sembrerebbe, almeno a prima vista, che questo comportamento debba logicamente provenire anch’esso dallo stesso autore del reato (o indicato come tale). In altri termini, ci si deve chiedere se – richiamando, anche se impropriamente, una tradizionale distinzione civilistica – si sia qui in presenza di un “obbligo di comportamento” *personale* o di un “obbligo di risultato” purché comunque *satisfattorio* per la persona offesa (o comunque presunta tale). Anzitutto, occorre ricordare come oggi sia giurisprudenza assolutamente consolidata che l’attenuante dell’art. 62 n. 6 c.p. possa essere applicata anche laddove al risarcimento del danno provveda la compagnia assicurativa (Corte cost., sent. 23 aprile 1998 n. 138; anche se successivamente la Suprema Corte ha richiesto, per l’operatività dell’attenuante, l’ulteriore requisito che l’imputato abbia altresì conoscenza dell’intervento della società di assicurazione, mostri la volontà di farlo proprio e il risarcimento sia integrale nei confronti di tutte le persone offese, evidenziando così di non volere abbandonare del tutto il presupposto tutto “ideologico” del “ravvedimento” personale del reo: Cass. pen., Sez. IV, 24 giugno 2021, n. 40543; Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 2018, n. 49593). L’obiezione potrebbe però essere che una cosa è parlare di semplice attenuazione della pena, altra di sua totale estinzione. Mi sembra tuttavia che l’istituto dell’“adempimento del terzo” sia comunque applicabile in sede penale anche con riferimento alle vicende estintive della punibilità conseguenti a risarcimento del danno o restituzioni. A questa conclusione si deve pervenire, a mio avviso, sulla base di una corretta interpretazione sistematica: infatti, trattandosi pur sempre di risarcimento del danno *da reato* (o di *restitutio in integrum*), occorre ricordare, in particolare, che l’art. 185 comma 2 c.p. fa riferimento, come soggetti obbligati “in solido” al risarcimento con l’autore del reato, anche alle «persone che, a norma delle leggi civili, *debbono rispondere per il fatto di lui*» e quindi anche a soggetti “*estranei*” alla commissione del reato. E lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per le restituzioni di cui all’art. 185 comma 1 c.p. Tutti soggetti “terzi” che dunque possono (anzi debbono, in quanto obbligati in solido) adempiere l’obbligazione in luogo del colpevole (o comunque indicato come tale). A ciò

*tiva* (sempre, ovviamente, laddove sia ancora materialmente o giuridicamente possibile, sia pure in ritardo, pervenire allo *stesso risultato pratico* dal punto di vista politico cui tendeva la pretesa normativa, penalmente sanzionata, rimasta inadempita). Breve: il legislatore, sempre più frequentemente, prevede ipotesi in cui una *sanzione esecutiva “extrapenale”* derivante dalla commissione di un “fatto di reato” (e dalla integrazione della relativa fattispecie di responsabilità civile o amministrativa), che dovrebbe, come regola generale, “cumularsi” con la pena criminale, assume *viceversa* – sia pure in casi tassativamente previsti (nei quali è ancora possibile una “remissione in pristino”) – la *funzione* di “condizione” per l’“*estinzione del reato*” e quindi della stessa “punibilità”. Sanzione esecutiva “extrapenale” che costituisce, al pari di quella esecutiva penale, oggetto, ancora una volta, di una situazione giuridica soggettiva passiva di “onere” per l’autore del reato (o, meglio, per il soggetto cui è riferibile la corrispondente ipotesi di indagine o accusatoria).

Ciò porta a diverse conseguenze, sul piano dommatico, tutte della massima importanza e rilevanza normativa ai fini della (ri)costruzione del “sistema”.

In primo luogo, occorre infatti sottolineare come l’ordinamento giuridico, nei casi in cui è giuridicamente possibile estinguere la punibilità attraverso l’adempimento dell’onere – più specificamente: attraverso la realizzazione della condotta di “fare”<sup>913</sup> in cui si sostanzia la sanzione esecutiva

---

si aggiunga come la persona offesa in qualità di “danneggiato” non possa, a sua volta, ritenersi titolare di alcun “interesse”, giuridicamente tutelabile, a che sia proprio l’autore del reato ad eseguire “personalmente” la prestazione, posto che, se così fosse, l’ordinamento finirebbe per tutelare solo il suo desiderio di “vendetta”, non solo non tutelabile di per sé ma anche perché contrario a quanto espressamente previsto e disciplinato dal legislatore ai sensi dell’art. 185 c.p. (che dispone quali sono *in sede penale* gli effetti giuridici del risarcimento del danno e/o delle restituzioni come sanzioni civili *da reato*). E a questo proposito si consideri anche che l’art. 1180 c.c. stabilisce esplicitamente che l’adempimento dell’obbligazione da parte del terzo può avvenire, come detto, «anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione», creditore che, nel nostro caso, è il “danneggiato da reato” (sia o no anche la persona offesa). Soluzione, come si vede, fra l’altro pienamente congruente con quella visione “utilitaristica” che deve improntare un sistema penale che voglia effettivamente essere “laico” e non eticamente orientato (vedi *infra* cap. V, 6; come sarebbe viceversa laddove si volesse qui richiedere da parte dell’ordinamento un adempimento personale e spontaneo in funzione di una prospettiva “etica” di “ravvedimento” del “colpevole”, contrastante anche con una corretta interpretazione del principio di “rieducazione” del reo ai sensi dell’art. 27 comma 3 Cost.).

<sup>913</sup> Si potrebbe ipotizzare una “sanzione esecutiva” contenuto di un “onere” che si sostanzia in un *comportamento di “non fare”*? Per rispondere a questa domanda, si potrebbe pensare

(ipoteticamente) ad es. ad un reato “*abituale*” costituito da una *serie di comportamenti in violazione di un obbligo di “non fare”* (ad es. *stalking* o maltrattamenti): se, dopo alcuni primi inadempimenti, il soggetto adempie quanto prescritto dalla norma incriminatrice che prevede il reato abituale, non tenendo più gli ulteriori comportamenti che la norma gli impone di “non tenere” e che, nel loro insieme con quelli precedenti, integrerebbero – se viceversa tenuti – il reato abituale, non ci può essere “punibilità”. Questa “non punibilità” dipende però dalla circostanza che i comportamenti *dapprima* posti in violazione dell’obbligo di “non fare” *di per sé non sono ancora sufficienti* per integrare il reato abituale; non perché le conseguenze delle prime violazioni dell’obbligo di “non fare” siano state “eliminate”. In breve, la “non punibilità” dipende dalla circostanza che la mancata realizzazione di altri comportamenti, necessari per l’integrazione del reato abituale, rappresenta qui solo adempimento dell’obbligo “primario” di “non fare”. Solo se, viceversa, i diversi comportamenti tenuti hanno *già* raggiunto quella soglia di rilevanza penale che permette di ritenere integrato il reato abituale, e soltanto se il legislatore prevede *altresì* l’estinzione del reato abituale, e quindi la sua non punibilità, qualora il soggetto agente *si astenga* dal realizzare altri comportamenti dello stesso tipo di quelli costitutivi del reato abituale (e quindi sostanzialmente *non* “aggravando le conseguenze” del reato commesso ma, al contrario, “eliminandole”), saremmo allora in presenza di un “onere” avente ad oggetto il “dovere” di “non tenere” altri comportamenti analoghi a quelli già realizzati e costitutivi del reato abituale (commesso). Essendo infatti anche il reato abituale un reato “di durata”, si potrebbe allora anche dire che siamo qui in presenza di una situazione *analog*a a quella del reato permanente (retro nota 104), in cui però la sanzione “esecutiva” contenuto dell’onere si sostanzia in un “dovere di *non fare*” costituito (non, come nel reato permanente, dalla “eliminazione degli effetti” ma) dalla “cessazione dal comportamento illecito” (ad es., non maltrattare). Con riferimento poi, in particolare al reato abituale di “Atti persecutori” previsto dall’art. 612-*bis* c.p., si noti come l’estinzione del reato non sia direttamente correlata alla cessazione degli atti persecutori, ma, trattandosi di un delitto (almeno di regola) perseguibile a querela (comma 4), *indirettamente* alla remissione della querela, causa estintiva del reato che a sua volta ben potrebbe essere *di fatto* (arg. *ex* art. 152 comma 4 c.p., che esclude che la remissione possa essere *formalmente* «sottoposta a termini o a condizioni») condizionata, nel caso di specie, all’adempimento di quel presupposto. Un’ultima precisazione appare a questo punto necessaria. Abbiamo visto come la “sanzione esecutiva” contenuto di un “onere” si sostanzia, con riferimento ai reati abituali, in un comportamento di “non fare”. Ma, se pigliamo ad es. il delitto di maltrattamenti, le diverse condotte necessarie alla sua integrazione possono essere non solo di “fare” (come dare schiaffi o in genere percuotere) ma anche di “non fare” (come non dare da mangiare, se si tratta di un minore). *Rebus sic stantibus*, come si può allora affermare che la condotta di cessazione dal comportamento illecito, oggetto dell’onere, consista sempre in una condotta di “non fare”? In realtà, chi dovesse ragionare in questi termini confonderebbe palesemente, ancora una volta, l’“oggetto della qualificazione” sul piano “naturalistico” dalla “qualificazione dell’oggetto” sul piano “normativo”: infatti, mentre sul piano naturalistico le condotte costitutive del reato abituale possono consistere sia in “attività” che in “inattività”, sul piano normativo il reato abituale si sostanzia in una condotta, *giuridicamente “unitaria”* anche se integrata *naturalisticamente* da una necessaria “pluralità” di comportamenti, posta in essere in violazione di un “obbligo giuridico” di “non fare” (ad es., “non maltrattare”). Con la logica conseguenza allora che si può *normativamente* cessare dal comportamento illecito solo tenendo, come oggetto dell’“onere”, una condotta di “non fare” *contenutisticamente identica* a quella contenuto dell’“obbligo originario” violato con la commissione del reato abituale (anche

contenuto dell'onere –, *attribuisca allo stesso autore del fatto di reato la possibilità di "scegliere", ex post facto*, ossia "dopo" la sua commissione (meglio: la sua *ipotetica* commissione), anzitutto il "tipo" di "risposta sanzionatoria", sia pure ancora nell'ambito dello stesso ordinamento penale-criminale *stricto sensu*, se "punitiva" ("pena criminale") o "esecutiva" ("eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato"), lasciando quindi alla sua *piena e sostanziale "disponibilità" la "scelta definitiva" sulla stessa applicabilità della sanzione punitiva-pena criminale*.

Ma non basta. La "interferenza" tra responsabilità penale, civile e amministrativa da reato si trasforma infatti in loro stretta "interdipendenza" nel momento in cui l'ordinamento, stabilendo l'"estinzione del reato" e quindi della "punibilità" persino in caso di adempimento volontario degli "oneri" in cui si sostanzia il contenuto delle *sanzioni esecutive civili e amministrative*, e dunque *extrapenali*, finisce per rimettere alla assoluta "discrezionalità" – se non, forse in maniera tecnicamente più corretta, all'"arbitrio"<sup>914</sup> – dell'autore del fatto di reato (o meglio: semplicemente indicato come tale) *addirittura anche la stessa scelta della "natura giuridica" della "sanzione" applicabile*, se penale *ovvero civile* (o, se prevista, *anche amministrativa*). Così operando tuttavia – e si tratta del rilievo ancora più importante dal punto di vista sistematico – l'ordinamento finisce per attribuire altresì *al medesimo autore del reato* (o meglio: anche al semplice indicato come reo), *ex post facto* (e sia pure nei soli casi *tassativamente* previsti dalla legge), non solo la scelta tra sanzione punitiva e sanzione esecutiva, sempre però di natura criminale, ma persino la *scelta se rimanere all'"interno" del procedimento/processo penale*, con conseguente possibilità, all'esito del giudizio, di applicazione in concreto della pena (criminale), *ovvero "fuoriuscire", in modo assoluto e definitivamente, dallo stesso "circuito penale"*<sup>915</sup> *attraverso la "autoapplicazione"* – di regola *entro un termine* (da considerarsi "perentorio") indicato di volta in volta dal legislatore, il più delle volte fino alle

---

se sul piano naturalistico può consistere anche in una attività, cioè in un "fare").

<sup>914</sup> Si ricordi infatti che di "discrezionalità" in senso tecnico, sia essa "vincolata" (a certi criteri indicati dal legislatore, come ad es. nell'art. 133 c.p.) o "libera", si può giuridicamente parlare *solo laddove il titolare del relativo potere deve comunque "motivare" la sua scelta*. Il che distingue il concetto di "discrezionalità" da quello di "arbitrarietà". Vedi anche retro note 325 e 595.

<sup>915</sup> Si ricordi come la "fuoriuscita" dal "circuito penale" si verifica – come visto (retro cap. V, 2) – anche in conseguenza dell'operatività del rapporto di specialità fra sanzione "punitiva" penale o amministrativa, ma secondo una valutazione già effettuata *ex ante* in astratto dal legislatore, nel senso di ritenere prevalente, e quindi *unica disposizione applicabile*, quella strutturalmente "speciale" (purché entrambe di fonte statale): art. 9 legge 689/1981.

formalità di apertura del dibattimento di primo grado<sup>916</sup> – della “*sanzione esecutiva extrapenale*”, civile (risarcimento del danno e restituzioni) o amministrativa (di tipo “ripristinatorio”). Sanzione esecutiva *extrapenale* che, invece di “cumularsi” con la penale, secondo la regola, se volontariamente “autoapplicata” dal reo (nel termine stabilito dalla legge), diventa viceversa “*alternativa*” e quindi “*sostitutiva*” della stessa pena criminale<sup>917</sup>; confermando così, *anche nel settore penale-criminale dell’ordinamento, la “preminenza logica”* – ovviamente fin dove “possibile” (materialmente o giuridicamente) – *delle sanzioni “esecutive”* rispetto alle “punitive”<sup>918</sup>, non solo se di natura criminale, ma addirittura anche se di “*natura giuridica*” diversa dalla criminale.

Il che significa, almeno in questi casi in cui è *giuridicamente* possibile una rimessione in pristino dopo la commissione del reato (o quantomeno l’ipotesi della sua commissione), che l’ordinamento, rimettendo nelle mani dello stesso reo (o anche del semplice indicato come reo), in via esclusiva, assoluta e insindacabile la sostanziale (*ma anche formale* in quanto *normativamente* prevista e disciplinata) “*disponibilità*” della “*pena criminale*”, non ritiene più “*inderogabile*” la sua applicabilità, lasciando così la “*gestione della risposta sanzionatoria*” allo stesso autore del reato (o semplicemente indicato come tale)<sup>919</sup>.

Che la “*gestione della risposta sanzionatoria*” per la commissione di un fatto di reato sia oggi, *almeno come linea tendenziale di politica criminale* e ovviamente laddove sia possibile<sup>920</sup>, rimessa *ex post facto* alla “*disponibilità*” dello stesso reo non costituisce d’altronde una assoluta novità trovando una ulteriore e significativa conferma, sempre dal punto di vista “normativo”, sul

<sup>916</sup> Il più delle volte fino alle formalità di apertura del dibattimento di primo grado (art. 162-bis c.p.; art. 13 d. lgs. n. 74/2000; art. 17 d. lgs. n. 231/2001), altre volte fino a prima della condanna (art. 641 cp.)

<sup>917</sup> Retro cap. V, 3. Lo stesso discorso vale *anche per la sanzione esecutiva penale* dell’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, da considerarsi pertanto, sia pure nei soli casi previsti dalla legge, “*sostitutiva*” della pena criminale. In generale, sull’ampliamento del concetto di “*sanzione sostitutiva*” vedi retro nota 144.

<sup>918</sup> Retro cap. I, 5 e 10 n. 2b.

<sup>919</sup> Si ricordi anche come, persino laddove si giunga alla fase di “*esecuzione*” della pena criminale, l’“*eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose*” del reato commesso divenga spesso *presupposto* necessario per la stessa concessione dei c.d. “*benefici penitenziari*”, quali, *in primis*, le “*misure alternative alla detenzione*” (un esempio si trova nell’affidamento in prova: art. 47 comma 7 ord. penit.). Casi nei quali però, come è evidente, il condannato non ha più la stessa disponibilità della pena criminale, ma solo, entro certi limiti, delle sue “*modalità di esecuzione*”.

<sup>920</sup> Per la presenza di effetti del reato in senso lato “*eliminabili*”: GALLO, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 43 nota 2.

piano “sistematico” in una particolare disposizione di cui, ancora una volta, la dottrina non ha adeguatamente evidenziato l’importanza. Mi riferisco all’art. 669 comma 2 c.p.p., a tenore del quale, in presenza di una pluralità di sentenze irrevocabili di condanna pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto (con violazione quindi del principio del *ne bis in idem*, stabilito dall’art. 649 c.p.p., e dunque in presenza di un c.d. “conflitto pratico di giudicati”), «Quando le pene irrogate sono diverse, *l’interessato può indicare la sentenza che deve essere eseguita*», rimettendo quindi anzitutto alla “discrezionalità” del condannato la “libera scelta” in ordine alla pena (criminale) cui dare esecuzione e conseguentemente all’individuazione della sentenza di condanna *da lui* concretamente ritenuta “più favorevole”. Infatti, solo «Se l’interessato non si avvale di tale facoltà», il potere di decidere ritorna al giudice dell’esecuzione, che però – a differenza del reo – deve indicare la sentenza da eseguire sulla base di precisi parametri normativi fissati nei commi successivi dello stesso art. 669 e quindi *predeterminati* dal legislatore.

Anche la disciplina dettata dall’art. 669 comma 2 c.p.p. rappresenta dunque un tassello di un mosaico più ampio in cui preponderante è la rimessione allo stesso autore del reato – quindi *ex post facto* – della “libera scelta” in ordine al tipo, alla specie e persino alla natura giuridica della “sanzione” concretamente applicabile di cui può essere valido “destinatario”.

In conclusione: per effetto non solo della “interferenza” ma anche della stretta “interdipendenza” tra le diverse fattispecie di responsabilità da reato si potrebbe dunque arrivare a parlare, addirittura, di “*gestione privatistica della pena criminale*” da parte del reo (o anche del semplice indicato ipoteticamente come reo) (sia pure, lo si ripete, nei soli casi in cui è possibile una “remissione in pristino” e la legge preveda questa possibilità come causa di estinzione della punibilità). Il che, ovviamente, ha anzitutto delle immediate ripercussioni *sia sul “significato” che sulla “funzione” della pena criminale* (nella sua visione tradizionale, già messi fortemente in crisi dall’art. 9 legge n. 689/1981)<sup>921</sup>, con la conseguenza che la dottrina deve allora necessariamente *rivedere le conclusioni* su questi aspetti fondamentali della teoria della pena che ancora vengono viceversa tralaticciamente – e direi ormai anche stancamente – ripetute, di fronte a questo fenomeno che potrebbe essere definito anche come – sia pure parziale – “*privatizzazione del diritto penale*”<sup>922</sup>, come conseguenza del so-

<sup>921</sup> Sul problema della “funzione della pena criminale” in conseguenza dell’operatività nel sistema degli artt. 9 legge n. 689/1981 e 19 d. lgs. n. 74/2000, funzione che non può conseguentemente essere più vista solo nella prospettiva della “risocializzazione”, vedi retro cap. V, 2.

<sup>922</sup> Si consideri come, curiosamente, anche se com’è ovvio sulla base di presupposti diversi,

stanziale “*superamento*” del dogma della “*inderogabilità/irrefragabilità*” della pena criminale da sempre considerato quale suo “carattere” indefettibile derivante dalla sua – almeno finora – indiscussa natura “pubblica”<sup>923</sup>.

Ciò si riverbera, in particolare, anzitutto, come detto, sulla stessa “funzione” da attribuire alla pena criminale, funzione, specie se intesa in senso esclusivamente “risocializzativo”, già messa fortemente in crisi dall’operare del principio di “specialità” anche tra disposizioni “punitive” penali-criminali e amministrative (artt. 9 legge n. 689/1981 e 19 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74)<sup>924</sup>; nel senso che, probabilmente, la attuale *tendenza legislativa* – almeno secondo il diritto positivo italiano – è quella di ricondurre *tutte indistintamente* le c.d. “tecniche giuridiche di controllo sociale”, in particolare nella prospettiva della “responsabilità”, sotto un “comune denominatore”: vedere come *unica “funzione” di tutte le “sanzioni”*, di qualunque “natura giuridica” (penali, amministrative e civili) e “specie” (in particolare, punitive o esecutive), la “*reintegrazione dell’ordine giuridico violato*”; il che può avvenire o “in forma specifica” (laddove si tratti di “sanzioni esecutive”) o “per equivalente” (in caso di “sanzioni punitive”)<sup>925</sup>. “Ordine giuridico” che si inverte attraverso ogni “ordinamento giuridico positivo”, la cui effettiva “*ragion d’essere*” – anzitutto come fondamento della sua stessa “legittimazione politica” e quindi della stessa esistenza dello Stato – è il “*mantenimento*” e il

---

la tradizione francese qualifichi il diritto penale come branca del diritto privato (e non pubblico).

<sup>923</sup> Si consideri infatti come praticamente l’unica preoccupazione della dottrina oggi dominante sia viceversa quella di “spingere” (politicamente) il legislatore a pervenire, in nome dell’“ideologia” della “risocializzazione”, ad un sostanziale “ammorbidente” della risposta punitiva criminale, in particolare della sua esecuzione, attraverso il tentativo – dopo il sostanziale fallimento, almeno in Italia, dell’idea di sostituire quanto più possibile la pena detentiva con quella pecuniaria anche amministrativa (che oggi sempre più spesso e *in deroga* all’art. 9 legge n. 689/1981 viene a “cumularsi” con la pena criminale: retro nota 847) – di un sempre più massiccio ricorso alle “misure alternative dell’esecuzione penitenziaria” (ampliando i presupposti applicativi di quelle esistenti o introducendone di nuove) e/o a forme ulteriori di sanzioni sostitutive (oggi pene sostitutive, la cui tipologia e presupposti applicativi sono stati notevolmente ampliati dal d.lgs n. 150/2022, c.d. Riforma Cartabia); ma sempre, comunque, in un’ottica di “punizione” (ossia di “sanzione punitiva”). Sul dogma della “inderogabilità” della pena, vedi capp. I, 16 e V, 1 e nota 361.

<sup>924</sup> Retro cap. V, 2.

<sup>925</sup> La limitazione o addirittura la privazione di beni appartenenti all’autore di un illecito che l’ordinamento vuole prevenire attraverso la minaccia dell’applicazione di una sanzione appunto “punitiva” (= pena come “male”) può infatti, in ultima analisi, essere considerata l’“equivalente normativo” della offesa del bene giuridicamente tutelato e leso dalla commissione dell’illecito (retro nota 888).

“promovimento” della “pace sociale”<sup>926</sup>; o anche, come si diceva in altri tempi, *in ne cives ad arma ruant*<sup>927</sup> o, per dirla più modernamente, affinché i membri di una certa società di fronte alla commissione di un illecito – da intendere sempre come fatto offensivo di certi beni o interessi – non ricorrano a forme di “vendetta” privata o di gruppo. In una parola, per prevenire quell’“uso della forza” quale manifestazione estrema dell’“autotutela privata” e quindi di un “diritto naturale-fondamentale” di cui, non a caso, oggi lo Stato, in quanto appunto espressione di un “ordine giuridico”, ha assunto il “monopolio” esclusivo (lasciando residuare nella titolarità dei privati l’uso della forza solo nelle ipotesi – estreme – di legittima difesa).

##### 5. I rapporti tra la “prevenzione negativa” connessa alla minaccia della pena criminale e l’“onere” costitutivo della sanzione esecutiva

Un ulteriore profilo va però a questo punto ancora evidenziato. Comunque infatti si afferma che la pena, in particolare criminale, svolgerebbe

<sup>926</sup> Che il “fine” di qualunque ordinamento giuridico, che ne giustifica la stessa esistenza, sia *il promovimento e il mantenimento della “pace”* nella società che viene a regolamentare è anzitutto dimostrato dal fatto che, in tutti gli ordinamenti giuridici moderni, l’uso della forza è monopolio esclusivo dello Stato e comunque oggetto di regolamentazione legislativa, per cui non può essere utilizzato come strumento per dirimere le controversie, anzitutto tra privati (salvo in caso di legittima difesa). Vedi anche FERRAJOLI, *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, cit., p. 499. E che uno stato di “pace” costituisca, per definizione, il presupposto di qualunque ordinamento giuridico, non solo statale, trova a sua volta una *significativa conferma* in quell’ordinamento giuridico “primordiale” rappresentato dall’ordinamento giuridico “internazionale”, che, nel momento in cui si è voluto affermare come vero e proprio ordinamento giuridico (*diverso* rispetto a quello dei singoli Stati), ha dovuto inevitabilmente proibire la guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali, qualificandola pertanto normativamente come “illecito internazionale”; il che è appunto avvenuto con lo Statuto delle Nazioni Unite, che individua esplicitamente come primo fine (e principale) dell’ONU quello di «mantenere la pace e la sicurezza internazionale» (art. 1 n. 1; ma vedi anche gli artt. 11, 12, 15, 18, 23, 24, 26, 33, 34, 37, 39, 42, 43, 47, 48, 51, 52, 54, 73, 76, 99, 106), imponendo al contempo, di conseguenza, agli Stati Membri di «astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall’uso della forza» (art. 2 n. 4), ossia vietando, appunto, il ricorso agli strumenti propri della guerra (a meno che non sia per legittima difesa: art. 51, che parla a questo proposito di «diritto naturale di autotutela individuale o collettiva»). Ordinamento giuridico internazionale che è anche il più “democratico” come è dimostrato dalla rilevanza “primaria” nel sistema delle sue “fonti” attribuita, non a caso, alla “consuetudine” (da cui discende anche la sua “norma fondamentale”, la *Grundnorm, pacta sunt servanda*, fonte di legittimità, a sua volta, dell’altra grande fonte del diritto internazionale, ossia il diritto di fonte pattizia ossia dei trattati).

<sup>927</sup> Si veda Carrara retro nota 877.

la sua funzione di “prevenzione generale negativa” esclusivamente nella fase della sua comminatoria astratta; mentre detta funzione non potrebbe – meglio: *non dovrebbe* alla stregua della Costituzione<sup>928</sup> – svolgere alcun ruolo nelle fasi successive della commisurazione e della esecuzione della pena concretamente applicata (fasi nelle quali svolgerebbe viceversa un ruolo preponderante, se non addirittura esclusivo, la “prevenzione speciale” mediante “risocializzazione”)<sup>929</sup>. Se infatti la prevenzione *generale* negativa potesse legittimamente svolgere anche in queste fasi un qualunque ruolo in funzione di un “aggravamento” della pena che sarebbe “meritata” (in quanto “proporzionata”) per la realizzazione di quel concreto fatto illecito, nella prospettiva, in particolare, di placare l’“allarme sociale” determinato dalla commissione di reati “sentiti” come particolarmente gravi in una certa società in un determinato momento storico (o, peggio, perché commessi da certi soggetti, magari politicamente “sgraditi”), il reo finirebbe per rispondere, sia pure in parte, per prevenire il “pericolo” di commissione di futuri reati *da parte di terzi*, con la conseguenza pertanto che, *sia pure parzialmente*, la responsabilità penale sarebbe “per fatto altrui”, con palese violazione quindi del principio costituzionale di “personalità” della responsabilità penale (anche inteso nella sua portata “minima” di divieto di responsabilità penale “per fatto altrui”)<sup>930</sup>.

Nel momento però in cui l’ordinamento prevede la possibilità, sia pure in casi tassativamente stabiliti, di “estinguere” la stessa “punibilità”, ossia la “astratta applicabilità” della “pena criminale”, attraverso la “autoapplicazione” di una “sanzione esecutiva” da parte del soggetto *indicato* come autore di un fatto di reato (nell’ipotesi di indagine o accusatoria), *prima* tuttavia – si sottolinea – del suo accertamento giudiziale (quindi anche in fun-

<sup>928</sup> Come si argomenta, in particolare, ai sensi dell’art. 27 comma 1 Cost. laddove vieta ogni tipo di responsabilità criminale “per fatto altrui”, e quindi *a fortiori* addirittura solo per evitare il “pericolo” di commissione in futuro di reati da parte di terzi (si veda *amplius* subito dopo nel testo).

<sup>929</sup> Vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1702; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 18 ss.

<sup>930</sup> In realtà, non si può comunque dimenticare che, pur senza “aggravare” la posizione del condannato incidendo sulla quantità di pena da irrogare o sulle concrete modalità della sua esecuzione (e quindi senza violare il principio di “personalizzazione” della pena discendente dall’art. 27 comma 1 Cost.), la prevenzione “negativa” svolga sicuramente la sua funzione *anche* nelle fasi della commisurazione e della esecuzione della pena criminale; ciò nella duplice direzione della prevenzione “negativa” non solo “speciale” (ossia nei confronti del *singolo* soggetto condannato), ma anche “generale”, dimostrando verso tutti i consociati, attraverso la “certezza” della applicazione ed esecuzione della pena per la commissione del reato, la “serietà” dell’ordinamento.

zione di un “risparmio” di attività processuali), sanzione esecutiva che costituisce, come visto, contenuto di un “onere” e quindi di una scelta rimessa alla assoluta “valutazione discrezionale” di “opportunità” da parte dell’indicato come reo; siccome è nella logica della situazione soggettiva passiva dell’onere il “dovere” (che è però anche “libertà”)<sup>931</sup> di tenere un certo comportamento per il raggiungimento di un risultato considerato, dal destinatario dell’onere, “utile” in quanto per lui “favorevole”, ciò significa che il comportamento costitutivo della “sanzione esecutiva”, cui è subordinata l’estinzione della punibilità, per essere considerato un effetto favorevole deve, logicamente, costituire un “beneficio” – per il soggetto indicato come autore del fatto di reato – rispetto alla possibilità di applicazione ed esecuzione della pena criminale. Per cui la pena criminale deve essere *già a livello di previsione* “astratta” “sentita” – in un “ideale” rapporto “costi-benefici” (sempre ovviamente secondo gli “schemi medi” propri del diritto) – come qualcosa di “più afflittivo” della sanzione esecutiva; nel senso che, per potere utilmente operare, la “minaccia” della sua applicazione ed esecuzione deve essere “sentita” come più “severa” di qualunque altro tipo di sanzione (compresa la esecutiva). Onde la sanzione punitiva criminale astrattamente comminata deve raggiungere un “grado di severità” tale che la sua “estinzione” possa essere comunque percepita come un “vantaggio” di fronte alla “autoapplicazione” della sanzione “esecutiva”<sup>932</sup>; in particolare specie se, trattandosi di una sanzione esecutiva di natura civile o amministrativa, la sua autoapplicazione possa determinare addirittura la fuoriuscita definitiva dell’indicato come reo dallo stesso “circuito penale”.

In tale prospettiva, si deve allora anche riflettere sul *significato della funzione general-preventiva negativa della pena attraverso l’“intimidazione” del suo (potenziale) destinatario*: nel senso che, siccome la “norma penale incriminatrice”

<sup>931</sup> Sull’“onere” come situazione giuridico-soggettiva di “dovere-libertà” vedi retro nota 904.

<sup>932</sup> Il che tuttavia *in pratica* non avviene sempre, in particolare laddove si tratti di contravvenzioni, magari anche originariamente obblazionabili, o di reati puniti con la sola pena pecuniaria e/o comunque di delitti meno gravi, nel senso di “meno gravemente sanzionati” in astratto (in genere fino a quattro anni di reclusione), che pertanto, anche in caso di condanna (magari a sua volta “patteggiata”), sono puniti di fatto con una pena detentiva per la sua scarsa entità quasi sicuramente eseguibile attraverso “misure alternative alla detenzione” non particolarmente incisive sul diritto di libertà del condannato (come ad es. l’affidamento in prova, se la pena inflitta in concreto non supera – come regola – i tre anni di reclusione: art. 47 comma 1 ord. penit.); pena criminale che pertanto non può avere un reale effetto “dissuasivo”. Sulla necessità di procedere, in particolare, alla “depenalizzazione” di tutti i reati punibili, in astratto o in concreto, con la sola pena pecuniaria vedi cap. IV, 2 e Trapani cit. in nota 866.

non vive, e quindi *non esiste giuridicamente, al di fuori del processo*, si deve ritenere che, fino a quando non sia intervenuto l'effettivo accertamento – sia pure allo “stato degli atti” (come avviene nei riti “speciali”) – dell'illecito penale e quindi della responsabilità del soggetto indicato come reo (nell'ipotesi indagatoria o accusatoria), – in particolare, fino a quando non sia stata pronunciata una sentenza di condanna, e quindi non si sia aperta anche la fase della commisurazione della pena in concreto –, *la pena continua a svolgere la sua funzione*, tipicamente connessa al momento della sua “comminatoria astratta”, di *prevenzione generale*<sup>933</sup> *negativa attraverso “intimidazione”*<sup>934</sup>; in particolare, nei casi in cui è possibile l'estinzione della punibilità attraverso un comportamento di remissione in pristino, come *mezzo di “coercizione indiretta”*<sup>935</sup> in quanto la (“coazione psicologica” connessa alla) “minaccia” della sua applicazione/esecuzione serve proprio ad indurre il – *potenziale* – destinatario all'adempimento dell'onere e quindi alla auto-applicazione della “sanzione esecutiva” (se, appunto, vuole “evitare”, ossia “prevenire”, l'applicazione e l'esecuzione della pena criminale); comportamento *utile*, dal punto di vista c.d. “sostanziale”, ai fini della reintegrazione dell'ordine giu-

<sup>933</sup> Qualcuno potrebbe ritenere che, una volta che attraverso il procedimento penale si faccia riferimento ad un soggetto *concretamente indagato o imputato*, la “minaccia della pena” svolga sì ancora una funzione di “prevenzione negativa”, ma non più “generale” bensì appunto “speciale”. Questa considerazione, sebbene a prima vista apparentemente convincente, non potrebbe tuttavia, a mio avviso, ad una analisi più approfondita essere accolta. Infatti, e sempre considerando che la norma penale non vive fuori del processo, *prima della sua “commisurazione”* in sede applicativa, *la pena “astrattamente minacciata” non si è ancora “concretizzata” in capo ad uno specifico soggetto* (giudizialmente qualificato come “condannato” in quanto si è positivamente accertata la sua posizione di autore del fatto di reato a lui imputato). Breve: di “prevenzione speciale negativa” mediante “intimidazione” si può *normativamente* parlare solo nei confronti del singolo soggetto *condannato* per un fatto di reato già *accertato*.

<sup>934</sup> Laddove viceversa la “autoapplicazione” della “sanzione esecutiva” fosse considerata dall'ordinamento – magari (come avviene oggi di regola) in presenza anche di *altri* requisiti – come “causa di estinzione” del reato o della pena operante *dopo* l'accertamento giudiziale del fatto di reato e la condanna dell'imputato (e quindi nei casi in cui la sanzione esecutiva non debba essere “autoapplicata” *prima* del giudizio, ossia *prima* delle formalità di apertura del dibattimento di primo grado), non v'è dubbio che la minaccia, questa volta, di “esecuzione” della pena (concretamente irrogata) continuerebbe a svolgere la sua funzione di “prevenzione negativa”, *ovviamente non più però “generale” ma “speciale”*. Si pensi, ad es., alle “sanzioni esecutive” di cui all'art. 165 comma 1 c.p., che costituiscono il contenuto degli *oneri* alla cui “autoapplicazione” è subordinata la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena concretamente irrogata e conseguentemente l'estinzione del reato in seguito all'utile decorso del tempo (art. 167 comma 1 c.p.).

<sup>935</sup> In generale, sul concetto di “coercizione indiretta” si veda il fondamentale lavoro di L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, Jovene, 1915, *passim*.

ridico violato “in forma specifica”, e, dal punto di vista “processuale”, in funzione del risparmio di attività processuali (in una logica, astratta, di “costi-benefici”).

6. *La pena criminale e il suo aspetto “simbolico”. Verso il definitivo superamento della visione “sacrale” del diritto penale?*

Nell’ambito delle *sanzioni “punitive”*, come noto, la pena “criminale” è quella che colpisce – direttamente o indirettamente – il bene “massimo” dell’individuo (che, oggi, può essere *legittimamente* “aggredibile” da una qualunque sanzione punitiva), ossia la “libertà personale”<sup>936</sup>.

Per questa sua *intrinseca maggiore “gravità” e quindi “severità”*, la pena criminale può allora essere *legittimamente* prevista astrattamente ed applicata *solo per la lesione di beni considerati della massima importanza nella società*, quelli cioè che (come si diceva un tempo) ne costituiscono le “condizioni minime” di esistenza<sup>937</sup> (come espressione del *principio*, “*giuridico*” ma anche “*logico*”, di “*proporzione*” tra illecito e sanzione, oggi esplicitamente stabilito dall’art. 49 comma 3 Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea e, nell’ordinamento interno, dall’art. 52 c.p. con riferimento alla sanzione punitiva “*primaria*”, in quanto di intero ordinamento, della “*impedibilità*”, ossia la legittima difesa<sup>938</sup>), pena intesa quale “*giusto*” – in quanto “*equili-*

<sup>936</sup> La *illegittimità* nell’ordinamento italiano di una qualunque sanzione punitiva che incida sulla vita, o sulla integrità fisica individuale ovvero – almeno direttamente – sull’onore di una persona discende pacificamente dall’art. 27 Cost. (comma 3: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»; comma 4: «Non è ammessa la pena di morte»), dall’art. 3 della CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti») e dagli artt. 1, rispettivamente, dei Protocolli Addizionali nn. 6 e 13 alla CEDU («La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena né può essere giustiziato»), e dagli artt. 1 («La dignità umana è inviolabile»), 2 comma 2 («Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato»), 3 comma 1 («Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica») e 4 («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti») della Carta dei Diritti fondamentali dell’UE; disposizioni, tutte, che – nel loro insieme e sistematicamente considerate – *limitano* la stessa “tipologia” delle pene criminali (retro nota 117). Nel senso, in particolare, che l’*unica sanzione penale-criminale costituzionalmente legittima*, data la sua funzione di *ultima ratio* fra le tecniche di controllo sociale, sia *solo la pena “detentiva”*, ossia “restrittiva” della libertà personale, o al massimo “limitativa” di detta libertà vedi TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., pp. 1703-1706 (e retro note 113 e 355).

<sup>937</sup> Retro note 113, 323 e 355.

<sup>938</sup> Sul significato della “legittima difesa” quale “sanzione primaria” di “intero ordinamento”, *preesistente* allo stesso ordinamento positivo che si deve limitare a *riconoscerla e tu-*

brato” (e quindi, “laicamente”, “meritato”) – “corrispettivo” rispetto all’illecito commesso (espressione *anche* di una *prospettiva morale di “giustizia”* quale afflizione “meritata” per il “male” commesso attraverso il “reato”).

Delitti, meglio: “crimini” che dunque possono essere costituiti *solo* dai fatti illeciti “sentiti” *come i più gravi* in una certa società in un dato momento storico (secondo valutazioni di “opportunità” *politiche* e pertanto logicamente “contingenti” e – soprattutto – giuridicamente “insindacabili” anche dalla stessa Corte costituzionale: art. 28 legge 11 marzo 1953, n. 87)<sup>939</sup>; onde il significato, oltre che normativo, *anche* logico di “giustizia” del principio che vede nel diritto penale la “*extrema ratio*” di tutela, quando cioè la previsione (e quindi la possibile applicazione) di altre specie sanzionatorie non sia “sentita” come *sufficientemente “adeguata”* rispetto al “disvalore sociale” del fatto lesivo (di certi beni o interessi) (c.d. principio di “sussidiarietà”).

Da ciò discende allora l’*inevitabile aspetto “simbolico”* della pena criminale: proprio in quanto incide sulla libertà personale, bene massimo della persona “agcredibile” legittimamente attraverso la “forza coattiva” dello Stato, tale sanzione porta allora con sé come logica conseguenza *anche* la *massima “stigmatizzazione sociale”* dell’autore di quell’illecito, rappresentato dal “delitto/crimine”, che ne costituisce il presupposto.

Proprio allora per questo aspetto “simbolico”, la pena criminale può essere legittimamente applicata, da un lato, esclusivamente da un organo “imparziale” ma soprattutto “indipendente” e “terzo”, il giudice (così esplicitamente qualificato dall’art. 111 comma 2 Cost.<sup>940</sup>, non bastando allo scopo la semplice “imparzialità”, posto che questa contraddistingue di per sé *anche* l’attività dell’intera pubblica amministrazione – art. 97 comma 2 Cost.<sup>941</sup> –, pur sempre “parte” nella sua funzione di “autotutela” nel momento di applicazione della sanzione amministrativa, anche punitiva); dal-

---

*telarla* quale “diritto fondamentale” della persona alla “autotutela” e alla “sicurezza” secondo quanto disposto dall’art. 2 Cost. vedi TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, cit., pp. 797-798 (e anche retro note 112, 422 e 440). Sul principio di “proporzione” tra illecito e sanzione come “limite” dell’“ambito di validità materiale” della “pena criminale” vedi retro cap. III, 2.4 lett. c (ricordando anche che l’art. 52 c.p. fa, non a caso, esplicito riferimento al requisito della “proporzione” nel disciplinare l’istituto della “sanzione” della legittima difesa-impedibilità).

<sup>939</sup> Retro cap. I, 16.

<sup>940</sup> Art. 111 comma 2 Cost.: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. [La legge ne assicura la ragionevole durata] ... ».

<sup>941</sup> Art. 97 comma 2 Cost.: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione».

l'altro, *attraverso un procedimento estremamente "formalizzato"*, non solo in funzione di "garanzia" dell'indagato/imputato (e, non lo si dimentichi, della stessa persona offesa dal reato), *ma anche*, per la sua esteriore – anche se "laica" – "ritualità", "*simbolico*" (nel senso di: carico di "simbolismo") *nella sua laica "sacralità"*. Procedimento-processo penale cioè visto ancora nell'immaginario collettivo come momento centrale di una celebrazione pubblica intrisa di una "sacralità laica" di cui il giudice è il "sacerdote officiante".

Da ciò la logica conseguenza dell'"udienza penale", come luogo con una sua dimensione spazio-temporale in cui si svolge il giudizio dibattimentale, che deve essere – almeno come regola generale – "*pubblica*" («a pena di nullità», come stabilisce l'art. 471 comma 1 c.p.p.). Stessa logica lungo la quale si muove anche l'affermazione, frequentemente ripetuta in dottrina, che già la semplice sottoposizione a procedimento o a processo penale costituisce una "pena" – nel senso etimologico e comune, prima ancora che giuridico, di "sofferenza" – per l'indagato o imputato<sup>942</sup>.

La circostanza tuttavia che oggi, sia pure (come visto) nei soli casi tassativamente indicati dalla legge (in cui cioè sia ancora possibile raggiungere in forma specifica, sia pure in ritardo, lo stesso risultato cui il legislatore voleva pervenire attraverso l'imposizione dell'obbligo rimasto inosservato), l'ordinamento rimetta la "disponibilità" della sanzione "punitiva" criminale, attraverso il meccanismo della causa estintiva del reato subordinata alla "autoapplicazione" di una sanzione "esecutiva" *persino "extrapenale"*, all'autore del fatto di reato ("reato" che deve essere allora *almeno logicamente presupposto nella sua esistenza*, sia pure come *mera ipotesi* di indagine o accusatoria, anche se non ritualmente accertato), lasciandogli, in definitiva, la stessa *scelta "discrezionale"* (più esattamente: "*arbitraria*") se permanere e/o fuoriuscire dal "circuitto penale" (in contrasto con quel "carattere" della pena criminale, ritenuto finora "coessenziale" – almeno come regola – alla sua natura di sanzione di "diritto pubblico", costituito dalla sua "inderogabilità")<sup>943</sup>, comporta allora, come è evidente, la *fine della "concezione sacrale"* del diritto penale. Alla quale si accompagna inevitabilmente anche la *fine* dell'idea della "pena criminale" come "*stigma*" di fatti (anche e soprattutto) "moralmente riprovevoli" (sia pure dal punto di vista della "morale sociale")<sup>944</sup>.

<sup>942</sup> In questo senso, come già abbiamo visto (retro nota 577), con particolare enfasi e vigore, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., pp. 48-50.

<sup>943</sup> Retro capp. I, 16 e V, 1.

<sup>944</sup> Si noti: anche il *crimen lesae majestatis* – archetipo dei delitti contro la "personalità" dello Stato – è, all'origine, vista la "sacralità" del "potere" in quanto discendente da Dio, *etica-*

Se però il “delitto” *non* ha più – anche, sia pure in linea solo tendenziale, – una valenza “etica” (quantomeno di etica “sociale”), ne consegue logicamente la *definitiva “laicizzazione” dello stesso diritto penale*. Di questo fenomeno, storicamente iniziato in Italia con le fondamentali riflessioni di Beccaria<sup>945</sup>, un sintomo chiarissimo è dato dall’aumento “esponenziale” negli ultimi decenni dei c.d. *mala quia prohibita*, ossia dei reati di mera “creazione legislativa”<sup>946</sup>; abbandono di una visione “etica” del diritto penale che ha anche conseguentemente determinato il passaggio dall’assoluta inescusabilità dell’ignoranza della legge penale alla sua scusabilità se “inevitabile” (ossia giuridicamente “non rimproverabile”)<sup>947</sup>. Ma allora, se la pena (criminale) perde il suo significato (anche) di “disapprovazione morale”<sup>948</sup>, il diritto penale può trovare la “giustificazione” dell’uso della forza sulla persona *solo come mera “tecnica di controllo sociale”*; più precisamente, come *la più grave* fra le diverse tecniche di controllo sociale a causa della particolare rilevanza

---

*mente* riprovevole. In generale, seguono una concezione fundamentalmente “etica” del diritto penale, che caratterizzerebbe specificamente questa branca dell’ordinamento giuridico rispetto alle altre, MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 189-193 e BETTIOL, *Diritto penale*, cit., *passim*, spec. p. 179; da una prospettiva di teoria generale, risolutamente critico nei confronti di ogni forma di “commistione” tra diritto e morale, sia nella forma del “moralismo giuridico” che del “legalismo etico”, Ferrajoli (cit. in nota 946).

<sup>945</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., *passim*.

<sup>946</sup> Anche se, come espressione di politica criminale *in controtendenza* rispetto a quanto sostenuto nel testo, si potrebbe richiamare il continuo appello, specie negli ultimi decenni, alla la c.d. “funzione promozionale” del diritto penale – funzione sotto molti profili, a mio avviso, di dubbia costituzionalità – che si concretizzerebbe sul piano del diritto positivo, in particolare, attraverso il ricorso continuo e sempre più massiccio da parte del legislatore alla tipologia dei reati “omissivi”, in quanto per loro natura fortemente invasivi della sfera di “libertà di azione” della singola persona (e non a caso considerati come fundamentalmente “estranei” ad un visione filosofico-politica “liberale” del diritto penale su cui vedi, in particolare, G. HUMBOLDT, *Saggio sui limiti dell’attività dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1965, *passim*, e, nonostante la sua chiara impronta moralistica, la tradizione del diritto penale inglese). Ciò ovviamente solo laddove si volesse considerare la “funzione promozionale” del diritto penale come espressione di una forma moderna di “moralismo giuridico” basato sulla “morale sociale” e non come mera espressione “laica” di “utilitarismo politico-giuridico” (sui fondamentali concetti di filosofia politica e del diritto, teoricamente opposti, di “moralismo giuridico”, come conformità del diritto positivo ai valori morali e di giustizia, e di “legalismo etico”, come assunzione del diritto positivo a valore etico, vedi FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 197 ss.

<sup>947</sup> Retro cap. III, 2.4 lett. b. La – almeno tendenziale – identificazione tra “diritto” (in particolare penale-criminale) e “morale” rappresenta la concezione cui è funzionale anzitutto proprio il principio della inescusabilità assoluta dell’*ignorantia legis*.

<sup>948</sup> In generale, sul “moralismo giuridico” e sul “legalismo etico”, come i due aspetti dell’*identificazione* (e quindi “sovrapposizione”) tra diritto e morale vedi retro nota 946.

del bene della libertà personale su cui incide, tecniche da vedere nella prospettiva non più “etica” ma “sociologica”, tutte però *egualmente* indirizzate al medesimo fine: il “perseguimento” e il “mantenimento” della “pace sociale”. Ne consegue allora che il diritto penale-criminale oggi si pone (meglio: *dovrebbe* porsi) logicamente e quindi *necessariamente* “ai margini” del “sistema giuridico”, visto nel suo complesso, come – finalmente vera ed effettiva – “*extrema ratio*” di tutela, potendo utilmente, e quindi legittimamente, intervenire solo quando – in termini, si noti, di mera “*efficienza*” rispetto al fine del “controllo sociale” – *non ci sono altri mezzi, di diversa “natura” giuridica* (civile o amministrativa) *altrettanto “idonei” al raggiungimento di quello scopo*. Da ciò anche un’ulteriore e definitiva conferma della “*logicità intrasistemica*” – prima ancora della loro rilevanza costituzionale – dei principî di “frammentarietà” e “sussidiarietà” dell’intervento penale (come aspetti specifici del principio di *ultima ratio* di tutela)<sup>949</sup>.

In questa stessa logica, realmente “utilitaristica” e pertanto non più legata ad una idea – irrealista oltre che politicamente pericolosa – di “giustizia assoluta”<sup>950</sup>, di un “diritto penale” visto come *ultima ratio* di tutela, che trova,

<sup>949</sup> In evidente “controtendenza” rispetto a questa prospettiva di “laicizzazione” del diritto penale si pongono viceversa a mio avviso tutti quegli interventi legislativi che, specie negli ultimi anni, hanno “criminalizzato” comportamenti che si esauriscono, in realtà, in mere “manifestazioni di pensiero” (dal c.d. “negazionismo”, attualmente incriminato dall’art. 604-bis comma 3 c.p., alla mera esibizione di “simboli” di cui, in particolare, alla c.d. Legge Mancino o all’uso di parole o anche a mere opinioni considerate “politicamente sconvenienti”: si pensi da ultimo al c.d. d.d.l. Zan); delitti che non solo si pongono palesemente contro il diritto umano *inviolabile* di *qualunque* persona di manifestare *liberamente* il proprio pensiero, previsto dall’art. 21 Cost. (oltre che da tutti i trattati internazionali ratificati dall’Italia in materia di diritti umani fondamentali), ma che, attraverso la tutela del c.d. “politicamente corretto”, tendono a “promuovere” una – “forzata”, attraverso la minaccia di una pena criminale, in genere molto severa – *nuova idea di “morale sociale”*, per sua natura quasi “nuova religione” anche se “laica”; andando così contro l’idea di fondo che è stata storicamente dietro la – vera – “laicizzazione” del diritto penale a partire dalla fine del XVIII secolo, come la patrocinava già Beccaria: ossia che *non ci può essere “reato” che non si traduca in un effettivo “danno sociale”* (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., *passim*, spec. pp. 5 e 83), contro ogni forma di “eticizzazione” del diritto penale, non solo “religiosa” ma anche, evidentemente, “laica”. Breve: attraverso la tutela penale del “politicamente corretto”, oggi si tende a creare, e conseguentemente ad *imporre coattivamente*, una *nuova “religione laica”*, contro ogni idea moderna di diritto penale. Sul processo in corso di progressiva nuova “eticizzazione” del diritto penale vedi *infra* cap. V, 7.

<sup>950</sup> Abbandono di un ideale di “giustizia assoluta”, utopica e politicamente non garantista, espressione di una visione “etico-morale”, con cui risulta pienamente coerente anche il simmetrico e progressivo abbandono di una visione “assoluta” della “funzione” della pena criminale ancorata all’idea della “retribuzione” a favore di una prospettiva “relativa” in senso prettamente “utilitaristico” (come già propugnato dallo stesso Beccaria). Per cui la “retribuzione” non rappresenta più la “funzione” della pena criminale *ma solo il suo “conte-*

in quanto tale, la sua “pietra angolare” nella “pena criminale” (come si desume anche dalla stessa etimologia), pienamente “funzionale” (oltre che conforme al modello di diritto penale delineato dalla Costituzione) risulta allora anche ogni intervento legislativo che, laddove possibile, *privilegi* comunque, nonostante la commissione dell’illecito, la “rimessione in pristino” dello stato di cose mediante il ricorso ad una “sanzione esecutiva” (addirittura anche di natura extrapenale!), ossia il raggiungimento sia pure tardivo dello stesso risultato politico perseguito dal legislatore attraverso la imposizione di un obbligo penalmente sanzionato, piuttosto che l’applicazione della “pena criminale”; favorendo dunque, in ultima analisi, la definitiva “fuoriuscita” dal “circuito penale” e dunque la “sussidiarietà” dell’intervento “punitivo”.

7. *“Disponibilità della pena” da parte del reo e c.d. “giustizia riparativa”* (restorative justice). Sua “disfunzionalità” rispetto ad un sistema criminale integrale e integrato finalizzato ad una prospettiva “utilitaristica” del diritto penale e della pena criminale

In chiara controtendenza e conseguentemente “disfunzionale” rispetto ad una definitiva “laicizzazione” del diritto penale in senso “utilitaristico” è la recentissima introduzione di un sistema “organico” di c.d. “giustizia riparativa” ad opera del d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, in attuazione dell’art. 1 comma 18 della legge 27 settembre 2021 n. 134 (“Delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”).

È noto come l’intero sistema penale italiano, sostanziale, processuale e penitenziario, ruoti fondamentalmente, ancora oggi, intorno alla figura del “reo” (come autore del reato, come imputato, come condannato). Solo negli ultimi decenni è aumentata la sensibilità nei confronti della “vittima” del reato (intesa in una dimensione più ampia rispetto alla “persona offesa”), finora considerata in modo tutto sommato marginale, anche alla luce degli obblighi internazionali ed europei. In questa ultima prospettiva vuole muoversi la cosiddetta “giustizia riparativa”.

La giustizia riparativa – almeno per coloro che se ne sono specificamente occupati – è un modello di giustizia “alternativo” e “autonomo” rispetto al modello penale classico che si fonda sulla idea di pena come “castigo” per il reo, ampliando la risposta dello Stato di fronte al reato. In-

---

nuto” (nel senso della necessaria “proporzionalità” della pena edittalmente prevista e concretamente irrogata con la “gravità” del reato: cap. III, 2.4 lett. c).

fatti, questo tipo di “giustizia” tende a favorire l’incontro tra l’autore del reato e la sua vittima davanti ad un “mediatore” nel tentativo di superare le conseguenze del reato attraverso un processo di responsabilizzazione del reo per il male e le sofferenze da lui arrecate alla vittima. Questa assunzione di responsabilità da parte del reo di fronte alla sua vittima, che presuppone logicamente la piena libertà di entrambi, si basa non solo sulla riparazione, anche pecuniaria, di tutti i danni materiali e morali causati dal reato, ma soprattutto sulla “pacificazione” tra reo e vittima.

Prima di quest’ultima riforma organica, il modello di giustizia riparativa era stato introdotto solo in piccola parte nel sistema penale vigente in Italia. Qualcosa si poteva trovare anzitutto nell’istituto processuale della sospensione del procedimento con messa alla prova ai sensi dell’art. 464-*bis* comma 4 c.p.p., nella sospensione del processo con messa alla prova dell’imputato minorenni alla stregua dell’art. 28 comma 2 d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448 e nell’estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie come definizione alternativa del procedimento davanti al giudice di pace secondo quanto disposto dall’art. 35 comma 2 d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274<sup>951</sup>. Quanto all’ordinamento penitenziario, ispirato ancora fondamentalmente da una ideologia “correzionalistica”, un istituto nel quale poteva già trovare uno spazio diretto la giustizia riparativa era l’affidamento in prova al servizio sociale. Il che è stato oggi normativamente stabilito in modo espresso dal nuovo art. 47 comma 12 ord. penit. (introdotto dall’art. 78 comma 1 lett. *c*) d. lgs. n. 150/2022, c. d. Riforma Cartabia), a tenore del quale «L’esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale, ad eccezione delle pene accessorie perpetue. A tali fini è valutato anche lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa e l’eventuale esito riparativo. ...». Partecipazione ad un programma di “giustizia riparativa” finalizzato ad un processo di “pacificazione” tra reo e vittima che oggi assume un ruolo importante, se non addirittura fondamentale, come elemento obbligatoriamente da valutare da parte della magistratura di sorveglianza per la concessione di tutti i “benefici penitenziari” (art. 15-*bis* comma 2 ord. penit., (introdotto dall’art. 78 comma 1 lett. *b*) d. lgs. n. 150/2022).

Occorre tuttavia sottolineare senza ambiguità come l’idea della “giustizia riparativa”, finalizzata come detto alla “riconciliazione” tra reo e vittima del reato<sup>952</sup>, rappresenti oggi, come argomento “di moda” e per come le-

---

<sup>951</sup> Più specificamente, vedi *infra* cap. V, 9.

<sup>952</sup> Secondo l’art. 42 comma 1 lett. *b*) rubricato “Definizioni”, con cui inizia il Titolo IV, Capo I, Sezione I del d. lgs. n. 150/2022, «Ai fini del presente decreto si intende per: ...

gislativamente disciplinata dal d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, essenzialmente un ritorno ad una “visione etica” del diritto penale che sembrava abbandonata da tempo (almeno in Italia). Il che va, con ogni evidenza, *contro* la concezione, quella sì veramente moderna (e di effettiva “garanzia” per le libertà individuali), della “laicità” del diritto penale visto come *solo una tra le diverse “tecniche di controllo sociale”* dei comportamenti ritenuti politicamente “devianti” (anche se la più “severa” per il tipo di risposta sanzionatoria di fronte alla commissione dell’illecito), “laicità” funzionale ad una prospettiva esclusivamente “utilitaristica” di questo ramo del diritto. Al contrario, l’idea di una “giustizia riconciliativa” o anche, come si dice, “senza spada”<sup>953</sup>, nel perseguire la prospettiva del rafforzamento della “pace sociale” con mezzi più che “alternativi” in realtà di fatto che “si affiancano” rispetto a quelli classici del diritto penale, si muove chiaramente in un’ottica “morale” – se non “moralistico-paternalista” – che, già a livello del rispetto dei diritti umani fondamentali riconosciuti dalla Carta costituzionale, dovrebbe oggi essere viceversa totalmente “estranea” ad un “modello” di diritto penale – come si dice comunemente, secondo una formula ormai tralasciata – “costituzionalmente orientato”<sup>954</sup>.

A questo proposito, è opportuno anzitutto evidenziare come i due

---

b) *vittima del reato*: la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»; nozione che non coincide con quella di “persona offesa dal reato”, risultando al contempo più ristretta, facendosi riferimento solo a chi ha subito dal reato un danno patrimoniale o non patrimoniale, e quindi civilmente risarcibile, e più ampia, ricomprendendo anche il familiare della persona morta come evento del reato purché, ancora una volta, abbia subito un danno risarcibile. Così come, in considerazione dei diversi momenti, procedurali ed esecutivi, in cui si può accedere ad un programma di giustizia riparativa, non si parla di “autore del reato” o di “reo” ma di *persona indicata come autore dell’offesa*. Afferma infatti la stessa disposizione alla lett. c) che si intende per «persona indicata come autore dell’offesa: 1) la persona indicata come tale dalla vittima, anche prima della proposizione della querela; 2) la persona sottoposta alle indagini; 3) l’imputato; 4) la persona sottoposta a misura di sicurezza personale; 5) la persona condannata con pronuncia irrevocabile; 6) la persona nei cui confronti è stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell’articolo 344-bis del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato».

<sup>953</sup> G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*.

<sup>954</sup> La netta separazione che deve intercorrere tra diritto penale e morale, in funzione di garanzia della persona, è risolutamente sottolineata da Ferrajoli in entrambe le direzioni che viceversa la loro confusione può assumere del “moralismo giuridico” e del “legalismo etico”: retro nota 946.

lemmi “giustizia” e “riparazione”, di cui si compone la formula legislativa che rappresenta un tentativo di traduzione dell’espressione americana *restorative justice*, siano non solo di per sé altamente evocativi, ma anche *terminologicamente ambigui*. Già il richiamo all’espressione “giustizia”, sia pure “riparativa”, è anzitutto di per sé indicativo di una “eticizzazione” del diritto penale. Il giudice infatti, specie se si occupa di materia penale, non dovrebbe mai “fare giustizia” (come viceversa continua a ripetersi, purtroppo non solo da “laici” ma anche da tecnici del diritto, non essendo questo il compito della “giurisdizione” che è solo, appunto, di *ius dicere*), termine avente una sicura valenza “etica”<sup>955</sup>, ma solo “applicare il diritto” (vigente: arg. *ex art.* 101 comma 2 Cost.). Il che trova conferma, non a caso, proprio nella circostanza che la gestione della c.d. giustizia riparativa viene affidata ad un organo “estraneo” rispetto alla giurisdizione, il c.d. “mediatore” (tra vittima e, anche ipotetico, autore del fatto di reato), in funzione del raggiungimento di un “obiettivo” (sicuramente politico) avente, secondo la prospettiva “ideologica” del legislatore che ha introdotto nel sistema penale questo meccanismo di “composizione dei conflitti sociali”, una sicura valenza etico-morale: la “riconciliazione” attraverso l’“incontro” e il “riconoscimento reciproco” tra reo e vittima<sup>956</sup>. A sua volta, anche il termine “riparazione” è di per sé assolutamente ambiguo (per come viene inteso dalla legge): in sede di c.d. “giustizia riparativa” infatti *non* si intende solo la “riparazione” nel senso fin qui comunemente accolto di restaurazione, fin dove possibile, dell’assetto degli interessi penalmente tutelati e offesi con la commissione del reato mediante il ricorso ad una “sanzione esecutiva” (che può essere addirittura di natura extrapenale); ma una riparazione che si fonda su una visione “moralistica”, espressione di quella vera e propria “piaga ideologica” (e intrinsecamente antidemocratica in quanto lesiva di diritti fondamentali, a partire dal principio di uguaglianza e dalla libertà di manifestazione del pensiero) oggi costituita dal c.d. “politicamente corretto”. “Riparazione” che infatti si realizza attraverso un processo di “riconciliazione” tra reo e vittima, che rappresenta la versione “moderna” della “emenda morale” dell’anima del delinquente, a conclusione di un “programma di giustizia riparativa”, il cui «esito positivo ... può essere simbolico o materiale», come disposto dall’art. 56 d. lgs. n. 150/2022. Art. 56

<sup>955</sup> Fondamentale Kelsen, *Il problema della giustizia*, a cura di M. Losano, Torino, Einaudi, PBE, 1975, *passim*.

<sup>956</sup> A proposito del “programma di giustizia riparativa” si parla appunto di “dialogo riparativo” e di “programma dialogico”: art. 43 comma 1 lettere *b)* e *c)*. Espressioni linguistiche sicuramente apprezzate dall’Accademia della Crusca!

che, nei commi successivi, specifica che «2. L'esito simbolico può comprendere dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi. 3. L'esito materiale può comprendere il risarcimento del danno, le restituzioni, l'adoperarsi per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori». “Riparazione” che dunque ha una natura “ibrida” in quanto la stessa restaurazione degli interessi lesi dal reato attraverso il risarcimento o l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose non solo può essere meramente eventuale ma è comunque, alla fine, esclusivamente funzionale a quella “riconciliazione” che si vuole ideologicamente comunque perseguire tra autore (spesso anche addirittura ipotetico) del reato e la vittima. Figura della “vittima del reato” da intendere oltretutto *in modo diverso dalla “persona offesa”* (quale titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice e offeso dalla commissione del reato: art. 120 comma 1 c.p.), come «la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona» (art. 42 comma 1 lett. b) d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150). Distinzione ribadita dall'art. 42 comma 2 decreto cit., laddove stabilisce che «I diritti e le facoltà attribuite alla vittima del reato sono riconosciuti *anche* al soggetto giuridico offeso dal reato».

Di più, il sistema di “giustizia riparativa” oggi introdotto nell'ordinamento presenta non solo vistose incongruenze rispetto ad altre parti del decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150, la c.d. Riforma Cartabia, ma è anche di per sé intrinsecamente contraddittorio. Così, anzitutto, la estrema “burocratizzazione” – con la conseguente e inevitabile lungaggine – dell'intera procedura della c.d. giustizia riparativa appare difficilmente conciliabile con la sua introduzione (almeno come regola)<sup>957</sup> *all'interno del processo*

<sup>957</sup> Posto che la giustizia riparativa può intervenire anche quando il procedimento è improcedibile o è estinto il reato e addirittura dopo che la pena è stata interamente espiata; e nei reati perseguibili a querela anche prima della presentazione della querela. Stabilisce infatti l'art. 44, rubricato “Principi sull'accesso”, che «1. I programmi di giustizia riparativa disciplinati dal presente decreto sono accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità. 2. Ai programmi di cui al comma 1 si può accedere in ogni stato e grado del procedimento penale, nella fase esecutiva della pena e della misura di sicurezza, dopo l'esecuzione delle stesse e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-bis del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato. 3. Qualora si tratti di delitti perseguibili a querela, ai programmi di cui al comma 1 si può accedere anche prima che la stessa sia stata proposta».

*penale* quando uno degli obiettivi che la Riforma Cartabia vuole raggiungere è, al contrario, proprio quello di una semplificazione e velocizzazione dei procedimenti penali attraverso, in particolare, anche una serie di nuovi incentivi al ricorso ai riti alternativi e la previsione di ulteriori limiti alle impugnazioni. Il meccanismo della “giustizia riparativa” si pone dunque *in controtendenza “interna”* rispetto agli altri scopi voluti perseguire dalla Riforma Cartabia di «efficienza del processo penale» e di «celere definizione dei procedimenti giudiziari» (secondo l'intitolato della legge delega).

Inoltre, se da un lato il meccanismo della “giustizia riparativa” in materia penale rimette *formalmente all'esclusiva valutazione discrezionale* e quindi alla volontà esclusiva della vittima del reato e dell'autore dell'offesa<sup>958</sup> la scelta di intraprendere la strada della “riconciliazione”, ribadendo a più riprese la necessità del «consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa» di tutte le parti interessate (art. 43 comma 1 lett. *d*) d. lgs. n. 150/2022); dall'altro lo stesso sistema della giustizia riparativa appare, per come normativamente individuato e alla luce di una sua corretta interpretazione sistematica, decisamente ambiguo con riferimento agli *effetti* che possono conseguire nei confronti della persona indicata come reo nel procedimento penale o del reo condannato dalla sua mancata adesione al relativo “programma” di cui all'art. 53<sup>959</sup>, una volta che, come dispone l'art. 47 comma 1, «La persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato *vengono informate senza ritardo da parte dell'autorità giudiziaria*, in ogni stato e grado del procedimento penale o all'inizio dell'esecuzione della pena detentiva o della misura di sicurezza, in merito alla *facoltà* di accedere ai programmi di giustizia riparativa e ai servizi disponibili». Ciò significa dunque che, mentre la persona offesa ha la “facoltà” di aderire al programma di trattamento, l'autorità giudiziaria ha viceversa l'“obbligo” di informarla di questa possibilità. “Obbligo di informazione” da parte dell'autorità giudiziaria che, nei confronti dell'indicato come reo, si traduce di fatto in un “invito” ad accedere al programma di giustizia riparativa e quindi in una forma di indebita e inammissibile “pressione” nei confronti di un soggetto che – in quanto indiziato, imputato o condannato – si trova in una posizione di

---

<sup>958</sup> Di «partecipazione attiva e volontaria» di questi soggetti come uno dei “Principi generali e degli obiettivi” cui deve conformarsi la giustizia riparativa parla esplicitamente l'art. 43 comma 1 lett. *a*).

<sup>959</sup> O dal suo successivo recesso: art. 48 comma 1, secondo cui «Il consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa è ... *sempre revocabile* anche per fatti conclusivi».

sostanziale “debolezza”<sup>960</sup>. Breve: un soggetto che volesse che la sua posizione processuale fosse definita da un giudice, magari nel più breve tempo possibile, come potrebbe in realtà opporsi ad una “informazione” che lo vuole comunque “spingere” verso un esito – anche se solo parzialmente – “alternativo” di “giustizia” e che in ogni caso allungherebbe il suo *diritto* – questo sì costituzionalmente garantito! – ad una “ragionevole durata del processo”<sup>961</sup>? E lo stesso discorso vale – addirittura *a fortiori* – per il soggetto già irrevocabilmente condannato ad una pena detentiva, di fronte alla sua – legittima – aspettativa di concessione di misure alternative.

Ora, anche se l’art. 58 comma 2 sembra stabilire il principio generale, che vorrebbe essere rassicurante per il “soggetto debole” di qualunque rapporto penale (processuale o di esecuzione), secondo cui «In ogni caso, la mancata effettuazione del programma, l’interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo *non producono effetti sfavorevoli* nei confronti della persona indicata come autore dell’offesa», non vi è dubbio che, in realtà, la mancata adesione all’“invito informale” dell’autorità giudiziaria ad accedere ad un programma di giustizia riparativa comporta effetti “sfavorevoli” per l’indagato/imputato o il condannato. Ciò si desume chiaramente, già alla stregua della semplice lettura del dato normativo, dalla previsione, nel corpo del Titolo IV Capo I del d. lgs. n. 150/2022, di una Sezione II, non a caso espressamente rubricata “Valutazione dell’autorità

<sup>960</sup> A proposito di una certa “tecnica” legislativa, assolutamente ambigua è la formulazione del nuovo art. 129-*bis* comma 1 c.p.p. (introdotto dall’art. 7 comma 1 lett. *c*) d. lgs. n. 150/2022), secondo cui «In ogni stato e grado del procedimento l’autorità giudiziaria *può disporre, anche d’ufficio, l’invio dell’imputato e della vittima del reato* di cui all’articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134, al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l’avvio di un programma di giustizia riparativa»; infatti, anche se, in altra parte del testo legislativo, si ribadisce che la persona indicata come autore dell’offesa e la vittima del reato sono sempre, almeno formalmente, “liberi” di aderire o meno al programma di giustizia riparativa, parlandosi anche al comma 2 dello stesso art. 129-*bis* c.p.p. di «richiesta dell’imputato o [congiunzione disgiuntiva, quindi “alternativamente”? *Sic!*] della vittima del reato», che cosa si vuole dire con l’uso dell’indicativo “invia” e, soprattutto, con l’inciso “anche d’ufficio”?

<sup>961</sup> Si noti comunque che nella Riforma Cartabia non esiste alcuna disciplina che stabilisca i rapporti tra il procedimento-processo e la giustizia riparativa. Solo il nuovo art. 129-*bis* comma 4 c.p.p. (introdotto dall’art. 7 comma 1 lett. *c*) d. lgs. n. 150/2022) stabilisce che, «Nel caso di reati perseguibili a querela soggetta a remissione e in seguito all’emissione dell’avviso di cui all’articolo 415-*bis*, il giudice, a richiesta dell’imputato, può disporre con ordinanza la sospensione del procedimento o del processo per lo svolgimento del programma di giustizia riparativa per un periodo non superiore a centottanta giorni. ... ». Il che mi sembra significhi, ragionando sistematicamente, che in tutti gli altri casi *non* ci può essere alcuna sospensione del processo penale.

giudiziaria”. Ai sensi di questa normativa infatti l’art. 57, rubricato “Relazione e comunicazioni all’autorità giudiziaria”, dispone anzitutto che «1. Al termine del programma viene *trasmessa all’autorità giudiziaria procedente* una relazione redatta dal mediatore contenente la descrizione delle attività svolte e dell’esito riparativo raggiunto ... 2. Il mediatore *comunica* all’autorità giudiziaria procedente *anche la mancata effettuazione del programma, l’interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo*, fermo restando quanto disposto dall’articolo 58».

La domanda che ci si può immediatamente allora porre è: se, come afferma pomposamente l’art. 58 comma 2, la mancata effettuazione del programma, la sua interruzione o il mancato raggiungimento di un esito riparativo effettivamente non producessero alcun tipo di effetto sulla posizione (processuale o esecutiva) dell’indicato come autore dell’offesa, a che servirebbero la “relazione” e la “comunicazione” (che, evidentemente, si inseriscono in quel “procedimento incidentale” all’interno del procedimento penale o dell’esecuzione penale attivato dalla *obbligatoria informazione* a questo soggetto da parte dell’autorità giudiziaria)?

La risposta la fornisce la stessa disciplina normativa della “giustizia riparativa”, quando, alla fine dell’art. 57 comma 2, stabilisce che la comunicazione viene effettuata «fermo restando quanto disposto dall’articolo 58». Art. 58, rubricato “Valutazione dell’esito del programma di giustizia riparativa”, che, al comma 1, dispone a sua volta testualmente che «L’autorità giudiziaria, *per le determinazioni di competenza* [quali?], valuta lo svolgimento del programma e, *anche ai fini di cui all’art. 133 del codice penale*, l’eventuale esito riparativo»; esito riparativo, costitutivo di una “condotta susseguente” al reato, che – si ricordi – può essere addirittura “simbolico”, potendo consistere (*sic!*) in mere «dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi». Dunque, la valutazione e la comunicazione del mediatore all’autorità giudiziaria produce “effetti” quantomeno sulla commisurazione della pena in concreto *sub specie*, in particolare, della “capacità a delinquere” del reo (art. 133 comma 2 c.p.; a meno di non volere fare confluire la partecipazione ad un programma di giustizia riparativa direttamente in un nuovo, più ampio, concetto della stessa “gravità del reato”); ovvero sulla valutazione della “personalità” del condannato in funzione dell’individualizzazione del trattamento rieducativo.

Neppure poi si può dire che la valutazione del giudice dovrebbe essere effettuata solo per stabilire eventuali “effetti favorevoli” nei confronti dell’indicato come autore del reato, per cui l’accettazione (e lo svolgimento magari con esito positivo) di un programma di giustizia riparativa costitui-

rebbe per questo soggetto solo un “onere” (per raggiungere un risultato favorevole, come avviene con la “buona condotta” in sede di esecuzione): infatti, non ci vuole grande fantasia per capire che l’autorità giudiziaria *di fatto* vedrà nella mancata adesione al programma di giustizia riparativa “offerta” dallo Stato “paternalistico” una indiscutibile prova di “cattiva condotta” espressione della irredimibile “personalità criminale” di quel soggetto; con la conseguenza di determinare la pena applicabile *ex art.* 133 verso il massimo e, in sede di esecuzione, di non ritenere il reo condannato “meritevole” dell’applicazione dei benefici penitenziari, in quanto soggetto “riottoso” di fronte ad uno Stato portatore del “valore etico” della “rieducazione” intesa evidentemente come “emenda morale”. Breve: tu persona imputata o irrevocabilmente condannata per un reato sei “riaccettata” all’interno di una non meglio identificata “comunità” (cui fanno espresso riferimento molte disposizioni del decreto in oggetto)<sup>962</sup> solo se ti “adegui” ai “valori” del “politicamente corretto” (in particolare, «il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell’offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità», visti come la “finalità” dei programmi di giustizia riparativa dall’art. 43 comma 2; in una parola, la “riconciliazione” tra la vittima e il soggetto indicato come autore dell’offesa), altrimenti *anathema sit* nei confronti dell’“eretico”; migliore manifestazione di un moderno “Stato etico” non si potrebbe immaginare! Mettendo in tal modo, tra l’altro, in discussione, se non senz’altro violando nei fatti – evenienza evidentemente rappresentativa per il legislatore della Riforma Cartabia di una *quantité négligeable* –, il diritto fondamentale di difesa, che si traduce, in particolare, nella individuazione e scelta “libera” da parte del difensore della migliore strategia difensiva per l’indagato/imputato.

Tale sostanziale “pressione” sull’indicato come autore dell’offesa, ma anche sul suo difensore, finalizzata all’accettazione *tout court* di un programma di giustizia riparativa, non è, d’altronde, che una diretta e logica conseguenza del fatto che lo stesso decreto n. 150 del 2022 stabilisce fra i “Principi generali” che «L’accesso ai programmi di giustizia riparativa è sempre favorito, senza discriminazioni e nel rispetto della dignità di ogni persona. Può essere limitato [neppure “deve”!] soltanto in caso di pericolo concreto per i partecipanti, derivante dallo svolgimento del programma» (art. 43 comma 4).

In questa logica, il secondo comma dell’art. 58 (che recisamente esclude qualunque “effetto sfavorevole” nei confronti dell’indicato come autore

<sup>962</sup> Artt. 42 comma 1 lett. a), 43 comma 1 lett. c) e comma 2, 45 comma 1 lett. c) e 56 comma 2.

dell'offesa che non si voglia sottomettere ad un programma di giustizia riparativa) si manifesta allora, a questo punto, per quello che effettivamente è: una ipocrita *excusatio non petita* di una normativa che, complessivamente considerata, dimostra viceversa l'atteggiamento "farisaico" del legislatore della "giustizia riparativa" (tipico portatore di una visione "etica" del diritto) che, da un lato, richiede il "consenso" dell'indicato come autore dell'offesa, ma contestualmente lo "sollecita" ad accedere ad un programma di giustizia riparativa, che deve essere "favorito" in tutti i modi (evidenziandone quindi la "priorità"), attraverso una "informazione" «senza ritardo da parte dell'autorità giudiziaria, in ogni stato e grado del procedimento» (art. 47 comma 1), per cui anche il semplice "rifiuto" viene inevitabilmente "sentito" come "disfunzionale" rispetto allo scopo perseguito dal legislatore; dall'altro, stabilisce formalmente anche con una certa enfasi che nessun "effetto sfavorevole" nei confronti dell'indicato come autore del reato può conseguire dalla non accettazione o dall'interruzione del programma di giustizia riparativa, ma nello stesso tempo lascia chiaramente intendere come ciò si traduca, di fatto, nella "privazione" *a priori* di qualunque tipo di "beneficio" o comunque di "trattamento favorevole", come si argomenta inequivocabilmente dal fatto che l'autorità giudiziaria deve comunque procedere ad una "valutazione" dello svolgimento del programma di giustizia riparativa «per le determinazioni di competenza». Con buona pace della "libertà morale" di scelta da parte della persona indicata come autore dell'offesa<sup>963</sup>. Ipocrisia massima ribadita, questa volta espressamente, dal nuovo art. 15-*bis* comma 2 ord. penit. (introdotto dall'art. 78 comma 1 lett. b) d. lgs. n. 150/2022) che, nei due periodi di cui si compone il testo della stessa disposizione, afferma anzitutto che «La partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, nonché della liberazione condizionale», ossia ai fini della concessione di tutti i possibili "benefici penitenziari"; per poi però immediatamente soggiungere che «Non si tiene conto in ogni caso della mancata effettuazione del pro-

<sup>963</sup> Il recupero di una prospettiva "morale", oltretutto fortemente ansiogena, in tutto l'impianto della c.d. "giustizia riparativa" si vede anche per l'uso di "neologismi" evidentemente ancorati alla *politically correctness*, come "equiprossimità" del mediatore di fronte alle parti (vittima e autore dell'offesa) all'art. 43 comma 1 lett. g), mediatore che diventa però "equiprossimo" con riferimento al trattamento dei partecipanti al programma di giustizia riparativa nell'art. 55 comma 2. Ci sarebbe da ridere, se non ci fosse da piangere di fronte al dramma – questo sì reale – vissuto dai soggetti interessati da una qualunque vicenda penalmente rilevante in sede processuale.

gramma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo». La interna contraddizione di una evidente *excusatio non petita* non potrebbe manifestarsi in modo più eclatante: che significa che solo la partecipazione al programma di giustizia riparativa va “valutata” ai fini della concessione dei “benefici penitenziari” se non che, in sua mancanza, ben difficilmente, *di fatto*, i suddetti benefici verrebbero concessi?

In questa stessa logica di un ritorno ad una visione “eticamente orientata” di “giustizia assoluta”, si inseriscono – oltre la c.d. giustizia penale internazionale<sup>964</sup> – anche alcune tendenze – specie in Germania – di un ritorno all’idea di un “giudizio di colpevolezza” fondata su un “rimprovero morale”; e in Italia l’aumento esponenziale dei “reati di opinione” (anch’essi espressione della imperante *politically correctness*): dai delitti previsti dalla legge 25 giugno 1993 n. 205, recante “*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*” (c.d. Legge Mancino)<sup>965</sup>, alle “fattispecie alternative” costitutive del delitto di “Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa” descritte dall’art. 604-*bis* c.p.<sup>966</sup>, finalizzate a colpire non “fatti”, ma, *anticipatamente* – come

<sup>964</sup> Retro note 184 e 343.

<sup>965</sup> Si consideri ad es. l’art. 2, rubricato “Disposizioni di prevenzione”, che sanziona penalmente «1. Chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all’articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 [ora il riferimento va fatto all’art. 604-*bis* comma 2 c.p.] è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 103 a euro 258. 2. È vietato l’accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche alle persone che vi si recano con emblemi o simboli di cui al comma 1. Il contravventore è punito con l’arresto da tre mesi ad un anno». I gravi delitti di opinione previsti dal comma 1 sono stati sostanzialmente riprodotti nell’art. 604-*bis* c.p. e le relative circostanze aggravanti previste dall’art. 3 nell’art. 604-*ter* c.p.

<sup>966</sup> Art. 604-*bis* c.p.: «PROPAGANDA E ISTIGAZIONE A DELINQUERE PER MOTIVI DI DISCRIMINAZIONE RAZZIALE ETNICA O RELIGIOSA – 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. 2. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell’assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni. 3. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l’istigazione e l’incitamento, commessi in modo

per le misure di sicurezza di fronte alla pericolosità sociale – la “pericolosità politica” di certe opinioni non accolte dalla ideologia, sicuramente “moralistica”, del “politicamente corretto”. E quindi in ultima analisi colpendo soggetti non per la commissione di “fatti dannosi socialmente” (povero Beccaria!) ma solo per la loro “personalità politico-morale” non giudicata “conforme” (meglio: “conformista” rispetto) alla ideologia “assoluta” (e quindi “assolutistica”) del “politicamente corretto”, ritenuta *a priori* “moralmente superiore” in quanto espressione di un’unica “verità” (addirittura “antropologica”).

Di più: nella visione laica e utilitaristica del diritto penale imposta, oltre che dal sistema del codice penale del 1930<sup>967</sup>, dalla Costituzione, il solo (spesso “presunto”) “pentimento” dell’autore di un reato non dovrebbe avere di per sé solo alcuna rilevanza sul piano del trattamento sanzionatorio se non accompagnato da un “comportamento” (susseguente al reato) di eliminazione, fin dove possibile, delle conseguenze del reato anche attraverso un risarcimento (e anche solo per danni morali), come si ricava già dall’art. 133 comma 2 n. 3 nel momento di quantificare la pena tenendo conto altresì della “personalità criminale” del reo. Impostazione, non a caso, viceversa vistosamente abbandonata sempre dalla c.d. Riforma Cartabia già con la riscrittura della stessa “circostanza attenuante comune” dell’art. 62 n. 6 c.p., quando, al riferimento originario solo a tipologie di condotte “riparatorie” (di natura sia civile che penale) costitutive di “sanzioni esecutive”, si è oggi aggiunta, come ulteriore – ma del tutto “eterogenea” rispetto al contesto generale della disposizione – modalità “alternativa” di “attenuazione” della “gravità del reato” commesso, «l’aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo» (che, si ricordi, può anche essere meramente “simbolico”: art. 56 d. lgs. n. 150/2022). Sottolineandosi, immediatamente dopo, che, «Qualora l’esito riparativo comporti l’assunzione da parte dell’imputato di

---

che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull’apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

<sup>967</sup> Di veramente “etico” nella struttura originaria del codice del 1931 c’era solo la rubrica – non il contenuto – del Titolo IX del Libro Secondo: «Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», e del Titolo X, «Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe». Ciò è dimostrato dalla circostanza che i fatti ivi preveduti come reati hanno per lo più mantenuto – salvo parzialmente l’aborto – la loro rilevanza penale, sia pure sotto fattispecie criminose diverse, nonostante l’abrogazione parziale del Titolo IX e quella totale del Titolo X.

impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati».

Sempre nella prospettiva di una visione fondamentalmente etico-morale della “giustizia” penale, mi sembra infine muoversi anche il comune modo di intendere il concetto di “rieducazione del condannato” di cui all’art. 27 comma 3 Cost. Si consideri infatti come, nonostante si neghi dalla dottrina dominante che il concetto di “rieducazione” possa essere inteso come “manipolazione coattiva della personalità” del condannato in funzione del riconoscimento e della riaffermazione di un sistema di “valori” assoluti etico-morali di cui lo Stato si farebbe “garante”, data la intrinseca ed evidente incostituzionalità di qualsiasi processo rieducativo se utilizzato in funzione di “emenda morale” o di rafforzamento della “fedeltà” del reo all’ordinamento giuridico<sup>968</sup>, non si può tuttavia non sottolineare la sostanziale *ambiguità* della stessa normativa sull’ordinamento penitenziario. Posto infatti che ciascun condannato, in quanto “soggetto da rieducare” in funzione del suo “reinserimento sociale” (art. 1 ord. penit.), diventa *oggetto di un “trattamento alla luce di un “programma individualizzato”, predisposto sulla base dell’“osservazione scientifica” della sua “personalità”*, il fatto che l’art. 13 ord. penit. parli – oltretutto con riferimento, *indistintamente*, a tutti i condannati – di «particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto» (comma 1), significa inequivocabilmente che, nella visione “ideologica” dei compilatori della legge penitenziaria, *ogni autore di reato manifesterebbe, per ciò solo, la presenza di una personalità “bisognosa” di “sostegno”, in quanto carente di “qualcosa”, e quindi di per sé “deficitaria”*; “bisogni” la cui “soddisfazione” sarebbe appunto affidata al “trattamento individualizzato”, finalizzato alla “rieducazione” di quella particolare “personalità deficitaria”. Breve: la *finalità del trattamento* sarebbe, propriamente, quella in prospettiva di *“correzione” della “personalità” del detenuto*.

Tutto ciò trova un’ulteriore e definitiva conferma nell’art. 1 regolamento ord. penit. (d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230), laddove, al comma 2, si afferma – con parole che più chiare non potrebbero essere – che «Il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, *inoltre* [ossia *dopo* l’«offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali»: comma 1], a *promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali*, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale». E anche nell’art. 27 comma 1 regolamento cit., laddove si afferma che «L’osservazione scientifica della personalità è diretta all’*accertamento dei bisogni di ciascun soggetto connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali*, che sono state

<sup>968</sup> TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1695 ss.

di pregiudizio all'instaurazione di una *normale* vita di relazione». Con ciò però sottolineandosi inequivocabilmente una *funzione* “attiva” e “propulsiva” del trattamento rieducativo, rispetto ai “deficit della personalità”, affermati in modo apodittico dalla legge, da “colmare” attraverso una “operazione attiva”, e quindi “invasiva” e “pervasiva”, di rieducazione, ideologicamente identificata con un “trattamento di terapia psicologica” se non addirittura medico-clinica.

Anche tutti questi interventi normativi sembrano dunque muoversi in una direzione di “recupero” di una prospettiva “morale” – e alla fine “paternalistica” – del diritto penale, di cui l'introduzione del sistema della c.d. “giustizia riparativa” rappresenta l'ultimo tassello.

8. *Il concetto di “materia penale”. Sanzioni amministrative “sostanzialmente penali”, misure di sicurezza e misure di prevenzione come “sanzioni penali” in un “sistema criminale integrale e integrato”*

a) *Introduzione*

Nella costruzione di un sistema penale “integrale” e “integrato” di contrasto al fenomeno criminale, rigidamente – ed esclusivamente – ancorato al dato normativo, nella duplice prospettiva sia della “prevenzione” che della “repressione” del reato, occorre a questo punto rispondere alla domanda se, in un concetto lato di “materia penale”, che tuttavia abbia una sua *specifica e autonoma rilevanza sul piano giuridico*, oltre la previsione dei fatti di reato e del relativo “sistema sanzionatorio” costituito dalle pene criminali, possano rientrare anzitutto anche le “misure di sicurezza”, posto che, come sappiamo, discutibile e discussa è la loro reale “natura giuridica” (penale-criminale o amministrativa), specie in considerazione del fatto che *non sempre*, secondo il diritto attualmente vigente, presupposto per la loro applicazione è la commissione di un “fatto” previsto dalla legge come “reato” (arg. ex art. 202 comma 2 c.p.)<sup>969</sup>; così come discutibile e discusso è se si tratta di vere e proprie “sanzioni” o, come afferma il codice penale, di semplici “misure” preventive. Ma forse ancora più importante è il problema della natura giuridica delle “misure di prevenzione” *ante o praeter delictum*, trattandosi di semplici “misure di sospetto” applicabili a soggetti ritenuti “pericolosi” per l'ordine e la sicurezza pubblici e quindi *a prescindere* dall'accertamento dell'esistenza di un reato.

<sup>969</sup> Retro capp. I, 6 e V, 8; e note 120, 121, 123, 124 e 125.

b) *Sanzioni “formalmente” amministrative e “sostanzialmente” penali secondo i c.d. “criteri Engel” dettati dalla Corte EDU*

Presupposto logico per cercare di dare una risposta a questi quesiti, è tuttavia vedere anzitutto se, allo stato, *esista già* una nozione autonoma di “materia penale” che abbia una sua precisa *rilevanza sul piano normativo* dal punto di vista degli “effetti giuridici”. A questo proposito, viene subito in evidenza il concetto *normativo* di “materia penale” elaborato dalla Corte EDU (conosciuta anche come Corte di Strasburgo) in una serie di pronunce che, ai sensi dell’art. 46 CEDU (a sua volta per come “interpretato” dalla stessa Corte EDU), “vincolano” i giudici delle corti nazionali<sup>970</sup> e, prima ancora (almeno in Italia), lo stesso legislatore (arg. *ex art.* 117 comma 1 Cost.)<sup>971</sup>. L’esigenza di individuare una nozione autonoma di “materia penale” da parte della Corte di Strasburgo è, com’è ovvio, legata alla conseguente possibilità di applicare tutte le “garanzie”, sostanziali e processuali previste dalla Convenzione (artt. 6 e 7 CEDU) non solo alle “pene criminali” così “formalmente” qualificate, ma anche a tutti quei diversi “meccanismi sanzionatori” ai quali, indipendentemente dalla loro “natura giuridica”, è possibile riconoscere i caratteri “sostanziali” delle “pene criminali” in senso stretto. In questa operazione ermeneutico-ricostruttiva, onde pervenire ad una nozione “sostanzialistico-funzionale” di “materia penale”, in una sentenza del 1976 che costituisce il *leading case* in argomento, *Engel v. Paesi Bassi*<sup>972</sup>, la Corte EDU ha individuato tre “criteri” fondamentali per affermare la natura “sostanzialmente penale” di una qualunque “sanzione”: oltre, ovviamente, la espressa qualificazione “formale” stabilita dal diritto di ciascuno Stato, la intrinseca “natura dell’infrazione” (che ne costituisce il presupposto applicativo) e il “grado di severità” della sanzione, ossia la sua reale “afflittività”. Parametro quest’ultimo che viene evidenziato tenendo logicamente conto che l’“afflittività” è da sempre considerata uno – se non il primo – dei “caratteri fondamentali” della pena criminale<sup>973</sup>. Il

<sup>970</sup> Un grave problema, nel nostro ordinamento, è rappresentato dalla legittimità costituzionale di questa “vincolatività” per i giudici dell’interpretazione data alle disposizioni della CEDU dalla Corte EDU a causa dell’esistenza dell’art. 101 comma 2 Cost., secondo cui «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

<sup>971</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, ha tuttavia parzialmente “temperato” il principio della “vincolatività assoluta” delle pronunce della Corte EDU, stabilendo che, per avere questa efficacia, si deve trattare di sentenze c.d. “pilota” ovvero che devono essere espressione di un diritto sufficientemente consolidato.

<sup>972</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

<sup>973</sup> ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Riv. pen.*, 1917, p. 329 ss., *passim*; MANTOVANI,

che ha consentito nel tempo alla Corte di Strasburgo di riconoscere la natura “sostanziale” di “sanzioni penali”, ai fini dell’applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU, fra l’altro, ad una sanzione disciplinare (comunque privativa della libertà personale, nel caso citato *Engel v. Paesi Bassi*) e alla confisca urbanistica di cui all’art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909/01, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*; Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, n. 17475/09, *Varvara c. Italia*). In particolare, poi, nei casi in cui nell’ordinamento nazionale è previsto un “doppio binario sanzionatorio”, penale e amministrativo, con conseguente – astratto – “cumulo” delle due sanzioni, qualora la sanzione amministrativa sia qualificabile, secondo i criteri Engel, “sostanzialmente penale”, la doppia sanzionabilità nei confronti dello stesso “fatto” si risolverebbe in una violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all’art. 4 Protocollo Addizionale n. 7 alla CEDU (Corte EDU, 4 marzo 2014, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, *Grande Stevens c. Italia*<sup>974</sup>; conclusioni in parte “temperate” dalla successiva sentenza Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, nn. 24130/11-29758/11, *A e B c. Norvegia*<sup>975</sup>).

Questa giurisprudenza della Corte EDU si muove, a mio avviso, sostanzialmente nella stessa logica della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (anzitutto della Comunità europea)<sup>976</sup>, poi seguita dalle direttive

---

*Diritto penale*, cit., p. 784;

<sup>974</sup> Il che ha portato, fra l’altro, la Corte costituzionale, nella sentenza 31 maggio 2016 n. 200, a dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. nella parte in cui questa disposizione «*limita l’applicazione del principio del ne bis in idem all’esistenza del medesimo “fatto giuridico”, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all’esistenza del medesimo “fatto storico”*».

<sup>975</sup> Nel senso che le sanzioni, penale-criminale e amministrativa, possono essere applicate anche “cumulativamente” senza violare il principio del *ne bis in idem* sempre che il cumulo non comporti un sacrificio eccessivo per il destinatario e risulti nel complesso prevedibile; per cui il suddetto principio può ritenersi rispettato quando i due distinti procedimenti applicativi sulla *eadem re* siano a tal punto strettamente connessi nella sostanza e nel tempo da costituire, sostanzialmente, parte di un procedimento unitario “integrato” di repressione dell’illecito.

<sup>976</sup> La Corte di Giustizia dell’Unione Europea (anzitutto della Comunità europea), di fronte all’obbligo degli Stati nazionali di dare attuazione alla normativa comunitaria approntando un apparato sanzionatorio “adeguato” per la prevenzione e repressione della violazione delle norme comunitarie (c.d. principio di leale collaborazione e di “fedeltà” [comunitaria]-europea), dopo avere dapprima riconosciuto la “libertà” degli Stati membri di scegliere «i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali» di diritto interno per contrastare l’inadempimento degli obblighi di fonte comunitaria (sentenza 2 febbraio 1977, C-50/76, *Amsterdam Bull*), ha poi modificato il suo orientamento stabilendo che gli Stati membri erano, viceversa, “obbligati” a dare attuazione alla normativa comu-

c.d. di “armonizzazione” (ma anche dai regolamenti c.d. “non autosufficienti”), laddove si limitano ad imporre la “punizione” delle violazioni alle disposizioni in essi contenute lasciando tuttavia al legislatore nazionale una ampia discrezionalità – almeno in via di principio come regola generale<sup>977</sup> – in ordine alla *scelta degli strumenti sanzionatori* ritenuti più idonei a garantire l’“effettività” della tutela tra sanzioni penali (in senso stretto) e sanzioni amministrative. Nel senso, in particolare, che le violazioni del diritto europeo (prima comunitario) debbono essere punite con sanzioni, non importa se penali o amministrative, purché però risultino *effettive, proporzionate alla gravità del fatto e dissuasive* (c.d. principio di efficacia-proporzionalità); riconoscendosi così, sia pure implicitamente, allo stesso modo della Corte EDU, la *irrelevanza* della qualificazione “formale” della sanzione purché “sostanzialmente” idonea, e quindi adeguata, a raggiungere gli scopi di deterrenza-dissuasione che caratterizzano qualunque “sanzione punitiva”<sup>978</sup>.

Volendo tirare le fila da queste considerazioni, mi sembra che, alla fine,

---

nitaria attraverso l’introduzione di sanzioni realmente efficaci in quanto effettivamente idonee al perseguimento delle loro finalità preventive; fino ad arrivare a precisare (sentenza 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia*) lo stesso contenuto dell’obbligo in questione, sancendo in particolare, da un lato, che le violazioni delle norme comunitarie (oggi europee) debbono essere sanzionate secondo modalità sostanziali e processuali analoghe a quelle applicabili alle violazioni del diritto “interno” «di natura ed importanza similari» (c.d. principio di “assimilazione”), dall’altro, che dette sanzioni debbono comunque avere «un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo» (c.d. principio di efficacia-proporzionalità). Con la conseguenza, come ulteriormente chiarito dalla stessa Corte (ordinanza 13 luglio 1990, C-2/88, *Zwartveld*), che, laddove si tratti di violazioni particolarmente gravi anche sul piano dell’allarme sociale, l’unico tipo di sanzione “proporzionata” dovrebbe essere ritenuta quella penale; conclusione ribadita e affinata con la fondamentale sentenza in materia di tutela dell’ambiente (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*), in cui si afferma che la scelta tra sanzioni penali e non penali a favore delle prime deve comunque ritenersi riservata alla competenza comunitaria-europea laddove si tratti della tutela di beni di importanza primaria. La giurisprudenza della Corte di Giustizia è cioè passata dal mero riconoscimento di “obblighi di tutela adeguata” da parte del legislatore nazionale ad ammettere veri e propri “obblighi di tutela penale”. In questa ultima direzione si è poi ulteriormente mosso l’art. 83 TFUE (c.d. Trattato di Lisbona del 2009), prevedendo la ammissibilità di direttive che stabiliscano «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» con riferimento ad una serie di materie specificamente indicate (ma ampliabili dal Consiglio con una decisione presa all’unanimità previa approvazione del Parlamento europeo). Sulle complesse problematiche, specie di fronte al nostro assetto costituzionale, che questa ultima evoluzione solleva vedi MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., pp. 76-81; V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti e casi*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 36 ss.

<sup>977</sup> Vedi nota precedente.

<sup>978</sup> Sulla efficacia general-preventiva della sanzione punitiva vedi retro cap. I, 5.

anche il concetto di “materia penale”, così individuato dalla Corte EDU, finisca in realtà per fondarsi sulla confusione, spesso presente – o meglio dipendente dalla sostanziale difficoltà di distinguere –, tra i concetti di “sanzione penale-criminale” in senso proprio e “sanzione punitiva”, ossia tra la specie e il genere nell’ambito degli strumenti sanzionatori<sup>979</sup>. E se la Corte EDU ha creato quello specifico concetto di “materia penale” al lodevole scopo di rendere applicabili le “garanzie” sostanziali e processuali previste per le “sanzioni penali-criminali” dagli artt. 7 e 6 CEDU, occorre tuttavia anche notare che le “garanzie” previste, nell’ordinamento italiano, dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie in “materia penale-criminale” (si pensi ad es. al procedimento in contraddittorio tra le parti) si applicano *già anche a tutte le “sanzioni punitive” di qualsiasi natura*: amministrativa in senso stretto, disciplinare e – a mio parere – persino civile. A tale conclusione si può infatti anzitutto pervenire, senza alcun particolare sforzo interpretativo, con riferimento all’art. 25 comma 2 Cost. quando afferma che «Nessuno può essere *punito* se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del *fatto* commesso», laddove si parla, in modo del tutto generico, di “punizione”, che può dunque essere di qualunque natura giuridica, di un “fatto”, e non necessariamente di un “reato” (a differenza dell’art. 7 CEDU); e le disposizioni costituzionali, come noto, non possono – meglio: non dovrebbero – essere interpretate alla stregua delle leggi ordinarie, per cui si deve intendere che la disposizione dell’art. 25 comma 2 Cost. si riferisca, con le sue garanzie (riserva di legge ed irretroattività), già *direttamente* anche alle sanzioni punitive amministrative<sup>980</sup> e disciplinari. Principio di legalità, nelle sue varie declinazioni, che viene ribadito per gli illeciti e le sanzioni amministrative, sia pure a livello di legislazione ordinaria, dagli artt. 1 legge n. 689/1981 (in generale) e 3 d. lgs. n. 472/1997 (per la materia tributaria).

c) “Materia penale”,  *misure di prevenzione ante e praeter delictum e misure di sicurezza*

La domanda che a questo punto dobbiamo porci è se le “misure di prevenzione” *ante o praeter delictum* possano essere qualificate come “sanzioni” e, in caso affermativo, se si tratta di sanzioni di carattere “penale-criminale”, in modo da essere anch’esse sicuramente – e direttamente – riconducibili all’interno del sistema di “garanzie” previsto dalla CEDU per la “materia

<sup>979</sup> Retro cap. I, 5; al pari della difficoltà che molti autori ancora incontrano di considerare a tutti gli effetti come appartenente al genere della “sanzione” anche la “sanzione esecutiva” a fianco della “sanzione punitiva”.

<sup>980</sup> Così, da ultimo, anche Corte cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63.

penale” (oltre che in un sistema penale “integrale” e “integrato” di contrasto al fenomeno criminale); ovvero, anche non ammettendosi la loro natura di sanzioni penali, se siano comunque riconducibili in qualità di sanzioni amministrative sotto lo stesso concetto di “materia penale” elaborato dalla Corte EDU (dovendo considerarsi, per la loro afflittività, sanzioni “sostanzialmente” penali).

Diciamo subito che le misure di prevenzione, pur essendo state originariamente previste come “misure di polizia” (nel TULPS del 1931) e anche attualmente applicabili a soggetti ritenuti “pericolosi” per l’ordine e la sicurezza pubblica (come si può evincere dagli artt. 1 e 4 d. lgs. n. 159/2011, c.d. Codice antimafia), *non* vengono mai espressamente qualificate come misure di natura “amministrativa”. Così come non vengono mai direttamente qualificate come “sanzioni” né si usa mai il riferimento al termine “punizione”. Laconicità dei testi legislativi che hanno comportato da sempre come primo problema quello dell’individuazione della effettiva “natura giuridica” di queste misure (anche ai fini della risposta al quesito sulla loro stessa legittimità costituzionale).

Un problema analogo si pone, come abbiamo visto, per le stesse misure di sicurezza che, pur essendo *espressamente* qualificate dalla rubrica del Titolo VIII del Libro I del codice penale “Misure *amministrative* di sicurezza”, non hanno tuttavia sempre come loro presupposto applicativo la commissione di un “reato”. Dispone infatti l’art. 202 comma 2 c.p. che «La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza *per un fatto non preveduto dalla legge come reato*». Ora, già lo sappiamo, siccome è la presenza di un *quid* già normativamente qualificato come “sanzione” che permette di qualificare a sua volta il suo presupposto come “illecito” o, in genere, “fatto antiggiuridico”, ne discende che se – e solo se – le misure di sicurezza potessero essere sicuramente qualificate come “sanzioni” (anche a prescindere dalla loro natura formale) anche il loro presupposto fattuale, nei casi di cui all’art. 202 comma 2 c.p. nei quali – per definizione – *non* è costitutivo di reato, dovrebbe essere comunque qualificato se non come illecito almeno come mero “fatto antiggiuridico” (posto che è la previsione di una “sanzione” che indica come il suo presupposto condizionante sia giudicato “sfavorevolmente” dall’ordinamento).

In primo luogo, occorre considerare come sia le misure di sicurezza che le misure di prevenzione *ante o praeter delictum* abbiano *in comune* una finalità *esclusivamente* “preventiva” della criminalità di fronte ad una situazione di “pericolosità sociale” di una persona; in particolare come “prevenzione speciale”, non avendo senso una funzione di “prevenzione generale” prima che si verifichino le “condizioni di applicabilità” della misura previste dalla

legge (*a fortiori*, considerando che comunque la situazione di “pericolosità” va valutata nel momento in cui si tratta di applicare la misura, di sicurezza o di prevenzione: ciò perché si è *al di fuori* della logica del “comando” che, come avviene viceversa per le pene, sta alla base del principio di “irretroattività”)<sup>981</sup>.

Posto allora che il legislatore non qualifica espressamente come “sanzione” la misura di prevenzione e neppure ne individua la “natura giuridica” (penale, amministrativa o altro), ne discende anzitutto che, *rebus sic stantibus*, le “misure di prevenzione” non potrebbero essere qualificate come “sanzioni” (a prescindere dalla loro natura giuridica), anche se comunque connesse alla “prevenzione” della criminalità, e quindi dei reati, in senso lato, pur facendo riferimento a situazioni – in genere – che evidenziano il “*sospetto*” che un reato è stato, è o sarà commesso; sospetto in genere anche ancorato ad una particolare tipologia criminologica di autore (anche se oggi evidenziabile solo attraverso l’accertamento di “elementi di fatto”, da cui si dovrebbe desumere – meglio: “presumere” – la particolare tipologia dei destinatari di queste misure). In una parola, attraverso il riferimento ad una “pericolosità presunta” di un certo soggetto in quanto legato a certi indici fattuali “sintomatici” di detta “pericolosità”.

Ma basta questa generica riferibilità alla prevenzione della criminalità, in funzione quindi della tutela della “sicurezza pubblica”, per qualificare comunque le misure di prevenzione come “sanzioni” (pur non essendoci alcuna indicazione normativa esplicita)? Tale conclusione non mi sembra possibile, posto che, se così fosse, anche le misure di sicurezza sarebbero da qualificare senz’altro come sanzioni. Infatti, se anche è vero che le misure di sicurezza conseguono *di regola* alla commissione di un fatto *già esplicitamente qualificato come reato* (art. 202 comma 1 c.p.), non solo, come abbiamo visto, ciò non avviene sempre (art. 202 comma 2 c.p.), ma in ogni

<sup>981</sup> Sottolinea correttamente A. MOLARI, *Il problema dell’unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*. Il Convegno di diritto penale, Bressanone 1963, Padova, Cedam, 1964, p. 184: «Un appello rivolto alla volontà dei sudditi affinché tengano una certa condotta, e una pena conseguentemente stabilita in senso retributivo quale garanzia e riaffermazione dell’autorità della prescrizione disattesa, sono dunque le necessarie componenti del principio di irretroattività. Mentre è chiaro che il modo di essere del soggetto, una sua condizione tale da far supporre la probabilità (o possibilità) di una ricaduta del reato, resta al di fuori della logica delle proposizioni prescrittive e del correlativo principio di irretroattività. E ciò non solo per la ragione che non tutte le cause della pericolosità possono riportarsi a scelte volontarie, ma anche perché la pericolosità è dall’ordinamento considerata come uno stato, nella sua consistenza attuale, cioè, e senza far carico al soggetto di averne talvolta posto volontariamente le premesse». Vedi anche retro nota 369.

caso è proprio il codice penale a qualificare *esplicitamente* tali strumenti di controllo sociale come “*misure*” – senza fare dunque alcun riferimento al concetto di “sanzione” – “*amministrative*” (e dunque *non penali*), ancorandole *in tutti i casi* solo al concetto di “pericolosità sociale”.

Stando così le cose, è allora evidente che – come dicevano i compilatori del codice – mentre la pena vede nel reato la sua “causa”, il reato rappresenta, per l’applicabilità della misura di sicurezza (laddove, come di regola, ne costituisce il presupposto: art. 202 comma 1 c.p.), *solo un “sintomo” della “pericolosità” del suo autore*, che dunque si desumerebbe dalla commissione di un reato *insieme ad altri “elementi di fatto”*. Breve: non è la previa commissione di un reato, di per sé, che permetterebbe – almeno nella maggior parte dei casi *ex art. 202 comma 1 c.p.* – di qualificare le misure di sicurezza come “sanzioni”, oltretutto di carattere “penale”. A differenza infatti, ad es., delle “sanzioni civili” da reato, dove la *esplicita* qualificazione come “sanzioni”, oltretutto “civili” (secondo la rubrica del Titolo VII del Libro I del codice penale), dipende dalla integrazione di una *fattispecie complessa*, che vede comunque il suo “fulcro” nella commissione di un *fatto di “reato”*, sia pure accompagnata dalla realizzazione, come sua conseguenza, di un “danno” *sul piano “oggettivo”*, senza però alcun riferimento ad alcuna qualificazione “soggettiva” attinente alla “personalità” del suo autore<sup>982</sup>; al contrario, le misure di sicurezza, come le misure di prevenzione, trovano il loro fulcro proprio in una situazione “soggettiva” costitutiva di uno “*status personale*” dei loro destinatari: la loro “pericolosità” di fronte ad esigenze di sicurezza pubblica, da valutare sempre nella sua consistenza attuale.

Ci si può però a questo punto chiedere se, in particolare, le “misure di prevenzione” possano qualificarsi come “sanzioni penali” per il solo fatto di essere applicate da un giudice penale (più precisamente, da una sezione o da un collegio “specializzati” in materia di misure di prevenzione istituiti presso il tribunale del capoluogo del distretto giudiziario o la corte d’appello: art. 7-*bis* comma 2-*sexies* ord. giudiziario) attraverso un procedimento penale che ricalca il procedimento di esecuzione penale (art. 7 d. lgs. n. 159/2011, c.d. codice antimafia, in particolare il comma 9 a tenore del quale, «Per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, si applicano, in quanto compatibili, le *disposizioni contenute nell’articolo 666 del codice di procedura penale*», ossia appunto le disposizioni sul “Procedimento di esecuzione penale”). Il riferimento al criterio della “giurisdizione penale” necessita però di alcune puntualizzazioni. Anzitutto, anche sanzioni *non penali*

<sup>982</sup> E lo stesso discorso va fatto, *mutatis mutandis*, per le “sanzioni amministrative” a carico dell’ente per la commissione di un reato a suo vantaggio o nel suo interesse.

(ad es., le sanzioni civili da reato in caso di costituzione di parte civile all'interno del processo penale, ovvero la sanzione amministrativa pecuniaria *ex art. 24 legge n. 689/81* in caso di connessione di procedimenti, o ancora le sanzioni amministrative a carico dell'ente per gli illeciti amministrativi dipendenti da un reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da un organo apicale nel procedimento penale a carico di quest'ultimo) sono applicate dal giudice penale attraverso il processo penale. Inoltre, occorre sottolineare come – contrariamente a quanto si creda e spesso si ripete – parlare di “giurisdizione penale” non significhi sempre esercizio di “attività giurisdizionale” in senso stretto: non solo l'applicazione e l'esecuzione delle “misure di sicurezza” è infatti *sostanzialmente un'attività “amministrativa”*, e ciò non tanto perché si esaurisce in provvedimenti *sempre “revocabili”* in quanto emanati *rebus sic stantibus* (si consideri infatti che ad es. anche la sentenza di “non luogo a procedere”, che costituisce sicuramente esercizio di attività giurisdizionale, è sempre revocabile: art. 648 c.p.p.), quanto soprattutto perché tale attività ha ad oggetto non “fatti” quanto meri *status* personali, come la “pericolosità sociale” (consistendo viceversa l'attività giurisdizionale in senso proprio solo in accertamento di fatti)<sup>983</sup>; ma anche perché è noto come il giudice possa comunque svolgere attraverso le “forme” del processo un'attività squisitamente amministrativa: si pensi, per tutti, alla c.d. “giurisdizione volontaria”. A ciò si aggiunga come lo stesso “procedimento di sorveglianza”<sup>984</sup>, pur essendo strutturato secondo le forme del processo penale, più precisamente del procedimento di esecuzione penale di cui all'art. 666 c.p.p.<sup>985</sup> (con p.m., difesa, giudice, ossia in un rapporto “triadico”: art. 678, comma 1 c.p.p.), si risolva *sostanzialmente* nell'esercizio di una attività *amministrativa* (specie nell'applicazione e gestione delle “misure alternative alla detenzione”, quali forme di esecuzione o modalità esecutive della pena detentiva), così come amministrativa è tutta l'attività pubblica prevista dall'ordinamento penitenziario<sup>986</sup>. Con la conse-

<sup>983</sup> In questo senso, vedi anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 817-818.

<sup>984</sup> Utilizzabile in sede di esecuzione dal magistrato di sorveglianza «nelle materie attinenti alle misure di sicurezza e alla dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere»: art. 678 comma 1 c.p.p.

<sup>985</sup> Procedimento di esecuzione le cui disposizioni sono applicabili anche, come sopra detto, al “procedimento di prevenzione”.

<sup>986</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 817-818.

Per pervenire all'affermazione che nel procedimento di sorveglianza siamo in presenza di un'attività “sostanzialmente” amministrativa anche se rivestita delle “forme” del (meglio: di un “tipo” di) processo penale, c'è anzitutto un dato normativo di importanza primaria, dal momento che il procedimento di sorveglianza può anche essere *avviato d'ufficio* (art.

guenza che non può essere, *almeno da solo*, il ricorso al processo penale (meglio: ad una qualunque “tipologia” di procedimento penale) che permette di qualificare una certa misura come sanzione penale (conformemente d’altronde al fatto che, *di regola*, come già sappiamo<sup>987</sup>, la natura giuridica di una qualunque sanzione non può essere individuata dalla natura giuridica del suo procedimento applicativo).

Forse allora l’unica via d’uscita per rompere il circolo vizioso potrebbe essere la seguente: la circostanza che le misure di prevenzione – *a differenza* delle sanzioni civili da reato e delle sanzioni pecuniarie amministrative – possono essere *applicate “esclusivamente” dal giudice penale attraverso il (meglio: un “tipo” di) processo penale*; il che, *anche in mancanza di una specifica ed espressa indicazione da parte del legislatore*, dovrebbe sia pure *indirettamente* portare ad una loro qualificazione come *sanzioni “penali”*. Né, contro questa conclusione, potrebbe obiettarsi che, se così fosse, anche le sanzioni amministrative di cui è destinatario l’ente per la realizzazione di un reato commesso dai suoi organi apicali nel suo interesse o a suo vantaggio, essendo applicabili solo dal giudice penale attraverso il procedimento penale (a carico dell’autore del reato), dovrebbero conseguentemente essere qualificate, propriamente, come sanzioni “penali”<sup>988</sup>, nonostante la loro natura “amministrativa” sia espressamente e inequivocabilmente indicata dal legislatore. In realtà, infatti, in questo caso il *criterio “indiretto”* costituito dalla *esclusiva* applicabilità di un certo tipo di “misura di controllo sociale” da parte di un giudice pe-

---

678 comma 1 c.p.p.; a differenza dello stesso procedimento di esecuzione alle cui formalità, per quanto non diversamente disposto, lo stesso comma rinvia: si veda l’art. 666 comma 1 c.p.p.), e quindi *in deroga* al principio generale, che caratterizza qualunque specie di giurisdizione, del *ne procedat iudex ex officio*; anche se non si può escludere che tale principio possa subire “eccezioni”, che non toccano però il concetto di giurisdizione, come ad es. avveniva in materia penale con il pretore (eccezione dovuta però alla sua peculiare figura che riuniva nello stesso soggetto processuale le funzioni di inquirente e di giudicante; il che ne ha determinato la scomparsa, anche appunto per la sua dubbia costituzionalità). A ciò si aggiunga – sebbene non si tratti di un argomento decisivo – come il procedimento di sorveglianza, a differenza del processo penale anche sostanzialmente giurisdizionale, sia caratterizzato altresì dall’*acquisizione anche d’ufficio di ogni mezzo di prova* avente ad oggetto la personalità del soggetto internato, in deroga altresì al principio generale della disponibilità delle prove in capo alle parti, eccezionalmente a sua volta derogato solo in casi tassativamente previsti. Si ricordi che, in sede di esecuzione, le misure di sicurezza (diverse dalla confisca) sono applicate e le modalità esecutive individuate attraverso il procedimento di sorveglianza (artt. 678 e 679 c.p.p.).

<sup>987</sup> Retro nota 118.

<sup>988</sup> Magari venendo così incontro anche a quella dottrina che parla qui di responsabilità “penale” delle “persone giuridiche”, affermando trattarsi – nonostante la formale qualifica di “amministrative” da parte del legislatore – in realtà di vere e proprie sanzioni penali.

nale attraverso un tipo di processo penale viene “controbilanciato” (e “superato”) dalla *espressa qualifica “formale”* di quella sanzione come “amministrativa”, e quindi da un *criterio “diretto”* e inequivoco di qualificazione normativa, come tale logicamente “prevalente” su qualunque altro criterio in quanto interpretativamente insuperabile. Il che non esclude, a sua volta, che queste sanzioni di natura diversa dalla “penale-criminale” in senso stretto rientrino comunque in un concetto “ampio” di “materia penale”, e quindi in un sistema penale “integrale” e “integrato”, con conseguente applicabilità – quantomeno – delle “garanzie” previste dagli artt. 6 e 7 CEDU, dal momento che si tratta pur sempre di “sanzioni” predisposte dall’ordinamento come conseguenza della commissione di un fatto di reato, anche se di natura “amministrativa”.

Da quanto detto, si deve allora ritenere che *anche le “misure di prevenzione”* siano riconducibili ad una nozione di “materia penale” quali “*sanzioni penali*”, o meglio: “criminali”, sia pure in senso ampio, dal momento che, da un lato, sono applicabili *esclusivamente* da parte del giudice penale attraverso un tipo di procedimento penale (che ricalca lo schema del processo di esecuzione); dall’altro, come ricordato, il legislatore *non* indica direttamente in alcun modo la “natura giuridica” di queste misure. Da ciò consegue allora che, una volta riconosciuta la loro natura di “sanzioni penali”, si può a sua volta senz’altro considerare “legge penale” *anche* quella che prevede e disciplina le misure di prevenzione e le fattispecie di “pericolosità-sospetto” che ne costituiscono il presupposto. Il che è sistematicamente rilevante, come vedremo a breve, qualora si voglia riconoscere la “coincidenza”, e quindi la sostanziale “identità”, tra il concetto di “pericolosità” quale presupposto applicativo delle misure di sicurezza e quello che sta alla base delle misure di prevenzione. La stretta interrelazione tra le pene criminali in senso stretto e le misure di prevenzione, determinata dalla comune appartenenza ad un concetto lato di “sanzione penale” comprensiva di tutti indistintamente gli strumenti di contrasto alla criminalità, si manifesta poi con ogni evidenza anche nella applicabilità di severe “circostanze aggravanti” nei confronti degli autori di una ampia serie di reati che siano stati commessi «da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l’esecuzione» (artt. 71 e 72 d. lgs. n. 159/2011). Così come un esempio, addirittura, di “commistione” tra misure di prevenzione, pene criminali e misure di sicurezza si può rinvenire nell’art. 74 comma 4 decreto cit., laddove stabilisce, con una disposizione di carattere generale, che, «Salvo quanto è prescritto da altre disposizioni di legge, il sorvegliato speciale che, per un reato commesso

dopo il decreto di sorveglianza speciale, abbia riportato condanna a pena detentiva non inferiore a sei mesi, può essere sottoposto a libertà vigilata per un tempo non inferiore a due anni». Ancor più eclatante, in questa stessa logica, è il nuovo art. 578-ter c.p.p., rubricato “Decisione sulla confisca e provvedimenti sui beni in sequestro nel caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione” (introdotto dall’art. 33 comma 1 lett. c) d. lgs. n. 150/2022, c.d. Riforma Cartabia), a tenore del quale «1. Il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l’azione penale improcedibile ai sensi dell’articolo 344-bis, dispongono la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna. 2. Fuori dai casi di cui al comma 1, se vi sono beni in sequestro di cui è stata disposta confisca, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l’azione penale improcedibile ai sensi dell’articolo 344-bis, dispongono con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo competenti a proporre le misure patrimoniali di cui al titolo II del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 [c.d. codice antimafia]. 3. Il sequestro disposto nel procedimento penale cessa di avere effetto se, entro novanta giorni dalla ordinanza di cui al comma 2, non è disposto il sequestro ai sensi dell’articolo 20 o 22 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159»; disposizione del comma 2 da cui discende la *automatica “trasfigurazione”* della confisca facoltativa – a seconda dei casi, misura di sicurezza patrimoniale o pena accessoria – nella confisca come misura di prevenzione patrimoniale!

Un’ultima difficoltà a considerare anche le misure di prevenzione come “sanzioni penali”, sia pure in senso lato, potrebbe essere data dalla circostanza che, così dicendo, il “presupposto *normativo*” su cui si basa il giudizio di “pericolosità sociale” ai fini dell’applicabilità delle misure di prevenzione *prescinde dalla commissione di un “fatto di reato”*, ossia di un illecito (penale). Più precisamente, tra gli indici fattuali che costituiscono “sintomi” di questa pericolosità non si richiede la presenza di un fatto di reato, *anche senza escluderne la possibilità (a differenza delle misure di sicurezza che, almeno come regola generale, esigono viceversa tra gli indici sintomatici della pericolosità sociale quale presupposto della loro applicazione proprio la commissione di un fatto di reato)*. Breve: per l’applicazione di una misura di prevenzione *si può*, non si deve, fare a meno della previa commissione di un fatto di reato. Il che trova conferma nell’applicazione delle misure di prevenzione, specie patrimoniali, anche agli autori di reati connessi con la criminalità mafiosa. In altri termini, qui il reato non è un presupposto *normativamente imprescindibile*; anche se, normalmente, le misure di prevenzione si applicano

di fatto proprio a soggetti non “rei”. Mancando dunque la necessaria previa commissione di un illecito penale, la difficoltà di qualificare *tout court* le misure di prevenzione come sanzioni penali appare evidente.

A ben vedere però anche questa ultima possibile obiezione si rivela non insuperabile. Si ricordi infatti come la conseguenza giuridica costituita dalla “sanzione” (punitiva o esecutiva non importa) si collega normativamente non solo alla commissione di un “illecito” *ma anche a ciò che abbiamo stipulativamente definito come (mero) “fatto antiggiuridico”*<sup>989</sup>. E nulla esclude, riconoscendo per le ragioni sopra viste natura di “sanzione penale” – sia pure in senso lato – anche alle misure di prevenzione, che il loro presupposto applicativo possa essere costituito *solo da un “fatto antiggiuridico”*, in quanto valutato “sfavorevolmente” dall’ordinamento proprio per la presenza di un *quid già normativamente qualificato come “sanzione”*, che può consistere *anche in una semplice situazione di “sospetto”* di qualcosa – in altri termini in uno *stato di “pericolosità”* per l’ordine e/o la sicurezza pubblica – che appunto è pur sempre, giuridicamente, un “fatto” produttivo di “conseguenze giuridiche”. In particolare, un “fatto *penalmente* antiggiuridico” *diverso* e ulteriore rispetto all’illecito penale. Quanto appena detto trova conforto anzitutto nell’art. 13 comma 2 Cost., laddove stabilisce che ogni limitazione della libertà personale, in cui si sostanziano *anche* le misure di prevenzione “personali”, può legittimamente avvenire «nei soli *casi* e modi previsti dalla legge». Termine “casi” volutamente generico, idoneo a ricomprendere anche semplici “situazioni di fatto” come quelle di “sospetto” che costituiscono presupposto delle misure di prevenzione. Di più, proprio perché le disposizioni costituzionali non possono essere interpretate alla luce della legislazione ordinaria, ritengo che l’art. 25 comma 3 Cost., che utilizza anch’esso il termine generico “casi” (a differenza del comma 2, dove si parla di “fatto”), si riferisca a *tutte* le “misure di sicurezza”, da intendere *in senso lato* come misure di “difesa sociale” e dunque logicamente a tutte le misure di “prevenzione” della criminalità, e quindi anche alle “misure di prevenzione” in senso tecnico<sup>990</sup>.

Se dunque anche le misure di prevenzione sono qualificabili, sia pure in senso lato (meglio: “*indiretto*”), come sanzioni “penali”, la conseguenza più rilevante sul piano della disciplina è allora che anche ad esse si applicano *tutte le “garanzie”, sostanziali e processuali*, previste per la “materia penale” dagli artt. 7 e 6 CEDU; ma altresì – aspetto non secondario – tutte le “garanzie”

<sup>989</sup> Retro cap. I, 17.

<sup>990</sup> Parallelemente a quanto si deve ritenere per la portata dell’art. 25 comma 2 Cost., riferibile, come abbiamo detto, direttamente a tutte le “sanzioni punitive”, di qualsiasi natura: vedi retro cap. V, 8 lett. b.

*direttamente* ricavabili dalla Costituzione italiana, in particolare dagli artt. 13 comma 2, 25 comma 3 e 111, spesso più precise e incisive.

Piuttosto, stando così le cose, il vero problema diventa quello della *compatibilità* tra gli indici “fattuali” (= “elementi di fatto”) da cui si desume (trattandosi di “indizi”) il presupposto applicativo, ossia la “fattispecie condizionante”, delle misure di prevenzione e il *principio, fondamentale in materia penale, di “tassatività”* per la *assoluta genericità* della loro descrizione (si vedano, a questo proposito, gli artt. 1 e 4 d. lgs. n. 159/2011, laddove individuano i “soggetti destinatari” delle misure di prevenzione)<sup>991</sup>. Come abbiamo visto, infatti, a differenza di quanto accade per le pene criminali e (almeno di regola: arg. *ex* art. 202 comma 2 c.p.) per le misure di sicurezza, ancorate alla previa commissione di un “fatto di reato”, le misure di prevenzione hanno come presupposto applicativo *solo* “fattispecie di pericolosità” delle quali *non* costituisce elemento essenziale la realizzazione di un reato (quindi, *ante* o *praeter delictum*); con la conseguenza che, come abbiamo visto, queste “situazioni di fatto”, proprio per la presenza delle misure di prevenzione intese quali conseguenze “sanzionatorie”, sono *normativamente* qualificabili come meri “fatti antigiuridici”.

Ancora più in particolare, dunque, le misure di prevenzione farebbero propriamente riferimento non, direttamente, alla “pericolosità sociale”, come le misure di sicurezza, ma solo al “*pericolo di pericolosità sociale*”, con una notevole “*anticipazione*” della tutela penale; o forse, meglio, alla *presunzione – iuris et de iure – di pericolosità sociale*, o ancora, per essere più chiari, al “*sospetto*” di pericolosità, quale si desume da certi “indici” fattuali “sintomatici”

<sup>991</sup> Senza contare come in alcuni casi si utilizzi il meccanismo delle misure di prevenzione per “anticipare” la “sanzionabilità” di comportamenti altrimenti di per sé non punibili: si pensi, in particolare all’uso di formule come quella dell’art. 4 lett. f) d. lgs. n. 159/2011 in cui le misure di prevenzione personali si applicano «a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi [inciso introdotto successivamente dall’art. 1 comma 1 legge 17 ottobre 2017 n. 161] diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell’articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l’esaltazione o la pratica della violenza», in cui *si anticipa*, con una chiara truffa delle etichette, la rilevanza penale del “tentativo” di certi delitti. Situazione in cui, addirittura, si rende paradossalmente ancora più difficoltosa la stessa ricostruzione della fattispecie di delitto tentato nel momento in cui diventa necessario distinguere – a meno di non ammettere un inammissibile “cumulo sanzionatorio” tra la pena e la misura di prevenzione – gli atti “esecutivi” (diversi dagli “atti preparatori”) presupposto per l’applicazione della misura di prevenzione dagli “atti idonei e diretti in modo non equivoco” costitutivi del tentativo, ricordando come la vecchia distinzione tra “atti preparatori” e “atti esecutivi” fosse stata abbandonata dal codice Rocco nella formulazione dell’art. 56 c.p. (anche se non in quella dell’art. 114 c.p., a proposito del “contributo di minima importanza” in sede di concorso di persone «nella preparazione o nell’esecuzione», fra l’altro, «*del reato*» e non solo del “delitto” come per il tentativo).

(si pensi, ad es., a chi si trova in una situazione di “sospetto” di “abitualità” o di “professionalità” nel reato, ossia di “sospetto” di situazioni di “pericolosità sociale” c.d. “qualificata”: art. 1 lett. *a*) e *b*) d. lgs. n. 159/2011). Ciò a differenza delle misure di sicurezza, dove la previa commissione di un fatto di “reato” – almeno come regola generale – costituisce sì un “sintomo” della pericolosità sociale, *ma “qualificato”*, non basandosi sul mero “sospetto” della sua commissione, passata<sup>992</sup> o futura. Ne consegue che l’“incostituzionalità” del sistema delle misure di prevenzione, per come oggi legislativamente individuato, non essendo i presupposti dell’applicazione di queste misure indicati in maniera “tassativa”, rimane a sua volta fortemente “sospetta”.

Se viceversa si volesse ritenere che anche il *concetto di “pericolosità sociale”*, come dispone lo stesso art. 203 comma 1 c.p. nel darne la definizione, è riferibile all’intero “sistema penale” visto nel suo complesso in quanto esplicitamente considerato valido e operativo «*Agli effetti della legge penale*», e quindi di per sé riferibile non solo alle “misure di sicurezza” in senso stretto *ma anche alle stesse “misure di prevenzione”* (e non mancherebbero argomenti anche per pervenire a questa conclusione), si potrebbe allora fare addirittura un passo ulteriore riconducendo le stesse “misure di prevenzione” *direttamente sotto la previsione dell’art. 202 comma 2 c.p.* Si consideri infatti che il termine “misure di sicurezza” può *di per sé* essere inteso *in un senso ampio*, comprensivo di tutte indistintamente le “misure preventive” di “difesa sociale” contro la “pericolosità” di certi soggetti che si trovano in una particolare “situazione di fatto”, come ritengo che avvenga già alla stregua dell’art. 25 comma 3 Cost.<sup>993</sup>. Ora, l’art. 203 comma 1 c.p., nel dare la definizione normativa di “pericolosità sociale”, fa esplicito riferimento, per la qualificazione di un soggetto come pericoloso, alla commissione di «*taluno dei fatti indicati nell’articolo precedente*»; art. 202 c.p. che, al comma 2, si riferisce esplicitamente ad «*un fatto non preveduto dalla legge come reato*». E tale può essere senz’altro definita ogni “situazione” indicata dalla legge (in particolare dal c.d. “codice antimafia”) come “presupposto” per l’applicazione di una misura di prevenzione; situazioni – mi sembra – tutte ben qualificabili, appunto, come “fatti”: si consideri infatti come anche una

<sup>992</sup> Secondo PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 27 ss., i provvedimenti applicativi di misure di prevenzione disposti dall’autorità giudiziaria sarebbero delle *sanzioni criminali di genere anomalo, presupponendo pur sempre un illecito penale di cui non occorrerebbe la prova*. In altri termini, reati “presunti” *iuris et de iure*, sulla base di certi elementi di fatto “sintomatici” (neppure necessariamente “indizi” di reato, come pure viceversa a volte si richiede: vedi art. 4 c.d. “codice antimafia” lettere *a* e *b*).

<sup>993</sup> Vedi quanto detto prima nel testo.

qualunque “situazione di *sospetto*” fra quelle indicate negli artt. 1 e 4 del c.d. codice antimafia (indicative dei soggetti “destinatari” delle misure di prevenzione) si basi, *in via diretta o anche solo indiretta*, su “comportamenti umani”, e quindi su “fatti umani”; ciò anche senza contare che, di per sé, il termine “fatto” potrebbe anche essere inteso – lo abbiamo visto – come riferibile a qualunque *situazione di fatto*, ossia come semplice sinonimo di “*fattispecie*”. Considerazioni alle quali si deve *sistematicamente* aggiungere come lo stesso art. 202 comma 2 qualifichi i “fatti” riconducibili sotto il suo ambito applicativo come “casi” («La legge penale determina i *casi* nei quali ecc.»); termine *generico* “casi” che si incontra non solo nell’art. 13 comma 2 Cost. ma soprattutto nell’art. 25 comma 3 Cost. («Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei *casi* previsti dalla legge») e nell’art. 199 c.p. che apre le “Disposizioni generali” riferibili alle misure di sicurezza personali («Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei *casi* dalla legge stessa preveduti»); termine “casi” che deve allora senz’altro, sistematicamente, essere considerato *normativamente “equivalente”* al termine “fatto”, visto dall’art. 202 c.p. (nei suoi due commi) come presupposto “oggettivo” della applicabilità di misure di sicurezza. Termine “fatto” che viene poi *specificato* nel comma 1 come «fatto previsto dalla legge come reato» e nel comma 2 come «fatto *non* previsto dalla legge come reato». Siccome queste ultime *situazioni* devono però essere previste *espressamente dalla “legge penale”*, non v’è allora dubbio che, da una interpretazione sistematica degli artt. 199 (laddove parla di “casi”) e 202 commi 1 e 2 (dove si parla, viceversa, di “fatto”, anche se nel comma 2 utilizzato come sinonimo di “caso”), il termine “fatto *non* previsto dalla legge come reato” non possa essere, propriamente, inteso semplicemente solo come “fatto” *direttamente* derivante da un “comportamento umano”, sia pure, appunto, non costitutivo di reato, ma, più ampiamente, come *mera “situazione di fatto”, espressamente* prevista sempre dalla “*legge penale*” (dove la sua chiara appartenenza al “diritto criminale”, sia pure inteso in senso lato), che può consistere *anche in una semplice situazione di “sospetto”* di qualcosa che appunto è pur sempre, giuridicamente, un “fatto” produttivo di “conseguenze giuridiche” (anche se *indirettamente* situazione anch’essa determinata da comportamenti umani, visti però solo come “sintomi” dello “stato di pericolosità” di un certo soggetto). “Fatto” allora propriamente da qualificare, come detto, quale “fatto penalmente antiggiuridico”. Il che trova conferma anche nella circostanza che il concetto di “pericolosità sociale”, di cui all’art. 203 c.p., vale anch’esso “*agli effetti della legge penale*” nella sua “globalità” e dunque anche nella sua idoneità a disciplinare l’applicabilità altresì delle “misure di prevenzione”.

Ragionamento tuttavia, lo si ripete, che vale solo laddove il concetto di “pericolosità”, quale presupposto applicativo di tutte le misure di difesa sociale, coincida per le misure di sicurezza e per le misure di prevenzione<sup>994</sup>.

Ritornando a sua volta alle “misure di sicurezza”, anche se esse sono sempre applicate da un giudice penale attraverso un procedimento penale, la loro natura di “sanzioni penali” (sia pure in senso lato), sulla base di quanto affermato in precedenza, dovrebbe comunque ritenersi esclusa, posto che lo stesso legislatore le qualifica *espressamente* come “misure ammi-

<sup>994</sup> A questo proposito, occorre rilevare come non sia comunque d'ostacolo all'idea che il concetto di “pericolosità sociale” di cui all'art. 203 c.p. valga anche per le misure di prevenzione la circostanza che l'art. 203 c.p. faccia anzitutto riferimento, come destinatario di questa “qualifica soggettiva”, ad una persona «anche se non imputabile o non punibile», posto che, da un lato, si tratterebbe di un concetto di “pericolosità sociale” utilizzabile, *in-differentemente*, sia per gli autori di un “fatto” di reato (comma 1) sia per coloro che hanno commesso un “fatto” non preveduto dalla legge come reato, nozione di “fatto” quindi di per sé testualmente riferibile sicuramente *anche* alle ipotesi di c.d. “quasi-reato” (reato impossibile e accordo per commettere un delitto o istigazione alla sua commissione non accolta: artt. 49 comma 2 e 115 commi 2 e 4 c.p., generalmente considerati dalla dottrina come gli unici due casi riconducibili sotto l'art. 202 comma 2 c.p.); dall'altro, l'espressione “non punibile” ben potrebbe essere direttamente riferibile proprio ai soggetti destinatari delle misure di prevenzione. Quanto alla formula «quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati», questa non può essere intesa nel senso che il destinatario della misura di sicurezza deve avere già commesso un fatto costitutivo di reato, posto che tale interpretazione andrebbe contro il preciso disposto dell'art. 202 comma 2 c.p.; ma solo va riferita a quella che è la “finalità” propria di tutte le misure di difesa sociale, ossia la “prevenzione” di futuri reati (nel senso che i nuovi fatti, a differenza di quelli integrati in precedenza, devono essere necessariamente preveduti dalla legge come reati). Quanto infine alla portata dell'art. 203 comma 2 c.p., laddove fa riferimento ai “criteri” da cui desumere la «qualità di persona socialmente pericolosa» individuandoli in quelli indicati dall'art. 133 c.p., posto che fra questi è prevista anche la “gravità del reato” commesso, è chiaro che la sua esatta portata va “limitata” con riferimento proprio ai casi previsti dall'art. 202 comma 2 c.p., posto che in queste situazioni si prescinde dalla previa commissione di un fatto di reato (come presupposto indefettibile); per cui si deve fare riferimento solo ai criteri dell'art. 133 *utilizzabili* (ad es., se non c'è reato, non ci sono neppure i motivi a delinquere) e quindi, al massimo, solo a quelli indicati nel comma 2 con riferimento alla “capacità a delinquere”. Senza contare che, a ben vedere, anche questi criteri fattuali fanno comunque riferimento ad un reato già commesso (si pensi alla “vita del reo” e alla condotta antecedente, contemporanea o susseguente “al reato”; il che è logico considerando che i criteri dell'art. 133 sono anzitutto specificamente dettati per la commisurazione della pena per il reato commesso in caso di condanna).

Il vero ostacolo a considerare lo stesso concetto di “pericolosità” quale presupposto applicativo sia delle misure di sicurezza che delle misure di prevenzione sta, come abbiamo visto e a meno di non volerlo considerare insuperabile, nella circostanza che, nell'individuare i soggetti destinatari delle misure di prevenzione, gli artt. 1 e 4 d. lgs. n. 159/2011 fanno riferimento *anche a situazioni di mero “sospetto” di “pericolosità sociale”*, espressive di una – ulteriore – “anticipazione” della tutela preventiva.

*nistrative* di sicurezza”. A ben vedere tuttavia, anche se sicuramente la volontà dei compilatori del codice Rocco era quella di escluderne la natura penale distinguendole nettamente dalle pene criminali per presupposti applicativi (imputabilità *versus* pericolosità sociale) e funzione (retribuzione repressiva *versus* prevenzione), occorre tuttavia sottolineare come l’espressa qualificazione di queste misure come “amministrative” (da parte oltretutto della sola rubrica del Titolo VIII del Libro I del codice penale) non aggiunga nulla al loro reale, e quindi effettivo, “statuto giuridico”, dal momento che le misure di sicurezza trovano *l’intera loro “disciplina”, sostanziale e processuale*, in provvedimenti legislativi *sicuramente di natura “penale”*, come il codice penale (Titolo VIII del Libro I), il codice di procedura penale (che tratta del c.d. “processo di sicurezza”, sia nel giudizio di cognizione che in sede di esecuzione, anche attraverso il procedimento di sorveglianza) e la legge penitenziaria, che si occupa anche dell’esecuzione delle misure di sicurezza personali detentive. E si ricordi a questo proposito come, proprio la circostanza che l’intera disciplina delle misure di sicurezza sia contenuta in testi legislativi di natura sicuramente penale fosse uno – se non il principale – degli argomenti “sistematici” adottati dalla dottrina più risalente per inferire la “natura penale” anche delle misure di sicurezza.

Ma l’argomento, a mio avviso, realmente dirimente a favore della effettiva qualificazione *anche* delle misure di sicurezza come “sanzioni penali” sia pure in senso lato – nonostante la espressa volontà legislativa di considerarle “misure amministrative di sicurezza” – sta, ancora una volta, in inequivoci e tassativi dati normativi<sup>995</sup>, costituiti dall’*esplicito riferimento alla “legge penale”* operato da alcune delle “Disposizioni generali” in tema di misure di sicurezza personali (art. 199 ss. c.p.). Con riferimento anzitutto alla “pericolosità sociale”, che costituisce uno dei presupposti – forse l’unico veramente essenziale – ai fini dell’applicabilità delle misure di sicurezza, l’art. 203 comma 1 c.p. esordisce infatti con l’inciso «*Agli effetti della legge penale*»: il che indica inequivocabilmente nell’unico piano che dovrebbe interessare il giurista, quello “normativo”, come *anche le misure di sicurezza facciano parte a pieno titolo del “sistema penale”*. Il che trova ulteriore conferma nell’*incipit*

<sup>995</sup> Nella struttura originaria del codice, l’unico dato normativo che poteva effettivamente essere indicato a favore della natura propriamente amministrativa delle misure di sicurezza era l’art. 207 comma 3 c.p., secondo cui, «Anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, la misura di sicurezza applicata dal giudice *può essere revocata con decreto dal Ministro della giustizia*»; argomento oggi non più utilizzabile dopo che la Corte costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità di questa disposizione, espungendola dal sistema (Corte cost., sent. 23 aprile 1974 n. 110: vedi anche retro note 123 e 381), cui è seguita anche la sua abrogazione espressa ad opera dell’art. 89 ord. penit.

dell'art. 202 comma 2 c.p. che, oltretutto con riferimento specifico ai «casi» nei quali le misure di sicurezza si applicano a «persone socialmente pericolose» che hanno tuttavia commesso «un fatto *non* preveduto dalla legge come reato», stabilisce che è sempre «*La legge penale*» a determinare quali sono questi casi.

Da questi dati normativi si evince dunque un *argomento sistematicamente rilevante – se non senz'altro decisivo – a favore della “natura penale” anche delle misure di sicurezza*, che dunque possono essere ricondotte anch'esse a pieno titolo nell'alveo della “materia penale”<sup>996</sup>.

Concludendo, si potrebbe allora dire che, in via principale e diretta, sono anzitutto sicuramente “sanzioni penali” quelle così esplicitamente qualificate dal legislatore (*criterio “nominalistico”*); e, *in via sussidiaria e indiretta*, tutte quelle misure che sono comunque *applicabili esclusivamente attraverso un “tipo” di processo penale* (processo di cognizione, di esecuzione, di sorveglianza) e la cui disciplina è in genere contenuta *integralmente* nei codici penali e di procedura penale e nella legge di ordinamento penitenziario; tutte misure che, *nel loro insieme*, servono alla *prevenzione e repressione* dei reati (quindi, tutte le misure “preventive”, di sicurezza in senso stretto e di prevenzione *ante delictum*). Sempre che, naturalmente, non si tratti di misure che lo stesso legislatore non qualifichi diversamente *in modo espresso* dal punto di vista della loro “natura giuridica” (come le “sanzioni amministrative” applicabili all'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio; e fermo quanto abbiamo detto a proposito delle misure di sicurezza).

A ciò si aggiunga come, anche ritenendo di natura *sostanzialmente* “amministrativa” l'attività attraverso cui alcune di dette misure (come le misure di sicurezza e quelle di prevenzione) vengono applicate, ciò non escluda la loro qualificazione *formale* come “sanzioni penali” (*sia pure in senso lato*). In altri termini, se si tratta di misure applicate esclusivamente da un “giudice penale” attraverso le “forme” (= formalità) di un (tipo di) processo penale, *anche se sostanzialmente si tratta di attività amministrativa e non giurisdizionale*<sup>997</sup>,

<sup>996</sup> Alla fine, forse si potrebbe anche dire che le misure di sicurezza sono “sanzioni” (o “misure”) “sostanzialmente” amministrative anche se “formalmente” rivestite della qualifica – anche ai fini della disciplina applicabile, comprese le “garanzie” – penali-criminali.

<sup>997</sup> Vedi, in generale, con riferimento alla affermata natura *amministrativa* delle misure di sicurezza, anche se applicate dal giudice penale, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 811 ss., secondo cui non è dalla circostanza che un provvedimento sia applicato da un giudice all'esito di un processo che si può escludere la sua natura amministrativa. Con ciò confermandosi, *a fortiori*, che un'attività *sostanzialmente* amministrativa può essere sussunta anche sotto le *forme* del processo. Si ricordi altresì tuttavia come oggi, alla stregua dei c.d. “criteri Engel” per come stabiliti dalla Corte EDU, essendo la misura di sicurezza – almeno come

sono comunque sanzioni penali<sup>998</sup>. Ovvio poi che, così ragionando, il presupposto necessario diventa allora la (riconosciuta in modo certo) *previa qualificazione* del giudice come giudice “penale” (in quanto investito della giurisdizione penale) e del procedimento come procedimento “penale”. E si ricordi, a questo proposito, come la “norma penale” sia *unica*, nel senso che il reato non esiste senza il suo previo accertamento da parte del giudice penale; onde, anche da questa prospettiva (di stretta e necessaria interrelazione tra diritto e processo penale) si può ricavare la conclusione che “sanzione penale” è comunque *anche* quella applicabile *esclusivamente* da un giudice penale attraverso le forme del processo penale.

d) *I concetti di “sanzioni penali”, “materia penale” e “sistema penale”*

Dalle considerazioni fin qui svolte e dalle conclusioni cui siamo pervenuti, si può ragionevolmente affermare che nella *nozione di “materia penale”*, anzitutto ai fini dell’applicabilità delle “garanzie” indicate negli artt. 6 e 7 CEDU ma anche – se non soprattutto – delle “garanzie” previste dalla Costituzione – spesso più “restrittive” e incisive (si pensi, fra l’altro, ai principi della riserva assoluta di legge, della irretroattività e della tassatività) –, sono riconducibili *tutte* le “sanzioni” qualificabili *normativamente* come “penali”, comprensive sia delle sanzioni penali “in senso stretto”, rappresentate da quelle *formalmente* – e quindi “direttamente” – qualificate come tali dal legislatore, ossia le “pene criminali”, sia delle sanzioni penali (che potremmo definire) “in senso lato”, la cui qualifica normativa di ricava solo “indirettamente” dall’interpretazione sistematica della normativa che le disciplina, costituite dalle “misure di sicurezza” (anche di quelle che hanno come “presupposto” applicativo solo lo stato di “pericolosità sociale”, ma *non* la previa commissione di un “fatto di reato”: art. 202 comma 2 c.p.) e dalle “misure di prevenzione” *ante e praeter delictum*.

---

regola generale – applicabile ad un soggetto autore di un fatto *già qualificato come reato* (art. 202 comma 1 c.p.), essa appare sicuramente riconducibile alla “materia penale” e quindi a tutto il sistema di “garanzie” previste dall’art. 7 CEDU per gli “illeciti penali” e le “sanzioni penali”; *sanzioni penali sotto il cui ambito andrebbero allora ricondotte anche le misure di sicurezza*.

<sup>998</sup> La divaricazione tra “forma” e “sostanza” si può d’altronde riscontrare anche nelle c.d. “leggi provvedimento”, adottate col normale, e formale, procedimento legislativo, ma aventi un contenuto sostanzialmente amministrativo: contenuto di “provvedimento amministrativo”, ammantato però con la “forma” della legge per dargli “più forza” e sottrarlo alla ordinaria disciplina degli atti amministrativi. Il che spiega anche perché per una parte della dottrina le c.d. leggi provvedimento sarebbero costituzionalmente illegittime (anche se da nessuna disposizione costituzionale si può argomentare che carattere della legge è la sua “generalità” e “astrattezza”, da ritenersi viceversa carattere “normale”, prima ancora che dell’attività legislativa in senso proprio, di qualunque tipo di “attività normativa”).

Nella nozione di “materia penale” ricadono poi anche tutte le altre tipologie di sanzioni, qualunque sia la loro qualifica “formale”, che presentano i requisiti “sostanziali” stabiliti dalla Corte EDU con i c.d. Criteri Engel e quindi anche, in particolare, le sanzioni formalmente “amministrative” qualificabili però “sostanzialmente”, per la loro “severità” e quindi capacità “dissuasiva”, comunque come “sanzioni penali”. In questa stessa logica, nella più ampia prospettiva della costruzione di un “sistema penale”, o meglio “criminale” integrale e integrato, anche se non direttamente riconducibili sotto il concetto di “materia penale” elaborato dalla Corte EDU (con la applicabilità delle relative garanzie), vanno ricomprese *anche tutte le “sanzioni punitive amministrative”* previste dall’ordinamento, specie considerando come, ai sensi degli artt. 9 legge n. 689/1981 e 19 d. lgs. n. 74/2000, per l’operare del “principio di specialità” l’illecito penale e la corrispondente pena criminale possono essere esclusi già “a monte” dalla presenza di un illecito amministrativo strutturalmente “speciale”, con conseguente applicabilità della sola sanzione punitiva amministrativa<sup>999</sup>. Per cui si potrebbe alla fine anche dire, in modo forse dommaticamente più preciso, che le sanzioni punitive amministrative incidono funzionalmente sul sistema penale-criminale non “in positivo” ma “in negativo”, nel senso che non lo costituiscono ma lo “delimitano”. Se dunque, non rientrando tutte le sanzioni punitive amministrative sotto la nozione di “materia penale” elaborata dalla Corte EDU con conseguente applicabilità delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU solo a quelle che si conformano ai Criteri Engel, ciò non significa tuttavia che l’ordinamento italiano non preveda direttamente nella legge, se non addirittura nella stessa Costituzione, tutta una serie di “garanzie” per i soggetti destinatari di queste sanzioni amministrative. Così, per *tutte* le sanzioni punitive amministrative (rientrano a no anche nel concetto *formale* di “materia penale”) vige il “principio di legalità” nella sua triplice articolazione della riserva di legge, irretroattività della legge sfavorevole e tassatività (art. 1 legge n. 689/1981<sup>1000</sup>; si veda anche l’art. 3 d. lgs. 18 dicembre 1977 n. 472, con riferimento specifico agli illeciti e alle sanzioni amministrative in materia tributaria<sup>1001</sup>).

<sup>999</sup> Retro cap. V, 2.

<sup>1000</sup> Art. 1 legge n. 689/1981: («PRINCIPIO DI LEGALITÀ – 1. Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. 2. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati»).

<sup>1001</sup> Art. 3 d. lgs. 18 dicembre 1997 n. 472: «Principio di legalità – 1. Nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commis-

A ciò occorre poi aggiungere la previsione di una pluralità di “fattispecie di responsabilità” anche di diversa “natura giuridica” (penale, civile, amministrativa), *ma che, avendo tutte in comune, fra i loro “elementi costitutivi”, l’integrazione di un “fatto di reato”,* possono – o meglio: debbono – essere anch’esse ricomprese in un concetto, sia pure in senso ampio, di “*sistema penale integrale e integrato*”, da intendere come *comprensivo di tutte indistintamente le “misure di contrasto” al fenomeno criminale, a prescindere dalla loro specifica “natura giuridica”,* se penale o extrapenale. Così come si deve ritenere che rilevino ai fini della costruzione di un unico sistema “criminale” in senso lato non solo, come abbiamo visto, le sanzioni punitive “amministrative” e quelle “civili pecuniarie” quali strumenti sanzionatori di per sé utilizzati e utilizzabili per la “punizione” di fatti anteriormente costitutivi di reati e successivamente “depenalizzati”; ma anche le sanzioni civili e amministrative *tout court*, specie di natura “esecutiva”, cui l’ordinamento ricorre sempre più frequentemente come strumenti la cui volontaria auto-applicazione da parte dell’autore del reato (o, sempre più spesso, anche del mero indicato come reo) comporta, direttamente, addirittura la “estinzione della punibilità” e quindi di ciò che naturalmente – e originariamente – caratterizza un qualsiasi fatto di reato: la pena criminale.

Da tutto questo complesso sistema normativo di contrasto alla criminalità ma anche di “fuoriuscita” dalla “punibilità”, “a monte” attraverso la previsione di illeciti sanzionati in via amministrativa strutturalmente “speciali” rispetto agli illeciti penalmente sanzionati ovvero “a valle” rimessa alla volontà dell’autore (anche ipotetico) del reato attraverso la “auto-applicazione” di una sanzione “esecutiva” addirittura di natura formalmente extrapenale, si può allora ragionevolmente e dommaticamente pervenire anche alla formulazione di una *nozione di “materia penale” più ampia* di quella creata dalla Corte EDU e sostanzialmente *identificabile con quel concetto di “sistema penale integrale e integrato”* di cui, in questo lavoro, si sono cercate di tracciare le linee ricostruttive.

---

sione della violazione. 2. Salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile. Se la sanzione è già stata irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato. 3. Se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo».

9. *Epilogo. La attuale “realtà normativa” di un “sistema criminale integrale e integrato” orientato ad una visione politica “utilitaristica” e “laica” della pena criminale*

Cercando di tirare le fila e di ricapitolare quanto finora siamo venuti dicendo, la individuazione già a livello normativo di ciò che ho definito un “sistema criminale integrale e integrato” trova il suo primo, e fondamentale, momento di emersione nella previsione di “fattispecie di responsabilità”, di diversa natura giuridica (penale-criminale, amministrativa e civile), nelle quali il “fatto di reato” entra come elemento costitutivo. Il che comporta, come primo effetto giuridico dell’*interferenza* tra dette fattispecie, la possibilità di un “*cumulo di sanzioni*” di diversa natura giuridica di fronte alla commissione di un unico illecito penale. In generale, il “cumulo di sanzioni” della stessa natura giuridica (ad es., penale-criminale) con riferimento ad uno stesso “fatto storico” viene evitato a monte anzitutto in caso di relazione strutturale di “specialità” (in astratto, ma anche in concreto: art. 15 c.p.) tra due (o più) “fattispecie condizionanti” un certo tipo di sanzione sotto le quali ricondurre la stessa situazione di fatto. “Principio (o criterio) di specialità” che, di regola, può dunque operare *solo all’interno dello stesso settore dell’ordinamento giuridico*, come è dimostrato fra l’altro dal “cumulo” – ordinario – tra la sanzione penale e quella civile di fronte alla commissione di un reato, pur essendo ad es. la fattispecie di responsabilità civile per danno risarcibile da reato strutturalmente “speciale” rispetto a quella della responsabilità punitiva (dato che il danno risarcibile è un elemento costitutivo ulteriore rispetto al fatto di reato: art. 185 comma 2 c.p.); e lo stesso si deve ripetere per la responsabilità amministrativa dell’ente da reato.

Una *rilevantissima eccezione* si manifesta viceversa proprio con riferimento ai rapporti tra i sistemi sanzionatori penale-criminale e amministrativo ad opera dell’art. 9 legge n. 689/1981 che stabilisce viceversa, come regola generale, l’*operatività del “principio di specialità” anche tra illeciti penali e illeciti amministrativi* (di fonte statale). Ciò anche in conseguenza di un sempre maggiore ricorso allo strumento della “depenalizzazione” e della trasformazione di certe tipologie di fatti originariamente costitutivi di reati in illeciti amministrativi, portando con sé, fra l’altro, non solo l’introduzione di una particolare disciplina di “diritto transitorio” con l’applicazione “retroattiva” della sanzione amministrativa all’illecito depenalizzato<sup>1002</sup>, indice

<sup>1002</sup> In deroga all’art. 1 comma 1 legge n. 689/1981, secondo cui «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione», l’art. 40 della stessa legge stabiliva viceversa che «Le disposizioni di questo Capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all’entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo proce-

della *sostanziale* riconducibilità di questi diversi illeciti ad un unico modello di “illecito di diritto punitivo pubblico”, ma anche, *nella stessa logica di “continuità punitiva”*, l’applicazione *esclusiva* dell’illecito strutturalmente “speciale” – non importa se penale-criminale o amministrativo, e quest’ultimo sia se depenalizzato ovvero originariamente amministrativo – e della relativa sanzione. Considerazioni che valgono anche per l’operare del principio di specialità tra reati e illeciti amministrativi in materia tributaria (art. 19 d. lgs. n. 74/2000).

L’operatività del “principio di specialità” tra disposizioni che prevedono illeciti penali-criminali e illeciti amministrativi (non solo in astratto, *ma anche in concreto*) finisce pertanto per escludere “a monte”, ossia già “in astratto” (meglio: *ex ante prima* della commissione del reato), la stessa “punibilità” per un fatto previsto dalla legge come reato. Il che non può evidentemente non riflettersi, sempre dal punto di vista normativo, anche nella costruzione dello stesso “sistema criminale”.

Ma c’è di più. L’*interferenza* tra “fattispecie di responsabilità” che vedono il “fatto di reato” come elemento costitutivo *comune*, oltre a determinare come regola l’attenuazione della pena concretamente applicabile (art. 62 n. 6 c.p.), può però addirittura portare – ovviamente nei soli casi espressamente previsti dalla legge, ma che sono statisticamente sempre più numerosi e frequenti e quindi da considerare manifestazione di una chiara linea di una nuova politica criminale – alla stessa “esclusione” della “punibilità” (da intendere come *astratta possibilità* di applicazione della pena) anche *ex post*, ossia “*dopo*” la commissione del reato (o anche la sua semplice ipotesi) attraverso, per lo più, il ricorso al meccanismo della “estinzione del reato” – ossia della “improcedibilità” come conseguenza dell’“estinzione” dell’“azione penale” – e quindi alla fine della stessa “punibilità” (posto che la pena criminale può essere applicata solo attraverso il procedimento penale), in seguito ad una condotta, *sussequente* al reato (o anche alla sua sem-

---

dimento penale non sia stato definito» (retro note 854 e 860). Quest’ultimo inciso si muove nella stessa logica dell’art. 2 comma 4 c.p., quando afferma che, «Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e *le posteriori* sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, *salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*». Piuttosto, considerando che la disciplina transitoria che applica retroattivamente la sanzione amministrativa in caso di depenalizzazione rappresenta ormai a sua volta espressione di un “principio generale” (vedi l’art. 4 comma 1 legge 28 dicembre 1993 n. 561 e l’art. 100 comma 1 d. lgs. 30 dicembre 1999 n. 507), si può forse anche affermare che, quando l’art. 2 comma 4 c.p. fa riferimento alle “leggi posteriori”, queste debbono ritenersi comprensive non solo di quelle penali-criminali in senso stretto, ma anche delle punitive amministrative in caso di depenalizzazione: ulteriore riprova della necessità di considerare il “sistema criminale” in una prospettiva “integrale” e “integrata”.

plice ipotesi), di remissione nel pristino stato; condotta integrativa di una “sanzione esecutiva” che, in generale, conformemente alla sua funzione di “reintegrazione *in forma specifica* dell’ordine giuridico violato”, può logicamente intervenire solo laddove, *dopo* la commissione dell’illecito (o la sua ipotetica commissione), sia ancora materialmente o giuridicamente possibile pervenire, sia pure in ritardo, allo stesso *risultato politico* che l’ordinamento voleva perseguire attraverso la previsione astratta della “regola di condotta” poi rimasta inosservata. “Remissione in pristino” dell’assetto di interessi violato attraverso una “sanzione esecutiva” costituita da una condotta “riparativa” (in senso lato), *da non confondere* assolutamente col quel concetto di c.d. “giustizia riparativa” intesa fundamentalmente come “mediazione” tra reo e vittima; ultima espressione *fashion* di quella “ideologia del trattamento”, fortemente impregnata – ancora più dell’“emenda del reo” come finalità della pena – da connotati etico-morali di “pentimento” dell’autore dell’illecito e di “riconciliazione” con la vittima, in funzione di una modificazione della “personalità”, morale e sociale, del reo in quanto soggetto socialmente “deviante”.

Tale sanzione “esecutiva”, laddove costituisce “*condizione*” per l’operatività della causa “*estintiva del reato*” rimessa ad un comportamento del reo o dell’indicato come tale e quindi contenuto di una situazione giuridica soggettiva di “onere”, può consistere non solo in quell’“eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”, che rappresenta indubitabilmente una “sanzione esecutiva penale-criminale” sia pure “informale”, *ma addirittura in una sanzione esecutiva di diversa “natura giuridica”,* civile (come le restituzioni e il risarcimento del danno patrimoniale *ex art.* 185 c.p.) o amministrativa (come ad es. la bonifica di un sito ambientale inquinato). Sanzioni esecutive civili o amministrative che, invece di “cumularsi” con la pena criminale (come dovrebbe avvenire secondo la regola generale), svolgono viceversa la funzione di “sanzioni alternative” alla pena criminale (in particolare carceraria), e quindi, in ultima analisi, ad essa “sostitutive”. È evidente però che, se le sanzioni esecutive *extrapenali* – sia pure nei soli casi previsti dalla legge – hanno l’effetto di escludere la stessa applicabilità della pena criminale, anch’esse, insieme alle relative “fattispecie di responsabilità”, finiscono allora, sia pure da una particolare angolazione, per costituire sicuramente aspetti specifici di un *unico sistema* di strumenti di contrasto al fenomeno sociale e giuridico della criminalità. “Sistema normativo criminale” del quale fanno ovviamente e logicamente parte anche tutte le “sanzioni extrapenali”, non solo esecutive *ma anche punitive*, previste come conseguenze delle diverse “fattispecie di responsabilità da reato”, *a fortiori* quando si “cumulano” con la pena criminale, dal momento che *tutte indi-*

*stintamente sono normativamente qualificabili come “effetti giuridici” della commissione di un “fatto di reato”.*

Il passaggio logico ulteriore, della massima importanza dommatica e sistematica, è che, se all'autore di un fatto di reato (o almeno alla persona indicata come reo; reato che allora deve essere almeno logicamente “pre-supposto” nella sua esistenza, sia pure come mera “ipotesi di reato”, anche se non ritualmente accertato) l'ordinamento penale attribuisce il *potere esclusivo di “scegliere”* – nei casi indicati dalla legge – tra la sanzione esecutiva (addirittura extrapenale!) e la pena criminale, non solo si evidenzia – anche nel settore penale – la “preminenza logica” della sanzione esecutiva rispetto a quella punitiva, incentivandone al massimo l'applicazione – ovviamente fin dove “possibile” (materialmente o giuridicamente) –, ma si finisce per “delegare” nelle mani dello stesso reo, *post crimen patratum*, la *possibilità di “uscire” in modo assoluto e definitivamente dal “circuito penale”* scegliendo la “*autoapplicazione*” – entro termini predeterminati dalla legge (normalmente fino alle formalità di apertura del dibattimento di primo grado) – della “*sanzione esecutiva civile*” del risarcimento del danno (patrimoniale; ma anche della “sanzione punitiva civile” del risarcimento del danno “non patrimoniale”, posto che la legge non distingue) e/o delle restituzioni che “estingue” il reato (e quindi la punibilità). Risarcimento e restituzioni, quali sanzioni civili “da reato”, che, si ricordi, dovrebbero – come regola – “cumularsi” viceversa alla pena criminale. E lo stesso deve dirsi laddove l'estinzione del reato consegue all'applicazione di una sanzione esecutiva di natura amministrativa. Ciò significa – detto diversamente – che lo stesso autore del fatto di reato può, in questi casi, *scegliere il “tipo” di risposta sanzionatoria*, non solo nell'ambito delle sanzioni criminali in senso stretto tra la pena e la sanzione esecutiva informale dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ma addirittura la sua stessa “natura giuridica”, se penale criminale, civile o amministrativa; e quindi, in ultima analisi, la *stessa “natura giuridica” della risposta sanzionatoria*. Il che, almeno in questi casi in cui è giuridicamente possibile una rimessione in pristino dopo la commissione del reato avendo questo causato conseguenze “eliminabili”, significa che l'ordinamento non ritiene più “inderogabile” l'applicazione della pena-sanzione punitiva criminale, *lasciando la “gestione della risposta sanzionatoria” allo stesso autore del reato*. Per cui si potrebbe arrivare qui a parlare, addirittura, di “*gestione privatistica della pena criminale*”.

Non v'è dubbio allora che anche la possibile “interferenza” tra le diverse “fattispecie di responsabilità da reato” di natura extrapenale con la “fattispecie di punibilità”, laddove – al di là della mera “attenuazione” della pena concretamente irrogabile – comporti *tout court* l'inapplicabilità della

“fattispecie di punibilità” e quindi della pena criminale, implichi inevitabilmente, dal punto di vista dommatico e sistematico, la sicura appartenenza delle fattispecie di responsabilità da reato civili o amministrative al concetto di “sistema criminale” (in quanto comprensivo di *tutte*, indistintamente, le risposte sanzionatorie alla commissione di un reato).

Affermare tuttavia che l'autore del reato (o chi è anche semplicemente indicato come reo) ha la “disponibilità della risposta sanzionatoria” nel senso ora visto necessita comunque di alcune importanti precisazioni. Anzitutto, occorre ricordare come, se la “persona offesa” dal reato (meglio: ipoteticamente offesa) nei reati perseguibili a querela – oggi notevolmente aumentati in seguito alla c.d. Riforma Cartabia – ha la “disponibilità” della pena criminale non solo “a monte” astenendosi dal presentare la querela stessa e quindi, mancando la condizione di procedibilità, determinando la “non punibilità” dell'indicato come reo, ma anche, dopo la sua proposizione, rendendo inapplicabile la pena criminale attraverso l'istituto della “remissione della querela” (art. 152 c.p.; in genere, di fatto, con contestuale risarcimento del danno da reato, risarcimento che, in quanto “sanzione”, presuppone logicamente da parte del reo un *implicito riconoscimento della sua responsabilità* per il reato commesso, trattandosi qui appunto di responsabilità sì “civile” ma comunque “da reato”), remissione che tuttavia *non produce effetti se il querelato non l'ha accettata* (art. 155 comma 1 c.p.); ciò significa come, anche in questo caso, il reo o anche il semplice indicato come reo mantenga comunque, sia pure “in negativo”, un ampio margine di discrezionalità nella “gestione” della risposta sanzionatoria per il reato commesso.

Ancora, di “disponibilità della pena” da parte del reo intesa, secondo quanto detto sopra, come possibilità di “scelta” della stessa “tipologia” di risposta sanzionatoria tra pena criminale e sanzione esecutiva, anche extrapenale, rimessa al suo assoluto arbitrio, *non* si può neppure parlare in tutti i casi in cui la pena criminale non viene definitivamente e totalmente esclusa *ma semplicemente la si “attenua”* attraverso un comportamento del reo successivo alla commissione del reato. Tale condotta susseguente al reato (o comunque alla sua ipotesi), che si traduce in un meccanismo di “disponibilità parziale” della pena, può essere di natura sia “sostanziale” che “processuale”. Dal punto di vista sostanziale, come abbiamo ripetutamente ricordato, viene in evidenza il comportamento costitutivo dell’“attenuante comune”, e quindi tendenzialmente valevole per tutti i tipi di reato, della eliminazione (o anche della semplice attenuazione) in senso lato delle conseguenze, anche civili, del reato di cui all'art. 62 n. 6 c.p. Dalla prospettiva processuale, basta ricordare le c.d. “diminuenti” connesse all’“accettazione” da parte dell'indicato come reo di uno dei riti contrattati “premiali”. In par-

ticolare, con riferimento al c.d. “patteggiamento”<sup>1003</sup>, questo rito “premiare” serve per chiudere il procedimento/processo accettando proprio la sanzione “punitiva”, sia pure in misura ridotta. In tutti questi casi, il soggetto indicato come reo “dispone parzialmente”, attraverso una sua condotta, della pena che sarebbe “meritata” in quanto proporzionale al disvalore dell’illecito, riducendone il *quantum*. Una “attenuazione” del complessivo trattamento sanzionatorio si ha poi anche nella fase della stessa esecuzione della pena criminale quando il condannato, tenendo una buona condotta – e sia pure in presenza di altri presupposti – può ottenere la concessione di “misure alternative alla detenzione”<sup>1004</sup>.

La “disponibilità” assoluta e totale della pena criminale da parte dell’autore del reato (o anche del semplice indicato come reo) si ha viceversa solo nei casi espressamente e tassativamente previsti dalla legge, in cui lo Stato “rinuncia alla pena” attraverso, come detto, la “auto-applicazione” da parte del reo di una “sanzione esecutiva” di – tendenziale – “remissione in pristino”, di natura criminale o persino extrapenale (civile o amministrativa). “Sanzione esecutiva” che, consistendo in una condotta “riparativa” in senso lato, non solo lascia all’autore del reato (o al suo presunto autore) la “disponibilità” della pena criminale attraverso la sua “gestione personale”, ma costituisce altresì il più efficace contributo alla effettiva “reintegrazione” – in forma specifica o anche solo per equivalente – degli interessi della “persona offesa” lesi dalla commissione del reato.

Tutto questo “sistema” considerato nel suo complesso – e nelle diverse sfaccettature in cui si articola – è strettamente e direttamente funzionale ad una logica della pena criminale non “eticamente orientata” ma “utilitaristica”. Prospettiva nella quale bisogna in particolare guardare non solo alla “utilità” del reo, come viceversa oggi normalmente avviene con la previsione di istituti tutti orientati alla concessione di “benefici” della più diversa natura (pene sostitutive, misure sospensive, misure alternative alla detenzione, riti premiali, ecc.) finalizzati alla “prevenzione speciale”, in particolare in sede esecutiva attraverso la “rieducazione-reinserimento sociale” del condannato; ma anzitutto – e direi soprattutto – tenendo in considerazione proprio l’“utilità” dell’altra “faccia della luna” che caratterizza il

<sup>1003</sup> Oggi ulteriormente “incentivato” nella sua possibilità di applicazione, e quindi praticamente “allargato” nel suo ambito applicativo, dalla nuova formulazione degli artt. 444, 445, 448 e 458-*bis* c.p.p.

<sup>1004</sup> Ciò significa altresì che i benefici delle misure alternative alla detenzione, viste attualmente, in pratica, come l’unico strumento per evitare la pena carceraria, costituendo *solo modalità alternative di esecuzione della pena detentiva*, non superano di fatto l’idea della “pena criminale” come unica risposta alla commissione di un reato.

“reato” come “fatto umano”, troppo spesso non adeguatamente considerata se non addirittura dimenticata: quella della “persona offesa dal reato”, ossia del soggetto criminologicamente definibile come “vittima”. “Utilità” della persona offesa che deve essere sempre perseguita da un sistema penale che voglia essere intrinsecamente coerente con la sua funzione fin dove sia effettivamente possibile; quindi, almeno laddove ci sia un interesse leso comunque “reintegrabile”, la cui “soddisfazione” sia cioè comunque “raggiungibile” *anche dopo* la commissione del reato e quindi la sua “offesa” (anzitutto pertanto quando si tratti della lesione di interessi patrimoniali, nel senso in particolare di economicamente valutabili; concetto di “patrimonio” che, non si dimentichi, come manifestazione esteriore della “personalità” di qualunque individuo, costituisce contenuto di un diritto umano fondamentale). In quest’ottica, ciò significa allora che la pena criminale non può logicamente – *ma anche costituzionalmente* – svolgere una funzione di perseguimento della “giustizia assoluta” (propria di uno Stato etico e non democratico), ma solo una funzione – “laica” – di utilità sociale. Il che trova il suo esatto *pendant* nella definizione che già Beccaria, nella sua visione utilitaristica del diritto penale, dava del reato, nel senso che illecito penale può essere esclusivamente un comportamento produttivo di un “danno sociale”<sup>1005</sup>. Con la conseguenza che l’applicazione – meglio: la “auto-applicazione” – di una “sanzione esecutiva” in luogo della pena criminale evidenzia *in re ipsa* la avvenuta “risocializzazione” del reo, rendendo quindi “inutile” – sia pure secondo una valutazione *ex post* – la “sanzione punitiva” costituita dalla pena criminale.

Muovendo da questa logica, occorre tuttavia notare come gli istituti la cui applicazione può portare come esito all’“estinzione del reato” (e quindi della “punibilità”) in conseguenza di condotte “riparative” da parte dell’autore dell’illecito (o indicato come tale), e che per le ragioni sopra viste dovrebbero essere politicamente incentivati al massimo, nella attuale realtà normativa siano viceversa ancora rimessi per la loro concessione ad una eccessiva “discrezionalità” del giudice con riferimento ai loro presupposti applicativi (si pensi ad es. alla sospensione condizionale dell’esecuzione della pena e alla sospensione del procedimento con messa alla prova). Incongruenza rispetto allo scopo (che dovrebbe essere primario) dell’estinzione del reato che si manifesta altresì nella frequente – se non normale – individuazione di ulteriori (e spesso numerosi) “limiti” per l’operatività estintiva della punibilità da parte delle condotte riparative, specie se costituiti da programmi di c.d. “giustizia riparativa” (nel senso “improprio” ana-

<sup>1005</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 5 e 83.

lizzato nel paragrafo precedente) finalizzati ad una “riconciliazione” tra il reo (o l’indicato come tale) e la vittima e quindi la comunità-società; situazione normativa che denuncia alla fine il pregiudizio “ideologico” e la difficoltà di abbandonare definitivamente quell’idea di “giustizia”, quindi ancora profondamente “etico-morale”, di cui sarebbe portatrice la pena criminale ancora intesa, in ultima analisi, quale “giusta retribuzione” per il “male” commesso (verso la vittima e la società tutta). Esempi di questa vera e propria “ideologia penale”, oggi imperante nella involuzione costituita dal pensiero unico del “politicamente corretto”, si trova ad es. nell’art. 464-*bis* comma 4 c.p.p. che, a proposito della sospensione del procedimento con messa alla prova, richiede, oltre alla prestazione di condotte “riparative” (art. 168-*bis* comma 2 c.p.), un “programma di trattamento”, ancora una volta, di c.d. “giustizia riparativa” (da allegare all’istanza di sospensione)<sup>1006</sup>. In precedenza, in una logica analoga si erano già mossi l’art. 28 comma 2 d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448 che, con riferimento alla sospensione del processo con messa alla prova dell’imputato minorenni, dispone che «Con il medesimo provvedimento [l’ordinanza di sospensione con cui il giudice affida il minorenni ai servizi minorili] il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenni con la persona offesa dal reato»; e l’art. 35 d. lgs. 28 agosto 2000 n. 274 che, nel procedimento davanti al giudice di pace, dopo aver stabilito, in via generale, al comma 1 l’estinzione del reato in conseguenza di condotte “riparatorie”, al comma 2 dispone che la relativa sentenza può essere pronunciata «solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatrici idonee a soddisfare le esigenze di riprovaione del reato e quelle di prevenzione».

Al contrario, in un sistema penale integrale e integrato di contrasto al crimine, entrano infine sicuramente a far parte anche tutte le misure di prevenzione della criminalità come le “misure di sicurezza” e le “misure di prevenzione”, in quanto anch’esse da ricondurre alla categoria *normativa*

<sup>1006</sup> Una “regressione” rispetto alla idea “utilitaristica” della esclusiva tutela dell’interesse della “persona offesa”, imboccando viceversa di nuovo una prospettiva, sia pure parzialmente, “etica”, si può oggi riscontrare ad es. anche nella modifica apportata a quella ipotesi di sospensione condizionale della pena prevista dall’ultimo comma dell’art. 163 c.p. che originariamente richiedeva, per la sua operatività, *solo* una condotta “riparativa”, mentre oggi, in seguito alla c.d. Riforma Cartabia, prevede anche sia pure *in alternativa* che «il colpevole, entro lo stesso termine [«prima che sia stata pronunciata la sentenza di primo grado»], abbia partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo» (art. 1 comma 1 lett. l) d. lgs. n. 150/2022). Depotenziando così, con una vera e propria “controriforma”, la vera novità che questa disposizione aveva introdotto nel sistema: ancorare – sia pure solo di fronte ad una pena in concreto non superiore ad un anno – la sospensione condizionale esclusivamente ad una condotta ripristinatoria.

delle “sanzioni penali-criminali”, sia pure da intendere in senso lato basandosi su “fattispecie di pericolosità sociale” che possono prescindere dalla stessa commissione di un fatto di reato (arg. *ex* art. 202 comma 2 c.p.) o che comunque si fondano su mere situazioni di “sospetto” (*ante* o *praeter delictum*).

Il lavoro ha ad oggetto la ricostruzione, alla luce del diritto vigente, di un "sistema del diritto criminale" "integrale" e "integrato". "Integrale", in quanto ricavato dall'interpretazione delle disposizioni del diritto penale non solo sostanziale, ma anche processuale e dell'esecuzione penitenziaria, passando per le misure di prevenzione *ante* e *praeter delictum*; in una prospettiva quindi tanto repressiva che preventiva. "Integrato", in quanto basato altresì sulle interferenze e interrelazioni tra tutte le "fattispecie di responsabilità" che hanno fra i loro requisiti costitutivi la commissione di un "fatto di reato"; non solo quindi la fattispecie di responsabilità per la "pena criminale", ma anche quella per la "misura di sicurezza", quella "civile da reato" e "amministrativa dell'ente" per il reato commesso dai suoi vertici. In questa logica ricostruttiva, momento centrale è la formulazione di una "teoria del reato" sviluppata attraverso una analisi degli elementi che compongono la struttura di questo "tipo di illecito"; analisi che prende le mosse da una "teoria della norma incriminatrice", vista nei suoi quattro aspetti "temporale", "spaziale", "personale" e "materiale".

**Mario Trapani** è professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma Tre. È stato anche professore incaricato di Diritto processuale penale nella *Pontificia Universitas Lateranensis* e di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Accademia Militare di Modena. Fra i suoi lavori, si ricordano le monografie *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, Cedam, 1985, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006 e *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 2019; tra i saggi più recenti, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen. (web)*, 2017, n. 1 e *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018.