



DIRITTO PENALE

A cura di Paola Dell'Utri

This handout has been written by students without any intention of replacing the university materials. It is a useful summary of the subject but it does not guarantee a complete preparation as the materials

Sponsored by



CAPITOLO 1: "LEGITTIMAZIONE E COMPITI DEL DIRITTO PENALE"

1. Teorie della pena e tipi di Stato.

Un grande storico del diritto, Rudolf Von Jhering, aveva affermato che la storia della pena è una continua evoluzione. Nel 1700 c'erano ancora pene terribili come la pena di morte eseguita con modalità atroci, le pene corporali come il taglio del naso e della lingua e pene infamanti come la gogna e la berlina; nel corso dei due secoli successivi le sanzioni penali sono diventate meno dure: la pena detentiva ha pian piano sostituito queste pene inumane fino all'abolizione totale in molti paesi della pena di morte; infatti il carcere oggi ha un ruolo centrale nei sistemi penali. La risposta agli interrogativi su "che cosa legittimi il ricorso dello Stato all'arma della pena", cioè quali sono i presupposti e gli scopi che giustificano l'inflizione deliberata ad un essere umano di una pena e, in particolare, della privazione della libertà personale, è stata data dalle **Teorie della pena**: la teoria retributiva, la teoria generalpreventiva e la teoria specialpreventiva.

1. Secondo la **teoria retributiva** la pena è un male inflitto dallo Stato per compensare, cioè retribuire, il male che un uomo ha inflitto ad un altro uomo o alla società (occhio per occhio, dente per dente). Quindi si punisce perché è giusto non perché la pena sia utile in vista di un qualsiasi scopo. La teoria retributiva è una teoria assoluta, cioè non è interessata agli effetti della pena, è svincolata dalla considerazione di un qualsiasi fine da raggiungere.

Invece le teorie preventive sono teorie relative, cioè sono incentrate sugli effetti della pena.

2. Secondo la **teoria generalpreventiva** la pena è un mezzo per orientare le scelte di comportamento della generalità dei suoi destinatari, attraverso: (1 *l'intimidazione*, associata al contenuto afflittivo della pena, alla quale si assegna una funzione di controspinta psicologica, cioè che neutralizza le spinte a delinquere dei consociati); (2 *l'orientamento culturale*, cioè attraverso l'azione pedagogica che viene svolta dalla norma penale nel lungo periodo, che quindi crea nella collettività una spontanea adesione ai valori espressi dalla legge. Quest'ultimo effetto piano piano dovrebbe cioè sostituirsi all'obbedienza che viene dettata dal timore della pena.
3. Mentre secondo la **teoria specialpreventiva** la pena è uno strumento per prevenire che l'autore di un reato possa in futuro commettere altri reati attraverso: (1 *la risocializzazione*, cioè aiutando il condannato ad inserirsi nella società nel rispetto della legge; (2 se il condannato non vuole o non può essere risocializzato, attraverso *l'intimidazione* insieme al contenuto afflittivo della pena, alla quale si assegna una funzione di controspinta psicologica che neutralizza le spinte a delinquere del condannato; (3 se il condannato non è risocializzabile e non si lascia intimidire, attraverso *la neutralizzazione*, cioè rendendo il condannato inoffensivo, o comunque cercando di rendergli più difficile la commissione di nuovi reati.

Non esiste una teoria della pena che si imponga come vincente sulle altre, perché la legittimazione della pena varia a seconda del tipo di Stato in cui si pone il problema: in uno **Stato teocratico** ogni comportamento immorale o peccaminoso può essere represso come reato e la pena può legittimarsi nella giustizia divina, cioè come retribuzione del male; invece in uno **Stato totalitario**, dove si esige che il cittadino abbia una fedeltà incondizionata nella legge, si reprime come reato qualsiasi sintomo di ribellione e quindi la pena ha il compito di ottenere la fedeltà alla legge. I tre principali poteri dello Stato: legislativo, esecutivo, giudiziario, esercitano un potere punitivo: il potere legislativo deve selezionare i comportamenti penalmente rilevanti e deve dettare comandi e divieti e minacciare le pene ai trasgressori; il potere esecutivo riguarda l'esecuzione da parte del giudice delle pene inflitte; il potere giudiziario accerta la violazione delle norme legislative e infliggere pene adeguate nel caso concreto.

2. Struttura del reato e tipo di stato

Il reato è un'entità giuridica storicamente condizionata. La storia del diritto penale è segnata da una svolta epocale: il passaggio dall'equazione reato=peccato all'equazione reato=fatto dannoso per la società. Secondo la scuola positiva il fenomeno criminale avrebbe le radici nell'uomo delinquente. La lotta alla criminalità dovrebbe essere non contro il reato ma contro il reo. Si dovrebbero quindi identificare tipi di persone socialmente pericolose. Tutto ciò non è ammissibile perché il giudice avrebbe poteri incontrollabili ma soprattutto perché non chi è 'socialmente pericoloso' bensì solo chi ha commesso azioni socialmente pericolose determinate

e individuate nella legge soggiace alla potestà punitiva dello stato. Questo è il principio “nullum crimen sine lege”.

3. La legittimazione del ricorso alla pena da parte del legislatore.

Il ricorso della pena da parte del legislatore non può avere fini trascendenti o etici, cioè non può avere come fine la retribuzione del male del reato con un male equivalente e non può reprimere un comportamento solo perché è ritenuto riprovevole da un codice etico; ma il ricorso della pena da parte del legislatore ha come fine la **prevenzione generale** che ha come limite la funzione di prevenzione speciale, cioè di **rieducazione**, che la Costituzione assegna alla pena nello stadio della sua inflizione e esecuzione, prevista dall'articolo 27, 3° comma del codice penale, quindi devono evitare pene che comportano la segregazione a vita del condannato, o che sono tanto severe da non essere sentite come giuste dal loro destinatario, il quale potrebbe quindi rifiutare qualsiasi forma di aiuto per essere reinserito nella società. Da questo punto di vista nel nostro ordinamento risulta un problema la pena dell'ergastolo che, essendo una pena detentiva a vita, non dà la possibilità per il condannato di ritornare nella società, tuttavia ciò è stato temperato prevedendo una serie di istituti, come la liberazione condizionale, che danno al condannato prospettive di essere reinserito nella società.

I **criteri guida** per selezionare i fatti penalmente rilevanti, fornendo una risposta alla domanda su quali contenuti possono avere le leggi che prevedono i reati sono: i principi di offensività, di colpevolezza, di proporzione, di sussidiarietà.

1. Secondo il **principio di offensività** non ci può essere un reato senza offesa a un bene giuridico, cioè a una situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo; cioè il legislatore non può punire nessuno per quello che è o per quello che vuole, ma può punire solo fatti che ledono o pongono in pericolo l'integrità di un bene giuridico. Tutto ciò è stato affermato dalla Corte costituzionale che ha attribuito al principio di offensività un rango costituzionale come vincolo oltre che per il giudice, anche per il legislatore: infatti la Corte ha affermato che il principio di offensività opera su due piani: come precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprima in astratto un contenuto visivo, e come criterio interpretativo applicativo affidato al giudice nel caso concreto.
2. Secondo il **principio di colpevolezza** non ci può essere reato se l'offesa al bene giuridico non è personalmente rimproverabile al suo autore, in quanto rientrava nella sua sfera di controllo. Questo principio attraverso il principio di personalità della responsabilità penale prevista dall'articolo 27, 1 comma, della Costituzione, è dotato di un rango costituzionale correlato alla funzione general preventiva della pena, infatti se il fine della pena è quello di orientare le scelte di comportamento dei consociati, gli effetti così ottenuti possono essere raggiunti solo se il fatto vietato è frutto di una libera scelta dell'autore, o può essere da lui evitato con la dovuta diligenza.
3. Secondo il **principio di proporzione** non ci può essere reato se i vantaggi per la società, che derivano dalla minaccia e dall'applicazione di una pena per un'offesa colpevole ad un bene giuridico, sono superiori ai costi immanenti alla pena stessa, cioè meritano il ricorso alla pena solo le offese sufficientemente gravi, che vengono arretrate colpevolmente a questo o quel bene giuridico, se invece i danni per la società e per l'individuo che derivano dal ricorso alla pena, non sono controbilanciati dalla danonosità sociale, il legislatore dovrà rinunciare ad attribuire a quei fatti rilevanza penale.
4. Secondo il **principio di sussidiarietà** la pena può essere utilizzato soltanto quando nessun altro strumento a disposizione dello Stato, sia esso sanzionatorio (ad esempio sanzione amministrativa) oppure no (ad esempio interventi di politica sociale) è in grado di assicurare al bene giuridico una tutela altrettanto efficace nei confronti di una determinata forma di aggressione, cioè oltre che meritata, proporzionata alla gravità del fatto, la pena deve essere necessaria, quindi si può fare ricorso a essa solo come ultima ratio.

Nei principi di proporzione e di sussidiarietà il legislatore ha compiuto a partire dal 1967 interventi di depenalizzazione, attraverso varie leggi che hanno trasferito molti reati tra gli illeciti amministrativi, si tratta soprattutto di illeciti non sufficientemente gravi che quindi non facevano apparire proporzionata la sanzione penale (ad esempio le violazioni in materia di circolazione stradale). Sia il principio di proporzione e sia quello di sussidiarietà sono collegate alla costruzione: il principio di proporzionalità è collegato al principio della rieducazione del condannato previsto dall'articolo 27, 3 comma della Costituzione che dice che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato; mentre il principio di sussidiarietà è collegato al principio previsto dall'articolo 13, 1 comma della Costituzione, dove si riconosce un carattere inviolabile alla libertà personale.

4. La legittimazione dell'inflizione della pena da parte del giudice.

Lo **scopo** che legittima l'inflizione della pena da parte del giudice è previsto dalla Costituzione all'articolo 27, 3 comma, che afferma che le pene devono tendere alla **rieducazione del condannato**; inoltre tra i vari tipi di pena previste per uno stesso reato il giudice dovrà scegliere quella più idonea a prevenire il rischio che il condannato possa di nuovo delinquere, intimidendolo o favorendo il suo reinserimento nella società; per questo motivo il giudice poi dovrà scegliere il quantum della pena, cioè la commisurazione della pena entro i limiti minimo e massimo che sono fissati da norme incriminatrice. Se il condannato pensasse che gli viene applicata una pena che è sproporzionata per eccesso rispetto alla sua colpevolezza, ogni prospettiva di rieducazione attraverso la pena sarebbe frustrata. E ciò è vietato proprio dal **principio costituzionale di colpevolezza** previsto dall'articolo 27, 1 comma della Costituzione che, non solo vincola il legislatore nella costruzione del reato, ma anche il giudice nella commisurazione della pena la quale, per favorire la rieducazione condannato, dovrà essere scelta dal giudice al di sotto del tetto segnato dalla misura della colpevolezza per il singolo fatto.

Un'altra giustificazione dell'inflizione della pena da parte del giudice è l'esigenza della **prevenzione generale** dei reati: cioè la previsione della pena deve essere seguita dalla sua applicazione in concreto con la pronuncia della sentenza di condanna, ciò per confermare la serietà della minaccia prevista dalle norme incriminatrice, in modo da far capire ai trasgressori della norma che non potranno violarla senza essere poi non essere puniti (ad esempio se gli autori di fatti di corruzione venissero scoperti e poi puniti, ciò provocherebbe una riduzione di questo tipo di reato). Però la prevenzione generale non può incidere nella commisurazione della pena, cioè il giudice non può quantificare la pena per distogliere i terzi dal commettere dei reati in futuro, perché queste pene esemplari contrastano con due principi costituzionali: 1. con il *principio di personalità della responsabilità penale* prevista dall'articolo 27, 1 comma della costituzione, perché una parte della pena che viene applicata al singolo si fonderebbe non su ciò che ha fatto lui ma su ciò che in futuro potranno fare altre persone; 2. con il *principio della dignità dell'uomo* il quale non può essere considerato come un mezzo per conseguire scopi estranei alla sua persona, previsto dall'articolo 3, 1 comma del codice penale.

Per alcuni tipi di reati di gravità medio bassa il giudice può stabilire che la pena non venga eseguita, oppure può sostituirla con pene diverse e meno gravi di quella inflitta. In questa fase domina l'idea della **prevenzione speciale**: cioè il giudice che ha di fronte l'autore di un reato non grave può decidere di evitargli gli effetti desocializzanti del carcere attraverso la **sospensione condizionale della pena** (in genere entro il limite di due anni di pena detentiva) se pensa che questo soggetto in futuro non commetterà altri reati; oppure il giudice può prevedere la **sostituzione della pena detentiva breve** (cioè non eccedente i due anni) con una pena non privativa, cioè con una pena pecuniaria o una libertà controllata, o solo parzialmente privativa della libertà personale, cioè la semidetenzione, e quando dovrà scegliere tra questi vari tipi di pena sostitutiva il giudice dovrà scegliere quella più adatta a favorire il reinserimento sociale del condannato, o che comunque comporti per il condannato minori rischi di desocializzazione.

5. La legittimazione dell'esecuzione della pena da parte del potere esecutivo.

L'*esecuzione della pena* ha un fondamento special preventivo, infatti la pena inflitta dal giudice deve essere eseguita e questo compito è affidato agli *organi del potere esecutivo* (cioè gli organi del ministero della giustizia come l'apparato dell'amministrazione penitenziaria, e gli organi del ministero dell'interno come la polizia di Stato). È per un'esigenza di **prevenzione generale** che le pene stabilite dal legislatore e inflitte dal giudice devono poi essere eseguite, perché altrimenti un sistema in cui nessuno si preoccupi di eseguire queste pene perderebbe tutta la sua credibilità. Per quanto riguarda in particolare la pena detentiva la sua esecuzione ha una finalità di **prevenzione speciale** perché ha lo scopo di favorire la rieducazione del condannato per consentire un suo reinserimento nella società, rispettandone le regole.

Tuttavia ci sono dei **limiti alla funzione rieducativa**: in primo luogo affinché sia fatta salva la dignità dell'uomo e la pena rispetti il principio di umanità la rieducazione non può avere la forma della trasformazione coattiva dalla personalità, ma deve avere la forma dell'offerta di aiuto; inoltre se il condannato non è suscettibile né di essere reinserito nella società, né sembra sensibile agli effetti di intimidazione e ammonimento della pena, lo scopo della pena non è più quello della rieducazione ma quello della **neutralizzazione** del condannato, come accade ad esempio per molti esponenti di spicco della criminalità organizzata, della mafia e delle organizzazioni terroristiche, infatti in questi casi il fine della pena è la difesa della società dal rischio che il detenuto mantenga dal carcere contatti con le organizzazioni criminali di appartenenza e quindi continui a delinquere anche durante

l'esecuzione della pena, come previsto dagli articoli 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario.

6. I rapporti tra il diritto penale e gli altri rami dell'ordinamento.

La disciplina stabilita dal nostro ordinamento ha previsto una articolata e differenziata efficacia del giudicato penale di condanna nei giudizi extra penali, cioè civili, amministrativi e disciplinari.

→ 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 che sia intervenuto nel processo penale, la condanna con sentenza penale irrevocabile è pronunciata in seguito al dibattimento e ha efficacia di giudicato riguardo all'accertamento del fatto, della sua liceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, la stessa efficacia ha anche la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata a norma dell'articolo 442, cioè resa nel giudizio abbreviato salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il giudizio abbreviato (come stabilisce l'articolo 651, 1 e 2 commi del codice di procedura penale). Tutto ciò colloca fuori dall'area dell'efficacia del giudicato le sentenze di applicazione della pena su richiesta dell'imputato e del pubblico ministero, perché si tratterebbe di un procedimento speciale caratterizzato da una limitazione delle garanzie della difesa che impedisce l'attuazione degli effetti della sentenza penale nei procedimenti extra penali.

→ Negli **altri giudizi civili e amministrativi** la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in seguito al dibattimento ha efficacia di giudicato quando si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali oggetto del giudizio penale, purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa (come stabilisce l'articolo 654 del codice di procedura penale); anche in questo caso sono escluse le sentenze di condanna non pronunciate in esito a un dibattimento.

→ Nei **giudizi disciplinari** la sentenza irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità riguardo all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso (come stabilisce l'articolo 653, comma 1 bis del codice di procedura penale); la stessa efficacia nel giudizio per responsabilità disciplinare è stata attribuita anche alla sentenza pronunciata a seguito del patteggiamento, cioè nel caso di applicazione della pena su richiesta dell'imputato e del pubblico ministero (come stabilisce l'articolo 445, 1 comma del codice di procedura penale).

I rapporti del diritto penale di altri rami dell'ordinamento riguardano anche l'**accessorietà** e l'**autonomia del diritto penale** rispetto alla disciplina extra penale dei fatti che costituiscono le figure di reato. Ci sono due gruppi d'ipotesi: **a.** Ci sono norme incriminatrici in rapporto di **accessorietà** con gli altri rami dell'ordinamento che disciplinano materie che sono in parte già previste dal rito civile o amministrativo e alle cui regole il giudice penale dovrà far riferimento, non dovrà solo constatare dei fatti ma dovrà anche applicare quelle regole giuridiche extra penali. E' il campo occupato dagli *elementi normativi* della fattispecie legale (ad esempio nel furto l'altruità della cosa indica che la cosa non è di proprietà dell'autore del furto, e il relativo accertamento comporta l'applicazione al caso concreto delle regole civilistiche sui modi di acquisto del diritto di proprietà); **b.** Invece altre norme incriminatrici sono caratterizzate da **autonomia** rispetto agli altri rami dell'ordinamento, in primo luogo come autonomia del significato da attribuire a un dato termine, anche se è presente in quegli altri rami. Certe volte è la legge a conferire quel significato autonomo stabilendo che cosa significa questo o quel termine, qualunque sia la norma incriminatrice in cui compaia; altre volte invece è in via di interpretazione che si stabilisce il significato di un dato termine e lo si adatta alle esigenze di tutela dei beni giuridici che caratterizzano una determinata norma incriminatrice (ad esempio la nozione di possesso di una cosa mobile all'interno dell'appropriazione indebita, che viene ricostruita abbracciando rapporti con la cosa, come la custodia, più ampi di quelli compresi sotto quella nozione dal diritto civile).

L'autonomia del diritto penale rispetto agli altri rami dell'ordinamento si manifesta anche sotto **altri profili**: infatti per soddisfare l'esigenza di tutela che è espressa dalle varie norme incriminatrici, viene ampliato in via interpretativa il raggio d'azione reprimendo fatti che non troverebbero tutela in altri rami dell'ordinamento (ad esempio il caso della truffa che viene commessa nell'ambito di un contratto illecito).

Anche l'**unità dell'ordinamento giuridico** riguarda i rapporti tra il diritto penale e gli altri rami del diritto pubblico e privato, e questa unità si esprime nella coerenza che caratterizza l'ordinamento giuridico, al cui interno sono inconcepibili contraddizioni insanabili (ad esempio è inammissibile che uno stesso fatto venga considerato allo stesso tempo lecito e illecito, è normale che possono manifestarsi delle antinomie, ma è lo stesso sistema che deve fornire gli strumenti per eliminarle); il primo compito dell'interprete è di trovare la via per realizzare la coerenza dell'ordinamento. Gli istituti che fanno emergere la connessione tra i vari settori dell'ordinamento e

L'unità del sistema sono le **cause di giustificazione**, cioè doveri e facoltà che derivano da norme situate in ogni settore dell'ordinamento e che, rispettivamente, autorizzano o impongono la commissione di un fatto rendendolo lecito nell'intero ordinamento e che quindi impediscono l'applicazione delle sanzioni previste per quel fatto dai vari settori dell'ordinamento.

7. Diritto penale e problemi probatori.

Una regola di rango costituzionale: il **principio della presunzione di non colpevolezza** fino alla condanna definitiva previsto dall'articolo 27, 2 comma della Costituzione, impone all'accusa l'onere di provare la sussistenza degli elementi costitutivi del reato.

Il codice di procedura penale del 1988 ha fissato le **regole probatorie** sulla cui base va pronunciata la **sentenza di assoluzione**: non solo quando c'è la *prova* che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, che il fatto non costituisce reato o che non è previsto dalla legge come reato, o che è stato commesso da una persona non imputabile o non punibile per qualche ragione (come stabilisce l'articolo 530, 1 comma del codice di procedura penale), ma anche quando c'è il *dubbio* che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona non imputabile, perché manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova (come stabilisce l'articolo 530, 2 comma del codice di procedura penale. Inoltre, il giudice può pronunciare una sentenza di assoluzione anche se c'è la prova che il fatto commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa di non punibilità, o se c'è il dubbio sull'esistenza di esse. Questo quadro però è esplicitamente contraddetto dal **legislatore che viola le regole probatorie** quando elabora le norme incriminatrici che delineano i cosiddetti **reati di sospetto**, cioè quei reati al cui interno c'è una regola probatoria anomala perché essa solleva la pubblica accusa dal peso di provare la presenza di un elemento costitutivo del reato e trasferisce sul imputato l'onere di provare l'assenza di quell'elemento: la Corte costituzionale ha affermato l'illegittimità costituzionale di questa norme incriminatrici.

Esistono anche le **violazioni delle regole probatorie da parte della giurisprudenza** quando essa modifica la struttura del reato sempre per sollevare l'accusa dall'onere probatorio, quindi ricostruisce la fisionomia di un elemento costitutivo per rendere più agevole la prova della sua sussistenza nel caso concreto. Tra i reati di cui viene modificata illegittimamente la struttura c'è inanzitutto il **dolo**, che è composto dalla rappresentazione e dalla volizione di un fatto di reato, e quindi è presente e provato solo se si accerta che l'agente ha avuto l'effettiva rappresentazione e volizione di quel fatto, invece una rappresentazione solo potenziale può fondare solo un rimprovero di *colpa*; però quando l'accusa non riesce a provare la rappresentazione del fatto, spesso il giudice interviene in suo soccorso modificando la struttura del dolo e ritenendo sufficiente accertare che l'agente potesse e dovesse prevedere la realizzazione del fatto, *trasformando quindi la prova del dolo incavo della colpa*.

Esiste inoltre lo **stravolgimento del rapporto di causalità**: si tratta del rapporto tra due elementi del fatto di reato: l'**azione** (o l'omissione) e l'**evento concreto** che deve essere conseguenza dell'azione o omissione come stabilisce l'articolo 40, 1 comma del codice penale. A volte non si può provare la sussistenza di un rapporto di derivazione causale tra un'azione e un singolo evento concreto perché non sono ancora disponibili leggi scientifiche con cui spiegare se quell'evento concreto è davvero riconducibile a quella determinata azione, come alla sua causa; ci possono magari essere indagini epidemiologiche, che però mostrano solo come quel tipo di azione possa avere aumentato la probabilità del verificarsi di eventi del genere di quello che si è verificato in concreto. Per aggirare questo ostacolo probatorio la giurisprudenza stravolge la fisionomia del rapporto di causalità, e quindi quel rapporto non dovrebbe più intercorrere tra azione e evento ma tra azione e pericolo dell'evento; così la categoria dei reati di evento (ad esempio omicidio, lesioni) vedrebbe la sua struttura completamente modificata. Le ragioni di questo stravolgimento da parte della giurisprudenza sono politico-criminali, perché si vogliono soddisfare i bisogni di punizione che sono alimentati dalla moderna società del rischio, caratterizzata da fenomeni che possono mettere in serio pericolo l'incolumità delle popolazioni; però è solo il legislatore che può assolvere questo compito elaborando nuove norme incriminatrici, mentre la tendenza della giurisprudenza a stravolgere la fisionomia del rapporto di causalità è *contra legem*.

8. La legislazione penale italiana: cenoni.

Il **primo codice penale** in vigore nel regno d'Italia fu approvato nel 1889 e rimase in vigore dal 1890 al 1931, si chiamava **codice Zanardelli**, dal nome del ministro guardasigilli del tempo, e aveva le caratteristiche del diritto penale liberale. Nella parte generale riaffermava i principi di garanzia dell'Illuminismo: il principio di legalità, di irretroattività, di colpevolezza; aveva previsto l'abolizione della pena di morte, aveva abbassato sensibilmente i

livelli edittali di pena. Nella parte speciale prevedeva un rapporto tra Stato e cittadino non autoritario, prevedendo anche una vasta gamma di delitti contro la libertà la quale, era considerata da Zanardelli una prerogativa naturale dell'uomo, e introducendo una reazione scriminante agli atti arbitrari del pubblico ufficiale.

Al codice Zanardelli succede il **codice Rocco**, così chiamato dal nome del ministro guardasigilli del tempo, Alfredo Rocco, esso è stato approvato nel 1930 ed è entrato in vigore nel 1931. A differenza del codice precedente, il codice Rocco nasce nel contesto di uno Stato autoritario: dal 1926 in Italia si era instaurato un regime che prevedeva lo svolgimento dell'attività politica da parte di un solo partito e incriminava l'appartenenza a partiti diversi da quello fascista. L'influenza della cultura liberale a fatto sì che nella parte generale del codice vengano conservati alcuni principi di garanzia come i principi di legalità e di irretroattività delle norme incriminatrici, invece altri principi come quello di colpevolezza vengono interrogati, vengono introdotte numerose ipotesi di responsabilità oggettiva e in molti casi si considerano penalmente responsabili persone che al momento del fatto erano incapaci di intendere e di volere. Tra le pene ricompare, già anticipata nel 1926, la pena di morte prevista sia per i diritti politici e sia per quelli comuni. Nella parte speciale che ha previsto un innalzamento dei livelli di pena, con un ampio ricorso alla pena dell'ergastolo, c'è un ampliamento dei delitti contro la personalità dello Stato, mentre si aboliscono i delitti contro la libertà politica; si puniscono molte manifestazioni del pensiero prevedendo vari reati di opinione (ad esempio i reati di vilipendio alle istituzioni o agli emblemi dello Stato, l'apologia di reato); si incrimina lo sciopero qualunque sia il suo scopo; si prevede una tutela privilegiata per la religione cattolica considerata come religione dello Stato dopo la firma dei patti lateranensi tra il regime fascista e la Chiesa cattolica; scompare la reazione scriminante agli atti arbitrari del pubblico ufficiale.

Subito dopo la **caduta del fascismo** e prima ancora della nascita del nuovo Stato repubblicano, il governo provvisorio ha abolito la pena di morte e ripristinato la reazione scriminante agli atti arbitrari, nonché le circostanze attenuanti generiche che servivano come strumento per mitigare delle pene previste nel codice e nella legislazione speciale. È stata proposta anche la progettazione di un nuovo codice penale, infatti dal 1948 al 2003 ci sono state varie proposte che però non hanno mai avuto successo. Comunque, la mancata riforma globale del codice penale non ha impedito di modificare importanti istituti sia dalla parte generale che dalla parte speciale del codice.

Per quanto riguarda la **parte generale** sono state importanti: una legge del 1974 che modifica in senso favorevole al re il trattamento sanzionatorio del concorso di reati, la disciplina della sospensione condizionale della pena e quella del giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti; la riforma penitenziaria del 1975; una legge del 1981 che, oltre ad operare una vasta depenalizzazione di illeciti minori, introduce la nuova tipologia delle pene sostitutive della detenzione breve; una legge del 1990 che elimina la responsabilità oggettiva per le circostanze aggravanti; la riforma del 2005 della prescrizione del reato, della recidiva e delle attenuanti generiche con la legge ex Cirielli; una riforma del 2006 che ha ampliato i limiti della legittima difesa nei luoghi di privata dimora; infine nell'ambito della legge intitolata "modifiche al codice penale in materia di reati di opinione" (legge 85 del 2006) è stata parzialmente riformata la disciplina della successione di leggi penali.

Invece nella **parte speciale** ci sono state: la riforma della disciplina dell'aborto nel 1978; interventi sulla disciplina della criminalità organizzata, comune o con finalità di terrorismo; una serie di modifiche alla normativa in materia di delitti contro la pubblica amministrazione; la riforma nel 1996 dei delitti contro la libertà sessuale; l'introduzione nel 1998 e nel 2006 di nuove norme incriminatrici per la repressione della pedofilia; la nuova disciplina dei reati in materia di schiavitù nel 2003; l'introduzione di una norma rivolta a reprimere le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili nel 2006.

Nel tempo hanno assunto un ruolo sempre più importante le **leggi penali speciali** (chiamate anche leggi complementari, cioè situate fuori dal codice penale) e a cui si applicano gli istituti della parte generale del codice. Sono diventati oggetto di leggi speciali oltre alle materie come quella fallimentare, societaria e tributaria, anche i reati in materia di ambiente, di urbanistica, di lavoro, di armi, di mercati finanziari e di stupefacenti.

Un impulso molto importante al superamento dei caratteri illiberali della legislazione penale è stato dato dalla **corte costituzionale**, che in particolare ha valorizzato i principi costituzionali di colpevolezza, di riserva di legge e di eguaglianza, oltre ai diritti di libertà sanciti dalla costituzione come la manifestazione del pensiero, lo sciopero, la riunione. Sono state molto importanti due decisioni della corte fondate sui principi di colpevolezza: nella prima la corte ha limitato l'irrilevanza dell'errore sulla legge penale ai soli casi in cui l'errore non sia scusabile, nella seconda la corte ha messo al bando la responsabilità oggettiva individuando nella colpa un limite invalicabile per l'attribuzione della responsabilità penale. Per quanto riguarda il principio di riserva di legge la corte ha dichiarato illegittima la norma incriminatrice del delitto di plagio e di una norma in materia di espulsione dello straniero. Per quanto riguarda invece le pronunce di accoglimento fondate sul principio di eguaglianza ci

sono state: quella che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive, una serie di sentenze in materia di misure di sicurezza che hanno portato il legislatore nel 1986 a richiedere che il giudice accerti la pericolosità per l'applicazione delle misure di sicurezza. Per quanto riguarda invece la parte speciale due sentenze hanno dichiarato l'illegittimità della norma che poneva il vilipendio della sola religione cattolica e della norma che prevedeva pene più grave per le offese alla religione cattolica recate attraverso il vilipendio di chi la professa o dei ministri di culto, nonché una sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme incriminatrici dell'adulterio e del concubinato che comportavano un trattamento più severo per l'infedeltà della moglie rispetto a quella del marito. Per quanto riguarda i diritti costituzionali libertà, in base all'articolo 21 della costituzione che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero, ci sono state delle sentenze con cui la corte ha dichiarato l'illegittimità delle norme incriminatrici delle associazioni antinazionali, della propaganda fatta per distruggere o deprimere il sentimento nazionale, del pubblico incitamento a pratiche contro la procreazione, nonché sentenze che hanno ristretto l'area di applicazione della fattispecie di pubblica apologia di delitti e di pubblica istigazione all'odio tra le classi sociali. Infine, riguardo all'articolo 40 della costituzione che sancisce il diritto di sciopero, la corte nel 1960 con delle pronunce ha eliminato dall'ordinamento la figura delittuosa dello sciopero per fini contrattuali e ha ridimensionato la figura dello sciopero politico.

Nonostante tutto ciò resta l'esigenza di una nuova codificazione penale in modo da avere un corpo normativo coerente in cui trovino piena espressione i valori e i principi che ispirano lo Stato democratico previsto dalla costituzione.

Secondo il principio della riserva di legge (art. 3 bis c.p.), ogni cittadino deve poter conoscere e prevedere ex ante le conseguenze penali legate alle proprie condotte.

CAPITOLO 2: "LE FONTI"

1. La funzione di garanzia del principio di legalità.

Il diritto penale già dal 1700 si è caratterizzato per la durezza delle sue sanzioni. È stato il pensiero illuministico a chiedere pene più miti e di stabilire limiti alla potestà punitiva dello Stato, a cominciare dal **principio di legalità**, cioè della **riserva alla legge** del compito di individuare i reati e le pene per mettere il cittadino al sicuro dagli arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario. In particolare, Montesquieu ha stabilito il principio della separazione dei poteri e ha affermato il primato della legge penale nella materia penale, a garanzia del cittadino non solo dagli arbitri del potere esecutivo manca da quelli di giudici. Inoltre, Beccaria ha evidenziato il principio di precisione della legge penale, cioè l'esigenza di leggi chiare e precise. Infine, Feuerbach ha coniato la formula "nullum crimen, nulla poena sine lege", individuando altri due caratteri della riserva di legge: il divieto di analogia (cioè il divieto di applicare la legge penale a casi che il legislatore non ha previsto espressamente), e il principio di determinatezza (cioè il legislatore può reprimere con la pena solo ciò che può essere provato nel processo).

Anche dopo l'avvento del fascismo l'eredità del pensiero liberale ha consentito la riaffermazione nel codice penale del 1930 del principio di legalità. In particolare la legalità dei reati e delle pene è prevista nell'articolo 1 del codice penale che afferma che "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite". Siccome accanto alle pene sono state previste anche le misure di sicurezza come sanzioni penali, il legislatore del 1930 ha esteso anche ad esse la garanzia del principio di legalità, infatti l'articolo 199 del codice penale stabilisce che "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa previsti". Inoltre nell'articolo 14 delle Preleggi viene di nuovo affermato il divieto di analogia per le leggi penali, infatti si afferma che "le leggi penali non si applicano oltre i casi e i tempi in essere considerati".

La costituzione repubblicana ha recepito il principio di legalità in tutti i suoi significati. L'articolo 25, 2 comma della costituzione stabilisce che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge", mentre l'articolo 25, 3 comma, con una disposizione dedicata alle misure di sicurezza, stabilisce che "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge". Ciò significa che, dato il carattere rigido della costituzione, il principio di legalità acquista forza vincolante anche nei confronti del legislatore a cui spetta il monopolio della scelta dei fatti da punire e delle relative sanzioni: deve formulare le leggi penali in modo chiaro (principio di precisione), non deve incriminare fatti che non possono essere provati nel processo (principio di

determinatezza), deve imporre al giudice il divieto di estensione analogica delle norme incriminatrice e deve sua volta formulare le norme incriminatrice in modo rispettoso del divieto di analogia (principio di tassatività). La matrice originaria del principio di legalità è politico-istituzionale, perché deriva dai principi dello Stato liberale di diritto in cui era il Parlamento ad avere la potestà punitiva, perché era l'unico potere che rappresentava la volontà popolare, mentre il potere esecutivo era espressione solo dalla maggioranza parlamentare e il potere giudiziario era privo di qualsiasi investitura da parte dei cittadini. Con l'affermazione dello Stato democratico e con l'introduzione del suffragio universale, dato che il Parlamento resta l'unico organo espressione dell'intera volontà popolare, attribuirgli il monopolio della produzione delle norme penali significa assicurare una forte legittimazione politica alle scelte punitive dello Stato e una più forte preclusione agli interventi dei poteri esecutivo e giudiziario.

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

1) Decreto legge, decreto legislativo e norma penale.

La riserva di legge in materia penale ha come fondamento politico l'esigenza che le scelte punitive siano riservate solo al Parlamento, come espressione dell'intero popolo, cioè impone di interpretare la formula "legge" nell'articolo 25, 2 comma della costituzione come **legge formale**, escludendo quindi i decreti legislativi e i decreti legge dalle fonti del diritto penale. Diverso invece è l'orientamento della prassi parlamentare e governativa: infatti il governo ha sempre fatto ricorso al decreto legge in materia penale soprattutto nella fase anteriore al divieto di reiterazione dei decreti legge non convertiti che è stato previsto dalla corte costituzionale con la sentenza 360 del 1996; inoltre il Parlamento fa uso della delega legislativa soprattutto per dare attuazione a direttive comunitarie. La dottrina interpreta la riserva di legge in materia penale come **riserva di legge in senso materiale**, che comprende anche gli atti normativi del potere esecutivo che hanno forza di legge, cioè i decreti legislativi e i decreti legge. Per quanto riguarda il **decreto legge** in caso di conversione i suoi contenuti vengono incorporati in una legge formale, mentre in caso di mancata conversione gli effetti del decreto-legge risultano travolti fin dall'inizio (secondo l'articolo 77 della costituzione). Per quanto riguarda invece il **decreto legislativo** la sua inclusione nel concetto di legge previsto all'articolo 25 della costituzione sarebbe legittimato dal fatto che il Parlamento deve dettare i principi nei criteri direttivi per l'esecutivo (come stabilisce l'articolo 76 della costituzione), il monopolio delle scelte punitive da parte del Parlamento sarebbe salvaguardato dal fatto che le deleghe al governo devono avere i caratteri di analiticità e di chiarezza. Tuttavia questi argomenti della dottrina che sostengono la riserva di legge in senso materiale non sono persuasivi: infatti il decreto-legge non può essere fonte di norme penali perché in caso di mancata conversione gli effetti sulla libertà personale non risultano più reversibili; anche il decreto legislativo non può essere incluso tra le fonti di norme penali perché da un lato la prassi è lontanissima dai caratteri di analiticità e chiarezza previsti dalla dottrina come condizione per la legittimità della delega, dall'altro lato l'attribuzione al potere esecutivo delle scelte politiche è un dato che appartiene alla tecnica della delega legislativa e la determinazione dei principi e dei criteri direttivi può circoscrivere ma comunque non può eliminare la discrezionalità politica del potere esecutivo nell'esercizio della delega; infine dato che la creazione di norme incriminatrici è un potere che non può essere attribuito agli atti normativi emanati da un singolo ministro, non si comprende perché dovrebbe essere consentito agli atti emanati dall'intero governo, infatti sia gli uni che gli altri sono opera del potere esecutivo a cui devono essere precluse le scelte punitive che spettano solo al Parlamento.

2) I decreti governativi in tempo di guerra.

La riserva di legge formale prevista dall'articolo 25, 2 comma della costituzione, ha come unica deroga i **decreti governativi in tempo di guerra** che, in base all'articolo 78 della costituzione possa essere fonte di norme penali attraverso la delega espressa dal Parlamento; infatti l'articolo 78 afferma "le camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari", per stato di guerra si intende solo la guerra con gli altri Stati. Questo articolo consente alle camere di delegare il potere punitivo in tempo di guerra solo al governo e non all'autorità militare, la quale non può legiferare attraverso lo strumento dei bandi militari che non possono essere inclusi tra le fonti di norme penali.

3) Legge regionale e diritto penale.

Non può essere fonte di norme incriminatrici neanche la **legge regionale**, come stabilisce l'articolo 117, 2 comma, lettera 1 della costituzione che afferma che "lo Stato ha la legislazione esclusiva in materia di ordinamento penale", la ratio di questa preclusione è appunto che solo il Parlamento rappresenta la volontà dell'intero popolo

mentre l'assemblea regionale rappresenta solo i cittadini di una determinata regione, e quindi le norme penali emanate da una avrebbero come destinatari anche cittadini di altre regioni che, per condotte che vengono tenute nel territorio di una regione diversa dalla loro, si vedrebbero applicare delle norme incriminatrici che sono emanate da un organo che è privo di rappresentatività nei loro confronti.

Sono illegittime le leggi regionali che: 1. Creano un nuovo tipo di reato o abrogano una norma incriminatrice preesistente, 2. Ne modificano la disciplina sanzionatoria; 3. Sostituiscono la sanzione penale con una sanzione amministrativa; 4. Configurano una nuova causa di estinzione della punibilità o ampliano la portata di una causa di estinzione preesistente.

L'unica **eccezione** alla preclusione per le regioni di emanare norme penali incriminatrici è stabilita dallo statuto della regione **Trentino Alto Adige** per le leggi della regione e delle province di Trento e di Bolzano: l'articolo 23 dallo statuto regionale stabilisce che "la regione e le province utilizzano, a presidio delle norme contenute nella rispettive leggi, le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie"; ci sono però dei limiti: infatti le fattispecie che la legge regionale o provinciale possono sanzionare con pena devono essere già previste dalla legge penale dello Stato, la ragione o la provincia la devono solo ricalcare, stabilendo le stesse pene previste da questa legge dello Stato, e ciò ovviamente a condizione che si tratti di una delle materie che sono state attribuite alla competenza della regione o delle province di Trento e di Bolzano.

Le regioni non possono dettare norme penali solo per quanto riguarda le norme incriminatrici, ciò non vale per le **norme scriminanti** che non sono norme penali; però c'è un limite alla possibilità per la regione di individuare le **cause di giustificazione**: infatti nelle materie di legislazione concorrente, cioè statale e regionale, la potestà legislativa della regione deve rispettare i principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato (come stabilisce l'articolo 117, 3 comma della costituzione), la legge regionale non può modificare la disciplina delle cause di giustificazione (ad esempio la legittima difesa) che esprimono principi generali dell'ordinamento. La legge regionale può tutelare propri precetti solo con sanzioni amministrative e solo nel caso in cui uno stesso fatto sia espresso sia da una norma penale che da una norma amministrativa di fonte regionale.

4) *Diritto dell'Unione Europea e diritto penale.*

Lo sviluppo della Comunità europea, che ha portato nel 1992 alla creazione dell'Unione europea, ha incrementato i problemi riguardanti i rapporti tra il diritto comunitario e il diritto penale degli Stati membri.

Un primo problema (che è stato risolto in senso negativo) riguarda l'esistenza di una **potestà sanzionatoria penale dell'Unione europea**. I Trattati istitutivi della Comunità non hanno attribuito alle istituzioni comunitarie il potere di creare norme incriminatrici, e anche se fosse stato previsto questo potere, queste norme incriminatrici non avrebbero potuto avere ingresso nel nostro ordinamento dove vige il principio della riserva di legge in materia penale attribuita solo al Parlamento nazionale per quanto riguarda l'emanazione di norme incriminatrici; inoltre il Consiglio (che è l'organo comunitario in cui si concentra la potestà normativa) è composto dai ministri dei Governi degli Stati membri e quindi non ha rappresentanza democratica. Quindi gli organi dell'Unione europea possono tutelare gli interessi comunitari solo con sanzioni amministrative.

Però l'Unione europea può imporre al legislatore di Stati membri l'**obbligo di emanare norme penali** a tutela di determinati interessi. A questo proposito bisogna distinguere tra le procedure e gli strumenti normativi che riguardano il primo pilastro dell'Unione europea (cioè il **diritto comunitario in senso stretto** che nasce sulla base del trattato istitutivo della Comunità europea) e quelli che riguardano il terzo pilastro (cioè la **cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri in materia di giustizia e affari interni**).

Per quanto riguarda il primo pilastro, fino ad ora il diritto comunitario non ha imposto agli Stati obblighi di criminalizzazione espliciti, anche se l'esistenza di questi obblighi è stata affermata dalla Corte di giustizia della Comunità europea per quanto riguarda i procedimenti per infrazione che sono stati avviati contro gli Stati membri per violazione del diritto comunitario (ad esempio capita che la comunità attraverso lo strumento della direttiva richieda agli Stati membri di apprestare una tutela adeguata a determinati interessi comunitari, e se questa tutela può essere realizzata solo prevedendo sanzioni penali, allora lo Stato membro sarà tenuto ad apprestare sanzioni penali). Lo stesso discorso vale per quelle direttive che impongono agli Stati membri di estendere ad un determinato interesse comunitario una tutela analoga a quella già prevista per un interesse nazionale corrispondente (ad esempio nel nostro ordinamento è stato introdotto l'articolo 640 bis del codice penale che punisce la captazione fraudolenta di erogazioni che provengono sia dallo Stato o da altri enti pubblici, sia dalla Comunità europea). Nel 2005 la Corte di giustizia ha stabilito che gli strumenti normativi del primo pilastro, soprattutto le direttive, possono imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali a tutela di interessi comunitari, perciò si può prevedere che presto il legislatore comunitario potrà usare questa competenza spogliando i legislatori nazionali della discrezionalità nella scelta tra sanzioni penali o altre sanzioni (civili o

amministrative) nelle materie comunitarie (come l'ambiente, la sicurezza del lavoro, l'immigrazione).

Per quanto riguarda invece il *terzo pilastro*, i suoi strumenti normativi e in particolare le convenzioni e le decisioni-quadro, prevedono degli obblighi di criminalizzazione con lo scopo di armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri per promuovere la cooperazione giudiziaria e di polizia nella lotta contro la criminalità transnazionale (ad esempio criminalità organizzata, terrorismo, traffico di stupefacenti, traffico di esseri umani, pedopornografia).

L'**incidenza del diritto dell'Unione europea** sulla discrezionalità del legislatore italiano è **notevole**, non solo per quanto riguarda gli obblighi di criminalizzazione, ma anche perché ci sono vincoli sulla conformazione dei precetti e sulla natura e misura delle sanzioni penali che lo Stato è tenuto ad adottare. Però da questi strumenti non derivano effetti diretti per il cittadino che potrà essere assoggettato ad una sanzione penale solo se una legge nazionale prevede come reato il fatto che ha commesso. Comunque gli Stati membri tendono a conformarsi spontaneamente agli obblighi comunitari e soprattutto ad adempiere agli obblighi di criminalizzazione anche per evitare le sanzioni stabilite dal diritto europeo nel caso di violazione di questi obblighi, infatti settori molto ampi del diritto penale italiano, soprattutto per quanto riguarda la legislazione penale complementare oggi sono conformati e plasmati dal diritto europeo: il legislatore italiano infatti ha recepito con decreti legislativi le indicazioni contenute nelle direttive o nelle decisioni-quadro (sulla base della legge annuale comunitaria), e con le leggi formali di attuazione degli obblighi che derivano dal diritto europeo.

Anche il **giudice penale degli Stati membri è vincolato dal diritto dell'Unione Europea**. In primo luogo, per quanto riguarda il primo pilastro (cioè il diritto comunitario in senso stretto) c'è la possibilità che **norme comunitarie dotate di efficacia diretta, contrastanti con norme penali statali, né parigino, in tutto o in parte, l'applicabilità**, in base al *principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale*; queste norme comunitarie possono avere la loro fonte nei trattati, nei regolamenti e nelle direttive (purché siano direttive dettagliate e sempre che sia decorso il termine per l'attuazione della direttiva da parte dello Stato membro). L'incompatibilità della norma penale nazionale con una norma comunitaria può essere totale o parziale: quando l'**incompatibilità è totale** la norma comunitaria rende inapplicabile la norma penale in tutta la sua estensione (ad esempio la legge 851 del 1938 che attribuiva l'esclusiva della raccolta e della vendita del latte nelle zone urbane alle centrali del latte e puniva con l'ammenda la violazione di questa esclusiva, infatti in questo caso c'era un contrasto con i regolamenti comunitari che sopprimevano l'esclusiva di vendita a favore delle centrali del latte, contrasto che era stato rilevato dalla Corte di giustizia della Comunità europea e dalla Corte di Cassazione che hanno escluso l'applicabilità delle norme penali nazionali incompatibili con i regolamenti comunitari); quando invece l'**incompatibilità è parziale** il campo di applicazione della norma penale verrà limitato e saranno estromesse le ipotesi che sono regolate diversamente dalla norma comunitaria (ad esempio il caso dell'etichettatura di solventi e di vernici affrontato dalla Corte di giustizia nel 1979: la legge italiana imponeva che l'etichettatura contenesse indicazioni ulteriori rispetto a quelle previste da una direttiva comunitaria che non fu attuata tempestivamente dal legislatore italiano; la corte di giustizia ha stabilito che dopo la scadenza del termine per l'attuazione della direttiva gli Stati membri non possono pretendere nulla di più di quanto previsto dalla direttiva comunitaria, con la conseguenza che le norme penali che impongono indicazioni ulteriori non potranno essere applicate a chi si è conformato alle prescrizioni comunitarie). In tutti i casi di incompatibilità tra norma penale e diritto comunitario, se c'è una sentenza definitiva di condanna per un fatto che è stato previsto dalla norma penale inapplicabile, cessa l'esecuzione della condanna e i suoi effetti penali vengono meno.

In secondo luogo, per quanto riguarda sia il primo pilastro che il terzo, un altro vincolo è l' **obbligo di interpretazione conforme alla normativa comunitaria**: cioè il giudice nazionale è tenuto a interpretare la normativa nazionale che attua gli obblighi di fonte comunitaria in senso conforme alla lettera e alla ratio dello strumento comunitario che fonda questi obblighi scegliendo, tra i possibili significati della legge nazionale, quello che è più conforme alle pretese del diritto dell'Unione. In materia penale il giudice ha come limite insuperabile ai suoi poteri normativi quello del *divieto di analogia* (cioè il giudice non potrà mai, neanche attraverso un'interpretazione conforme, attribuire alla norma penale nazionale un significato che va oltre il suo tenore letterale).

5) *Consuetudine e diritto penale.*

Non può creare norme incriminatrici neanche la **consuetudine** (si tratta della cosiddetta **consuetudine incriminatrice**), perché il fondamento politico della riserva di legge previsto dall'articolo 25 della costituzione è di attribuire solo al Parlamento il monopolio delle scelte punitive; inoltre bisogna anche considerare il carattere impreciso delle norme consuetudinarie. Non c'è spazio neanche per la **consuetudine integratrice**, cioè per il rinvio della legge alla consuetudine per l'individuazione di un elemento del reato. Inoltre la gerarchia delle fonti

impedisce alla consuetudine di abrogare norme legislative incriminatrici (si tratta della cosiddetta **consuetudine abrogatrice**), infatti le leggi possono essere abrogate in modo espresso o tacito solo da leggi posteriori (come stabilisce l'articolo 15 delle preleggi).

Tuttavia la consuetudine può essere fonte di cause di giustificazione (si tratta della cosiddetta **consuetudine scriminante**), perché sono le norme incriminatrici sono oggetto della riserva di legge prevista dall'articolo 25 della Costituzione, ad esempio la consuetudine di lanciare fuochi d'artificio a Capodanone giustifica il fatto penalmente rilevante di disturbare il riposo delle persone attraverso schiamazzi o rumori.

6) **Corte costituzionale e legge penale.**

La riserva di legge prevista dall'articolo 25, 2 comma della Costituzione stabilisce che la **Corte costituzionale** attraverso il sindacato sulle norme incriminatrici non può ampliare la gamma dei comportamenti penalmente rilevanti e rendere più rigido il trattamento sanzionatorio di un reato, inoltre stabilisce che la Corte sindacando la legittimità di norme che aboliscono un reato o lo trasformano in un illecito amministrativo, non può far rivivere un reato abolito o depenalizzato dal legislatore. L'unica ipotesi in cui la Corte può sindacare una norma che ha abolito un reato, facendo rivivere la norma incriminatrice che è stata abrogata dal legislatore è quella in cui questa norma attua un obbligo costituzionale espresso di incriminazione (se ad esempio una norma che abolisse l'incriminazione prevista dall'articolo 608 del codice penale per il reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti, che attua l'obbligo espresso di incriminazione prevista dall'articolo 13, 4 comma della Costituzione, che afferma che "è punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà", la disposizione incriminatrice fatta rivivere dalla Corte del essere applicata a tutti gli fatti commessi dopo la pronuncia della Corte, mentre per i fatti anteriori non può essere applicata a causa del principio di irretroattività).

La riserva di legge invece consente il controllo di costituzionalità delle norme incriminatrici che producono l'effetto di eliminare una figura di reato, di ridurre il campo di applicazione o di mitigare la sanzione prevista dalla legge; inoltre consente di controllare una legge di depenalizzazione che abbia mantenuto in vita, senza una buona ragione, come ipotesi di reato, fatti che sono omogenei a quelli che sono stati trasformati in illeciti amministrativi.

3. Riserva di legge e atti del potere esecutivo.

1) **Riserva assoluta, relativa o tendenzialmente assoluta?**

Dato che l'unica fonte delle norme incriminatrici è la legge forma dello Stato, si è posto il problema di stabilire se l'**esclusione degli atti del potere esecutivo sia totale o parziale**, cioè se la riserva di legge prevista dall'articolo 25, 2 comma della Costituzione sia una **riserva assoluta** (cioè è la legge che individua gli elementi del reato e del trattamento sanzionatorio), una **riserva relativa** (cioè la legge rinvia a una fonte di rango inferiore per l'individuazione del precetto e delle sanzioni), oppure se sia una **riserva tendenzialmente assoluta** (cioè la legge rinvia a una fonte sublegislativa la specificazione sul piano tecnico dei singoli elementi del reato già individuati dalla legge). Il problema è diverso a seconda che si tratti dei rapporti tra la legge penale e gli atti normativi generali astratti del potere esecutivo, o dei rapporti tra la legge penale e i provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo.

2) **Legge penale e atti normativi generali e astratti del potere esecutivo.**

Per quanto riguarda i **rapporti tra la legge penale e gli atti normativi generali astratti del potere esecutivo** (ad esempio regolamenti e decreti ministeriali), secondo un primo orientamento, favorevole alla riserva assoluta, è legittima ogni forma di rinvio da parte della legge a una fonte subordinata (ad esempio una norma di fonte legislativa che si limita a prevedere una sanzione penale per la violazione di un determinato precetto che, dopo l'emanazione della legge, verrà individuato da un regolamento, cioè la norma dice "chiunque viola quanto avrà stabilito dal regolamento X. verrà punito con la pena Y.", perciò viene punita la *disobbedienza come tale* alle norme della pubblica amministrazione). Questa impostazione svuota la riserva di legge perché non è il Parlamento a decidere quali sono le azioni e le omissioni che vanno punite ma l'autorità amministrativa con atti normativi generali astratti. Un secondo orientamento invece è favorevole alla riserva relativa e riconosce che le norme generali e astratte che sono emanate da fonti subordinate alla legge, attraverso il rinvio della norma legislativa, integrano il precetto e quindi definiscono la figura del reato, per salvare la ratio della riserva di legge si ritiene che l'atto normativo che proviene dalla fonte subordinata non può avere lo spazio illimitato che invece viene gli viene attribuito dalla teoria della disobbedienza come tale, cioè il principio previsto dall'articolo 25 della Costituzione sarebbe rispettato quando se è la legge a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i

caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena (come stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 26 del 1966); però la corte costituzionale stessa stabilisce che il criterio della sufficiente specificazione è molto vago e quindi legittima l'apporto dell'esecutivo per definire i reati, quindi l'intento di salvare la ratio della riserva di legge risulta fallito. Secondo il vertice un terzo orientamento che utilizza la formula della riserva tendenzialmente assoluta la legge non può rinviare ad atti generali e astratti del potere esecutivo a meno che non si tratta di atti che si limitino a specificare sul piano tecnico degli elementi che sono già stati descritti dalla legge, perché il carattere solo tecnico dell'integrazione esclude che attraverso questi atti il potere esecutivo scelga i fatti da punire e le sanzioni (ad esempio i decreti ministeriali che contengono l'elenco delle sostanze stupefacenti di cui è penalmente vietato lo spaccio).

Quindi merita approvazione lo schema della riserva tendenzialmente assoluta perché il carattere solo tecnico dell'integrazione non comporta scelte politiche da parte del potere esecutivo.

3) Legge penale e provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo.

Per quanto riguarda i **rapporti tra la legge penale e i provvedimenti individuali e concreti del potere esecutivo** le norme penali che sanzionano l'inottemperanza a classi di provvedimenti della pubblica amministrazione (ad esempio l'articolo 650 del codice penale che punisce chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragioni di igiene) non violano la riserva di legge perché questo singolo provvedimento amministrativo è estraneo al precetto penale in quanto non aggiunge nulla all'astratta previsione della legge, è solo un accadimento concreto che appartiene alla classe dei provvedimenti descritti dalla norma incriminatrice. Lo stesso discorso vale per le norme penali che sanzionano l'inosservanza a classi di provvedimenti dell'autorità giudiziaria (ad esempio l'articolo 388, 2 comma del codice penale che punisce chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che riguarda l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, o prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito). Le norme che puniscono l'inosservanza di classi di provvedimenti amministrativi o giudiziari violano la riserva di legge nel caso del principio di precisione (che pone un limite agli interventi discrezionali del potere giudiziario nell'individuazione dei fatti penalmente rilevanti), questo è il caso di quei provvedimenti, la cui inosservanza è sanzionata penalmente, che sono descritti dalla legge in modo impreciso (ad esempio l'articolo 650 del codice penale che riguarda quei provvedimenti emanati dall'autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico); dato che queste formule sono molto generiche ogni giudice deve integrare il precetto in violazione della riserva di legge, individuando lui stesso quali sono i provvedimenti la cui inosservanza va sanzionata penalmente.

4) Norme penali in bianco.

Le **norme penali in bianco** sono quelle in cui il precetto è stabilito in tutto o in parte da una norma di fonte inferiore alla legge, cioè la legge lascia in bianco il contenuto del precetto lasciando poi alla fonte sublegislativa il compito di specificarne il contenuto. Secondo la riserva tendenzialmente assoluta una norma, il cui precetto viene lasciato in bianco dalla legge e poi viene stabilito da un atto generale e astratto del potere esecutivo, è costituzionalmente illegittima a meno che, l'apporto del potere esecutivo, non sia solo di carattere tecnico. Invece è costituzionalmente legittima una norma che sanziona l'inosservanza di provvedimenti amministrativi individuali e concreti, sempre che la norma di fonte legislativa individui precisamente la classe di provvedimenti di cui reprime l'inosservanza.

4. Riserva di legge è potere giudiziario.

Per mettere al sicuro i cittadini dagli arbitri del potere giudiziario la riserva di legge impone al legislatore il rispetto di tre principi: del principio di precisione, del principio di determinatezza e del principio di tassatività, che sono parte integrante del principio di legalità e hanno il loro fondamento nell'articolo 25, 2 comma della costituzione..

5. Il principio di precisione.

1) Il fondamento del principio di precisione.

Il **principio di precisione** impone al legislatore di formulare le norme penali nella forma più chiara possibile, cioè il legislatore ha l'obbligo di disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali per evitare che il giudice assuma un ruolo creativo e si occupi invece solo dell'applicazione della legge. Il principio di precisione è garanzia

per la libertà e la sicurezza del cittadino, il quale (come afferma la Corte costituzionale nella sent. 364 del 1988) solo in leggi chiare e precise può trovare in ogni momento cosa gli è lecito e cosa gli è vietato.

Inoltre il rispetto del principio di precisione assicura una serie di esigenze che sono proprie del sistema penale:

*è una condizione indispensabile perché la minaccia legislativa della pena operi come uno strumento di prevenzione generale, intimidendo i potenziali autori dei reati, in modo da consentire al cittadino di sapere se il suo comportamento potrebbe comportare oppure no una pena;

*se le leggi vengono formulate in modo impreciso non è possibile muovere all'agente un rimprovero di colpevolezza, infatti la corte costituzionale ha ritenuto che sarebbe possibile appellarsi alla scusa dell'interpretazione sbagliata della legge penale che ha portato a pensare di non commettere un fatto penalmente irrilevante;

*solo se le norme incriminatrici sono precise l'imputato può esercitare pienamente il diritto di difesa, perché una norma imprecisa impedisce all'imputato e al difensore tecnico di individuare l'oggetto dell'accusa e di fornire elementi di prova a sua discolora.

2) Principio di precisione e tecniche di formazione delle norme penali.

Le norme penali possono risultare più o meno precise a seconda delle tecniche che il legislatore utilizza per formularle. Quella che assicura più precisione è la **tecnica casistica**, cioè la descrizione analitica di specifici comportamenti, oggetti, situazioni (ad esempio l'art. 538, 2 comma c.p. sulle lesioni personali gravissime, stabilisce che la lesione personale è gravissima se dal fatto deriva: 1. una malattia certamente o probabilmente insanabile; 2. la perdita di un senso, 3. la perdita di un arto o una mutilazione che renda l'arto inservibile, o la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare; 4. la deformazione o lo sfregio permanente del viso). Un ricorso indiscriminato alla tecnica casistica ha come unico costo lo sviluppo eccessivo della legislazione penale; inoltre questa tecnica presenta delle lacune, però la sua adozione non espone il giudice alla tentazione di colmare le lacune attraverso l'analogia perché questa tentazione è stata neutralizzata dal divieto di applicazione analogica delle norme penali (previsto dall'art 14 delle Preleggi e dall'art.1 c.p.); solo il legislatore è legittimato a riempire le lacune, come ha fatto spesso anche il legislatore italiano per disciplinare nuovi fenomeni non previsti dalla legislazione precedente (ad esempio nel 1993 ha affiancato alla figura base della truffa, prevista dall'art. 640 c.p., una nuova incriminazione che reprime la frode informatica).

Il ricorso a **clausole generali** comporta invece un rischio di imprecisione, perché si tratta di formule sintetiche che comprendono un gran numero di casi che il legislatore rinuncia a specificare (ad esempio una norma che descrivesse le lesioni gravissime con una clausola generale del tipo "la lesione è gravissima se la persona viene lesa molto seriamente nel corpo o nella mente"). l'uso di questa tecnica è legittimo solo se i termini sintetici utilizzati dal legislatore consentono di individuare in modo sufficientemente certo le ipotesi riconducibili sotto la norma incriminatrice (ad esempio il legislatore formulando le norme incriminatrici dell'omicidio, delle lesioni personali e dell'incendio non descrive tutte le condotte attraverso le quali è possibile causare la morte, la malattia, l'incendio, perché viene utilizzato il termine "cagionare" che consente di individuare con sufficiente precisione le classi di condotte vietate, dato che è un termine che rinvia alle leggi scientifiche, universali o statistiche, attraverso le quali il giudice può affermare o negare la presenza di un rapporto di causalità tra una determinata azione e la morte, o la malattia, o l'incendio che si sono verificati nel caso concreto).

Il ricorso a **definizioni legislative**, che a volte sono necessarie a causa dei molteplici significati dei termini usati dal legislatore, è una tecnica coerente con il principio di precisione; questa tecnica è utilizzata sia nella parte generale (ad esempio dove si definiscono il dolo e la colpa) e sia nella parte speciale dove si definiscono spesso termini che ricorrono in diverse norme incriminatrici (ad esempio il legislatore usa formule come: agli effetti della legge penale si considera, o si intende).

A volte il legislatore utilizza **termini** o **concetti descrittivi** per individuare gli elementi del reato, cioè termini che si riferiscono e descrivono oggetti della realtà fisica o psichica che possono essere accertati con i sensi o attraverso l'esperienza (ad esempio l'uomo, la previsione, la volizione), e che non garantiscono il rispetto del principio di precisione perché alcuni presentano una zona grigia che rende difficile o addirittura impossibile l'individuazione esatta dei fatti ai quali il termine fa riferimento (ad esempio un termine come il vilipendio). Quando il legislatore descrive un fatto con un solo termine che ha un significato impreciso, la norma sarà illegittima perché contrasta con l'articolo 25, 2 comma della costituzione (ad esempio la norma incriminatrice dell'incesto che, da un lato si limita a descrivere il fatto di reato con la formula "chiunque commette incesto", dall'altro lascia l'incertezza se sia necessaria la congiunzione carnale o se invece sia rilevante qualsiasi atto sessuale).

Altre volte il legislatore può utilizzare un **concetto normativo** per individuare un elemento del reato, cioè un

concetto che si riferisce ad un'altra norma giuridica o extra giuridica (ad esempio l'altruità, il matrimonio); questa tecnica è compatibile con il principio di precisione a due condizioni: il concetto normativo non deve comportare incertezze circa l'individuazione della norma richiamata e circa il contenuto e l'ambito applicativo della norma. Queste condizioni sono rispettate soprattutto quando la norma richiamata è una *norma giuridica* (ad esempio il concetto di altruità con cui si individuano le cose passibili di furto e di altri reati contro il patrimonio, sia perché questo concetto evoca la nozione di proprietà (prevista dall'art. 832 c.c.) come "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno e esclusivo", e sia perché i criteri normativi che consentono di stabilire se la cosa sia di proprietà oppure no dell'agente sono chiari e precisi).

Se invece la *norma* richiamata è *extra giuridica* il principio di precisione è tendenzialmente rispettato quando il rinvio riguarda una norma tecnica (ad esempio le regole dell'arte dell'oculista o dell'ortopedico la cui violazione comporta la colpa per imperizia), se si tratta invece di norme etico- sociali gli elementi del reato che vengono individuati sono imprecisi a causa della vaghezza di questa norma (ad esempio gli attentati alla morale familiare e commessi col mezzo della stampa periodica, l'art. 565 c.p. punisce chi col mezzo della stampa periodica "espone o mette in rilievo circostanze tali da offendere la morale familiare", infatti in questo caso non è chiaro se con la formula "morale familiare" la legge si riferisca solo alla morale sessuale).

3) Il principio di precisione nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Secondo la Corte costituzionale il fondamento del principio di precisione sta nell'art. 25 cost. Che è espressione del limite che la riserva di legge pone agli interventi del potere giudiziario, obbligando il legislatore a formulare norme chiare e precise. La corte per molto tempo ha rigettato le censure di imprecisione che sono state mosse da molti giudici di merito nei confronti di determinate norme incriminatrici; infatti la corte ha affermato che i termini utilizzati dal legislatore sono diffusi e generalmente compresi, sia facendo riferimento al diritto vivente (cioè un'interpretazione giurisprudenziale uniforme) e sia manipolando la norma censurata con la tecnica della sentenza interpretativa di rigetto (in modo da attribuire alla norma le caratteristiche di precisione che non aveva). A partire dagli anni '80 del secolo scorso la corte ha valorizzato appieno il principio di precisione sia sul piano delle enunciazioni di principio e sia dichiarando costituzionalmente illegittime alcune norme sottoposte al suo sindacato (ad esempio con la sent. 34 del '95 ha dichiarato illegittimo l'art. 7 bis, 1 comma del decreto legge 416 del 1989 convertito nella legge 39 del '90, che puniva lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si adoperava per ottenere dall'autorità diplomatica o consolare competente il rilascio del documento di viaggio che occorre; la corte ha motivato la sua decisione affermando che l'espressione usata dal legislatore di non adoperarsi per ottenere il rilascio del documento di viaggio non permette di stabilire precisamente quando l'inerzia del soggetto che si vuole sanzionare raggiunga la soglia penalmente rilevante, quindi questa norma non rispetta il principio di tassatività perché la sua applicazione è affidata all'arbitrio dell'interprete).

4) Principio di precisione e recente legislazione penale.

Anche la recente legislazione penale è più attenta a rispettare il principio di precisione (ad esempio l'art. 644 c.p. sull'usura del 1996 prevede, oltre ai parametri numerici fissati dalla legge, il concetto di interessi usurari che nella disciplina precedente era affidato all'arbitrio dei giudici).

6. Il principio di determinatezza.

Il principio di determinatezza esprime l'esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo, quindi non basta che la norma abbia un contenuto comprensibile, ma deve anche rispecchiare una fenomenologia empirica che può essere verificata nel corso del processo attraverso massime d'esperienza o leggi scientifiche, solo così il giudizio di conformità del caso concreto alla previsione astratta non è abbandonato all'arbitrio del giudice.

La norma incriminatrice del plagio previsto dall'art. 603 c.p. è stata dichiarata illegittima dalla corte costituzionale (con la sentenza 96 del 1981) perché contrasta con il principio di determinatezza in quanto, anche se il significato del precepto è chiaro, non potevano essere verificate empiricamente "le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione".

7. Il principio di tassatività.

1) Il principio di tassatività come vincolo per il giudice.

Il terzo principio che, in base alla riserva di legge, il legislatore è tenuto a rispettare è il **principio di tassatività**, in base al quale il legislatore è vincolato a imporre al giudice il divieto di estensione analogica delle norme penali di sfavore e a formulare le norme penali in modo da rispettare questo divieto di analogia.

Il **divieto di analogia a sfavore del reo** (la cosiddetta analogia in malam partem) è prevista dall'art. 1 c.p. in base al quale il giudice non può punire fatti che non siano espressamente preveduti come reato dalla legge, e dall'ar. 14 delle preleggi in base al quale il giudice non può applicare le leggi penali oltre i casi e i tempi in esse considerati. In Italia si discute se, in base alla legge 40 del 2004 che riguarda "Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita", commette un reato chi fa ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero; questa legge all'articolo 13 vieta sotto minaccia di pena qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano. Queste due attività sono simili ma diverse perché la cellula staminale viene ricavata da un embrione che ha cessato di esistere, quindi la ricerca su cellule staminali embrionali non è prevista come reato dalla legge e solo il legislatore potrebbe colmare questa lacuna, mentre se lo facesse l'interprete, violerebbe il principio di tassatività.

Il significato letterale della legge rappresenta la linea di confine tra l'**interpretazione estensiva** e l'**analogia**: un'interpretazione è estensiva se il giudice attribuisce alla norma un significato che abbraccia tutti i casi che possono essere ricondotti al suo tenore letterale, mentre il giudice fuoriesce dall'interpretazione se collega alla norma situazioni che non sono riconducibili a nessuno dei suoi possibili significati letterari, soprattutto, viola il divieto di analogia se estende la norma a casi simili a quelli che sono contemplati dalla legge, solo perché c'è l'esistenza di una disciplina comune.

Quando l'analogia riguarda le norme incriminatrici, la **Corte di cassazione** distingue tra l'interpretazione (che è consentita) e l'analogia (che è vietata). Da questa distinzione certe volte la cassazione trae delle conseguenze coerenti (ad esempio nell'omissione di soccorso, prevista dall'art. 593 c.p., la giurisprudenza ritiene che l'espressione "trovare" si riferisca solo a chi è in presenza di una persona in pericolo, mentre solo un'estensione analogica della norma consentirebbe di includere la notizia, ricevuta magari attraverso una telefonata, del ritrovamento da parte di altre persone di una persona in pericolo). Altre volte però la cassazione ha violato il divieto di analogia (ad esempio ciò che è accaduto per quanto riguarda la riproduzione abusiva di programmi per elaboratore elettronico, cioè il software, prima dell'introduzione della normativa nel 1992 la giurisprudenza riconduceva il software alla legge sul diritto d'autore, anche se il tenore letterale di questa legge, che faceva riferimento alle opere di letteratura scientifica, non consentiva di abbracciare i programmi per elaboratore elettronico). Un altro caso in cui opera il divieto di analogia è quello in cui viene sanzionata penalmente la **violazione di un precetto contenuto in una disposizione extra penale** che appartiene a un settore dell'ordinamento che ammette il ricorso all'analogia (ad esempio nel diritto societario gli interpreti estendono con l'analogia il divieto di acquistare quote della società stabilito dall'art. 2483 c.c. per gli amministratori della società a responsabilità limitata anche al caso, non previsto da questo articolo, di assunzione di partecipazioni in altre imprese, previsto dall'art. 2361 c.c. per le società per azioni. Questa estensione analogica è legittima sul terreno civilistico ma non su quello penale, l'articolo 2630 c.c. che punisce gli amministratori che violano l'articolo 2483 non può essere applicato agli amministratori della società a responsabilità limitata che assumono partecipazioni in altre imprese). Quindi l'analogia è vietata agli effetti penali ma è ammissibile ai fini extra penali.

2) Il principio di tassatività come vincolo per il legislatore.

Il divieto di analogia vincola anche il **legislatore** ordinario perché: si oppone all'eliminazione delle disposizioni che vietano al giudice l'applicazione analogica delle norme incriminatrici; vieta l'introduzione di norme che consentono l'analogia nel diritto penale; non consente di creare fattispecie ad analogia espressa. Il divieto di analogia vincola il legislatore ordinario soprattutto nei casi in cui la norma si apre con la descrizione di una serie di condotte, situazioni o oggetti, e si chiude con formule del tipo "e altri simili", "e altri analoghi", questa norme violano il principio di tassatività quando contengono elenchi di ipotesi eterogenee e, soprattutto, quando descrivono una sola ipotesi a cui segue il riferimento a casi simili, si parla a questo proposito di **fattispecie ad analogia espressa** perché la formulazione della norma consente un'attività creatrice di norme da parte del singolo giudice che è incontrollabile (ad esempio negli articoli 600, 601 e 602 c.p. nel testo originario si parlava di schiavitù e di condizione analoga alla schiavitù, siccome non c'erano indicazioni legislative che inquadravano la schiavitù in un concetto di genere più ampio, era il giudice che doveva individuare le condizioni analoghe alla schiavitù secondo lo schema tipico del procedimento analogico e, di conseguenza, questa norme incriminatrici erano esposte a censura di incostituzionalità in base all'art. 25, 2 comma della costituzione. Il legislatore del 2003 ha poi riformulato l'articolo 600 "riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù", cui fanno riferimento gli articoli 601 "tratta di persone" e 602 "acquisto e alienazione di schiavitù". Per eliminare ogni dubbio di

illegittimità costituzionale per violazione dei principi tassatività, la legge 228 del 2003 ha stabilito che per schiavitù e servitù s'intende "l'esercitare su una persona poteri che corrispondono a quelli del diritto di proprietà, o ridurre o mantenere una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali, o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento".

Invece sono costituzionalmente legittime le norme che contengono formule del tipo "e altri simili", "e altri analoghi" se sono precedute dall'elencazione di una serie di ipotesi omogenee che consentono di individuare un genere sotto il quale ricondurre sia i casi che sono menzionati espressamente e sia quelli che vengono evocati con quelle formule (ad esempio la norma che puniva la vendita e la consegna di schiavi o grimaldelli a persona sconosciuta: tra i soggetti che potevano commettere questo reato il legislatore non ne escludeva "chiunque eserciti il mestiere di fabbro o un altro mestiere simile"). Per decidere sulla conformità o difformità della norma incriminatrice rispetto al divieto di analogia, anche la Corte costituzionale ha fatto riferimento all'omogeneità o eterogeneità dei casi menzionati in questa norma: nella sentenza 120 del 1963 la Corte ha affermato che solo l'omogeneità delle indicazioni esemplificative consente di individuare un preciso criterio di identificazione delle attività che sono simili a quelle menzionate espressamente, escludendo la possibilità che una norma attribuisca al giudice il potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato.

8. L'analogia a favore del reo.

Il divieto di analogia in materia penale opera solo quando l'applicazione analogica andrebbe a sfavore dell'agente, si tratta dell'*analogia in malam partem*: infatti l'art. 1 c.p. e l'art. 14 delle Preleggi vietano al giudice di ricorrere all'analogia per punire fatti penalmente irrilevanti, o per applicare pene più gravi di quelle previste dalla legge; quindi **il divieto di analogia non si estende alle norme che escludono o attenuano la responsabilità**, si tratta dell'*analogia in bonam partem*. In base all'art. 14 delle preleggi il divieto di analogia non interessa solo le leggi penali ma anche quelle che dettano una disciplina eccezionale, anche se la loro estensione analogica andrebbe a favore della gente. Però il ricorso all'analogia ha tre limiti: 1. La norma di favore non deve ricomprendere il caso in esame neanche se viene interpretata in modo estensivo; 2. La lacuna che individua l'interprete non deve essere intenzionale, cioè frutto di una precisa scelta del legislatore; 3. La norma di favore non deve avere carattere eccezionale.

Il divieto stabilito dall'art. 14 delle Preleggi non riguarda invece le norme che prevedono le **cause di giustificazione**, e questo perché non si tratta né di norme penali (perché sono norme che hanno finalità proprie e che si trovano in ogni luogo dell'ordinamento), né norme eccezionali (perché esprimono principi generali dell'ordinamento, ad esempio la legittima difesa prevista dall'art. 52 c.p. esprime il principio generale che considera lecito respingere la violenza con la violenza; il 1° comma dell'art. 52 per quanto riguarda il "pericolo attuale" comporta in problema dell'estensione analogica delle cause di giustificazione, soprattutto per quanto riguarda la legittima difesa, ad esempio nel caso della donna maltrattata che non avendo altre vie d'uscita uccide il marito durante il sonno, secondo una piccola parte della dottrina quel concetto riguarda non solo i pericoli in atto ma anche quelli che potrebbero sorgere in futuro e che possono essere scongiurati solo da un'azione difensiva immediata, invece la maggioranza della dottrina pensa che l'estremo del pericolo attuale comprenda soli pericoli in atto ed è solo attraverso un'estensione analogica della legittima difesa che potrebbe operare anche per i pericoli futuri, che possono essere evitati solo con un'azione difensiva immediata.).

La responsabilità per dolo è esclusa dall'art. 59, 4° comma c.p. nel caso in cui il soggetto commette un fatto penalmente rilevante nell'erronea convinzione di commetterlo in presenza degli estremi di una causa di giustificazione. Invece manca una disciplina per i casi in cui la gente commette il fatto nell'**erronea convinzione di trovarsi in presenza di una cosiddetta quasi giustificante o quasi scriminante** (cioè ci si chiede ad esempio se, colui che provoca volontariamente la morte di un uomo pensando erroneamente che la vittima, essendo un malato terminale, lo abbia richiesto per porre fine alle sue sofferenze, deve rispondere di omicidio comune o di omicidio del consenziente. Con l'applicazione analogica dell'art. 59, 4° comma si può configurare solo l'omicidio del consenziente: infatti l'analogia non è vietata inonanzitutto perché torna a favore del reo, e poi perché la disciplina di questo articolo non ha carattere eccezionale perché si tratta dell'applicazione delle regole generali sulla responsabilità per dolo). Dunque, l'agente risponde per dolo nei limiti della sua rappresentazione e volizione (se si è rappresentato e ha voluto un fatto illecito non deve rispondere per dolo, invece se si è rappresentato e ha voluto un fatto che è parzialmente giustificato dall'ordinamento, ad esempio l'omicidio del consenziente, deve rispondere solo per questo reato).

Non si possono applicare per analogia le **cause di esclusione della punibilità** perché hanno il carattere di norme eccezionali: infatti per il diritto penale l'autore di un fatto penalmente rilevante deve essere punito con le sanzioni

che sono previste dalla legge ed è solo un'eccezione che egli rimanga del tutto, o in parte, impunito, ciò può accadere ad esempio per ragioni di opportunità politica come ad esempio l'ambasciatore di uno Stato estero, o per ragioni politico criminali ad esempio l'autore di un tentativo che volontariamente decide di non portare a compimento l'azione. Invece non ammettono estensione analogica le norme che prevedono **circostanze attenuanti**, perché sono il frutto della scelta politico criminale di dare importanza attenuante a determinate situazioni (ad esempio la norma che prevede l'attenuante del risarcimento del danno esige che il danno sia stato riparato interamente e quindi non può essere estesa per analogia ai casi in cui il danno è stato riparato parzialmente).

9. Il principio di legalità delle pene.

La riserva di legge non riguarda solo i reati ma anche le relative **sanzioni**, cioè la legge dovrà prevedere il tipo, i contenuti e la misura delle pene. Inoltre, è necessario considerare tutti tipi di pene: le pene principali, sostitutive delle pene detentive, bene derivanti dalla conversione della pena pecuniaria, pene accessorie, misure alternative alla detenzione e effetti penali della condanna.

Il **principio di legalità delle pene** inanzitutto vincola il **giudice**, infatti l'art. 1 c.p. stabilisce che "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite". Infatti, la corte di cassazione ha annullato molte condanne a pene diverse da quelle previste dalla legge. Tuttavia, il principio di legalità delle pene vincola anche il **legislatore**: l'art.25, 2 comma cost. afferma che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge", quindi il tipo, i contenuti e la misura delle pene devono avere la loro fonte nella legge. Anche se la corte costituzionale ha attribuito un carattere assoluto alla riserva di legge in materia di pene (cioè ha escluso l'intervento di fonti sublegislative per definire gli aspetti secondari delle pene), l'opinione più diffusa è che si tratti invece di una **riserva tendenzialmente assoluta**, cioè che consente alle fonti sublegislative di intervenire nell'individuazione della pena, soprattutto per quanto riguarda l'aspetto dell'integrazione tecnica della pena. Quindi la legge deve determinare il **tipo** di pena che può essere applicata dal giudice per ogni tipo di reato (e ciò può avvenire sia nella norma incriminatrice, sia attraverso clausole generali, con la libertà controllata, o con una pena pecuniaria sostitutiva). E, inoltre la legge deve determinare con precisione il **contenuto** delle sanzioni penali (ad esempio c'era un dubbio sulla legittimità costituzionale della disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale, cioè una misura che è alternativa alla detenzione il cui contenuto è stabilito dalla legge con delle clausole che sono generiche, ad esempio prescrizioni che impediscono al soggetto di svolgere delle attività che lo possano portare al compimento di altri reati, però quali sono queste prescrizioni verrà poi stabilito da ogni singolo magistrato di sorveglianza). E, infine la legge deve determinare la **misura** delle sanzioni penali: un sistema di pene fisse sarebbe il più preciso (ad esempio cinque anni di reclusione, oppure € 3000 di multa); però nella costituzione ci sono dei principi (ad esempio di eguaglianza, di rieducazione del condannato) che comportano che sia il giudice a individuare la pena. Per trovare il punto di equilibrio tra la legalità e l'individuazione della pena è necessaria la **predeterminazione legale, per ogni figura di reato, di una cornice di pena**, cioè di un minimo e di un massimo entro il quale il giudice deve scegliere la pena che gli sembra più adeguato ad ogni singolo caso (ad esempio per il diritto di estorsione l'art.629 c.p. prevede una reclusione che va dai 5 ai 10 anni e la multa che va da 516 a 2065 euro). Quindi ci sono quattro corollari: 1. Il principio di legalità si oppone alla previsione di **pene indeterminate nel massimo**, cioè se non c'è un limite massimo fissato dalla legge l'ammontare della pena per le ipotesi più gravi deve essere deciso dal singolo giudice; 2. La **cornice edittale deve essere individuata con precisione**, ad esempio per il trattamento sanzionatorio del concorso formale di reati e del reato continuato l'art. 81, 1 2 2 comma c.p., individua la pena base che è di aumentare fino al triplo; ma una formula ambigua afferma "pena che dovrebbe infliggersi per violazione più grave" e non è chiaro se per violazione più grave ci si riferisce al reato più grave in astratto, cioè quello per cui è prevista dalla legge la pena massima più elevata, o in concreto, cioè quello che, tra i reati concorrenti, il giudice ritiene che meriti la pena più elevata; 3. La **cornice edittale non deve essere troppo ampia**, cioè il giudice deve farsi legislatore del caso concreto formulando propri giudizi di disvalore sulla stessa figura astratta di reato; 4. Il principio di legalità della pena stabilisce che la legge deve dettare **criteri vincolanti per il giudice nella commisurazione della pena**, stabilendo i fini della pena a cui deve ispirarsi il giudice nella commisurazione (ad esempio se un giudice ritiene di dover dare importanza alla prevenzione speciale intimidatrice, cioè all'esigenza di scoraggiare il condannato dal commettere in futuro altri reati, potrebbe infliggere la reclusione nel limite massimo previsto dalla legge per il delitto di furto nei confronti di chi, giudicato per il furto di una bicicletta vecchia, abbia già in precedenza commesso una serie di altri piccoli furti).

10. Il principio di legalità delle misure di sicurezza.

Le **misure di sicurezza** (che sono previste dagli artt.199 e seguenti c.p.) sono sanzioni: *personali* come ad esempio la libertà vigilata, o *patrimoniali* come ad esempio la confisca, che si applicano in aggiunta alla pena nei confronti di soggetti imputabili o semi imputabili, o in luogo della pena nei confronti di soggetti incapaci di intendere o di volere. Come le pene, anche le misure di sicurezza sono sottoposte al **principio di legalità**, infatti l'art.199 dice che è "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti". Anche per le misure di sicurezza il principio di legalità viene considerato un principio costituzionale, infatti l'art.25, 3 comma cost.dice che "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge", quindi il legislatore ordinario non può lasciare che siano fonti subordinate, in particolare il potere esecutivo, a disciplinare le misure di sicurezza, e non può neanche dettare una disciplina indeterminata perché sarebbe il giudice a individuare i presupposti, la tipologia e i contenuti delle misure di sicurezza.

Il *primo presupposto* per l'applicazione delle misure di sicurezza è la **commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato** (in casi eccezionali può trattarsi anche di un quasi reato, ad esempio l'accordo per commettere un delitto che poi non viene commesso; in questi casi deve essere la legge a stabilire che la misura di sicurezza deve essere applicata). Il *secondo presupposto* è la **pericolosità sociale** dell'agente, cioè la probabilità che egli possa commettere nuovi reati. La pericolosità sociale va accertata in concreto dal giudice.

La disciplina vigente non sembra compatibile sia con il *principio di precisione* (che impone al legislatore di fare di tutto per ridurre al minimo l'arbitrio del giudice nella formulazione del giudizio di pericolosità, perché per essere compatibile con il principio di precisione il giudizio di pericolosità dovrebbe riferirsi alla commissione di reati futuri), e sia con il *principio di determinatezza* (infatti le scienze criminologiche denunciano l'assenza di leggi scientifiche o di massime di esperienza che consentano di affermare nel caso concreto la pericolosità sociale di una persona).

Il legislatore deve anche individuare il **tipo di misure di sicurezza** che deve essere applicato dal giudice, perché può accadere che si prevede l'applicabilità di una misura di sicurezza senza precisarne la specie; l'art.215, 3 comma c.p. dice che "quando la legge stabilisce una misura di sicurezza senza indicarne la specie, il giudice dispone che si applichi la libertà vigilata, a meno che trattandosi di un condannato per delitto ritenga di disporre la sua assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro". È insufficiente anche l'impegno del legislatore per individuare i **contenuti** delle misure di sicurezza, sia delle misure personali detentive (i cui contenuti non sono specificate dalla legge, in modo da distinguere una misura di sicurezza dall'altra e le misure dalle pene), sia di quelle non detentive (ad esempio l'art. 228, 2 comma c.p. dice che "alla persona in stato di libertà vigilata siano imposte dal giudice prescrizioni idonee a evitare le occasioni di nuovi reati). Infine, a differenza delle pene, la riserva di legge consente **misure di sicurezza indeterminate nel massimo**, che è un carattere proprio di questa sanzione, in quanto essa dipende dalla pericolosità sociale dell'agente.

11. L'interpretazione nel diritto penale.

Interpretare una norma significa individuare il suo significato in modo da poter ricondurre sotto il suo ambito un determinato caso concreto. In ambito penale la riserva di legge (prevista dall'art.25, 2 comma cost.) impone la fedeltà del giudice alla legge, con la conseguenza che egli non potrà mai applicare per analogia norme penali sfavorevoli all'agente (divieto di analogia in malam partem), cioè il giudice non potrà ricondurre sotto la norma casi non riconducibili a nessuno dei suoi possibili significati laterali.

Per interpretare una legge penale, il giudice deve procedere prima di tutto ad una sua **"interpretazione conforme al significato letterale"**, cioè deve individuare quali siano i possibili significati letterali della legge penale; restare dentro la cornice dei possibili significati letterali diventa impossibile quando le norme sono imprecise, infatti solo norme chiare e precise consentono di stabilire se il giudice fa opera di interpretazione o di creazione delle norme incriminatrici, muovendosi all'interno o al di fuori dei limiti segnati dai possibili significati letterali. Quando il legislatore usa dei termini vaghi e quindi la norma può essere riempita di qualsiasi contenuto, la sorte della norma è segnata: il giudice non può interpretarla perché deve solo investire la corte costituzionale per farne dichiarare l'illegittimità costituzionale (in base all'art.25, 2 comma cost.). Quando invece la norma non è imprecisa, per cercare i significati dei vari termini, il giudice può attingere a svariati linguaggi:

al linguaggio comune, che è depurato dai pregiudizi depositati dalle letture giurisprudenziali e dottrinali, per individuare ad esempio il significato letterale del termine "violenza", che tra l'altro compare nell'art. 610 c.p. che prevede il "delitto di violenza privata", e che nel linguaggio comune evoca la lesione o, al massimo, la creazione

di un imminente pericolo di lesione della vita, dell'integrità fisica o della libertà di movimento;

_al **linguaggio giuridico**, per individuare il significato letterale dei cosiddetti elementi normativi giuridici, che compaiono nei settori del diritto penale che disciplinano materie in parte già giuridicamente trasformate dal diritto civile e amministrativo, alle cui regole il giudice dovrà perciò necessariamente fare riferimento: non dovrà solo constatare dei fatti, ma anche interpretare le regole giuridiche extra penali e applicarle a quei fatti (ad esempio il significato del termine "altruità", il quale denota che la cosa non è di proprietà dell'autore dei delitti di furto, come stabiliscono l'art.624 c.p. sull'appropriazione indebita e l'articolo 646 c.p. sul danoneggiamento, ma questo termine va ricostruito facendo riferimento alle regole civilistiche sui modi di acquisto del diritto di proprietà);

_al **linguaggio economico-aziendale**, da cui la disciplina penale delle società commerciali trae dei termini come: situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, il cui significato impone al giudice di impadronirsi del sapere, che spesso gli viene fornito dai periti, necessario per accertare se sussistono in concreto i fatti previsti dalle figure legali che li descrivono e reprimono (ad esempio false comunicazioni sociali, previste dagli articoli 2621 e 2622 c.c.; falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, prevista dall'articolo 2624 c.c.; ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, prevista dall'articolo 2638 c.c.);

_al **linguaggio medico**: la disciplina penale posta a tutela dell'integrità fisica, negli artt.582,583 e 590 c.p., impiega un termine: la "malattia nel corpo", tratto dal linguaggio medico, a cui vengono attribuiti significati controversi tra loro: parte della giurisprudenza interpreta come malattia ogni alterazione dell'organismo, anche di breve durata (ad esempio contusioni, escoriazioni), invece un'altra parte della giurisprudenza e la dottrina prevalente interpretano la malattia come una riduzione delle funzionalità, il cui esito può essere il ritorno alla condizione precedente o l'adattamento a nuove condizioni di vita;

_al **linguaggio biologico**, per individuare ad esempio il significato letterale del termine "embrione umano", utilizzato dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita (legge 40 del 2004). Embrioni e cellule staminali derivate dagli embrioni sono delle realtà biologicamente diverse, infatti quando il ricercatore opera su cellule staminali embrionali l'embrione ha cessato di esistere; il divieto di sperimentazione riguarda gli embrioni e non le cellule staminali embrionali, a meno che non si voglia infrangere il divieto di analogia in malam partem; però la sicurezza dell'interprete cessa di fronte al termine embrione che è presente in più disposizioni della legge 40: l'art.14 vieta sotto minaccia di pena la crioconservazione di embrioni, la soppressione di embrioni e la produzione di più di tre embrioni nell'ambito di ciascun trattamento di procreazione assistita. Al termine embrione la scienza medica biologica attribuisce significati diversi: secondo l'accezione più ampia l'embrione è già la cellula uovo (l'oocita) dove è penetrato lo spermatozoo; secondo accezioni più restrittive l'embrione è il prodotto del concepimento che si è impiantato nell'utero, o il prodotto del concepimento a partire dal quattordicesimo giorno dopo la fecondazione; secondo invece accezioni intermedie esiste (come ritiene l'ordinamento tedesco) un embrione dal momento della fusione dei nuclei o dal momento in cui compare il genoma definito. Quale sia il significato più adatto per il nostro ordinamento deve essere deciso da criteri diversi dal tenore letterale delle norme in cui compare la parola embrione.

Se, pur attingendo a questi linguaggi, non è ancora possibile stabilire quale sia il significato letterale da attribuire a un termine all'interno della legge penale, il giudice ricorre a un'ulteriore attività di interpretazione:

A) l'interpretazione sistematica, che consiste nel coordinamento tra più disposizioni di pari grado. Ad esempio è l'interpretazione sistematica tra l'articolo 582 (che si occupa delle lesioni personali) e l'articolo 581 c.p. (che si occupa del delitto di percosse, cioè quelle violenze fisiche che consistono nel cagionare lievi alterazioni anatomiche, come ematomi e escoriazioni) che consente di attribuire al termine malattia il significato di produzione di un processo morboso con apprezzabile riduzione di funzionalità dell'organismo umano; il che spiega la diversità delle pene stabilite dalla legge: la sola multa per le percosse, la reclusione da tre mesi a tre anni per le lesioni personali lievi.

Questo tipo di interpretazione serve anche per risolvere certi dubbi che in altri ordinamenti vengono abbandonati all'arbitrio dell'interprete. Ad esempio ci si domanda se agli effetti dei delitti di omicidio, era uomo: il frutto vivo e vitale del concepimento al momento della nascita, o già durante il parto quando il feto si distacca dall'utero materno. È una domanda che la legge penale italiana risolve avvicinando la norma che configura il delitto di omicidio doloso a quella che configura il delitto di infanticidio, e stabilisce che in presenza di certe condizioni, ad esempio l'abbandono materiale o morale, si considera un omicidio attenuato, cioè meritevole di una pena minore, la condotta della madre che cagiona la morte del feto durante il parto, perciò si applicherà la normale disciplina dell'omicidio doloso in assenza di quelle condizioni, essendo uomo, del quale si cagiona morte, anche il feto durante il parto. L'interpretazione sistematica può anche rafforzare i risultati già raggiunti attraverso un'interpretazione conforme al significato letterale della norma: ad esempio nel caso del diritto di omissione di

soccorso, prevista dall'art.593 c.p. , la giurisprudenza prevalente ritiene che l'espressione "trovare" si riferisca a chi si trova in presenza di un corpo inanimato o di una persona in pericolo, solo un'applicazione analogica della norma consentirebbe di includere anche la semplice notizia del ritrovamento da parte di altri di una persona in pericolo (come nel caso di chi viene avvertito attraverso una telefonata che altrove una persona giace al suolo ferita); per frenare un'indebita dilatazione della rilevanza, la cassazione ha sottolineato che se il legislatore avesse voluto includere tra i presupposti del reato la notizia, data all'agente da altri, del corpo inanimato o della persona in pericolo, si sarebbe espresso come si è espresso nell'ipotesi dell'art.489, 2 comma del codice della navigazione "il comandante che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aereomobile è tenuto ad accorrere".

B) l'interpretazione a fortiori (a maggior ragione), che impone di chiarire i dubbi interpretativi sollevati da una norma alla luce di un'altra norma di portata più ampia (ad esempio è l'interpretazione a fortiori dell'art. 56, alla luce dell'art.115, che consente di escludere gli atti preparatori dal significato del termine "atti diretti in modo non equivoco", se infatti sono penalmente irrilevanti gli atti preparatori di un delitto compiuti da più persone, a maggior ragione saranno penalmente irrilevanti gli atti preparatori compiuti da una sola persona).

La lettera della legge, anche se dilatata a tutti i suoi possibili significati, rappresenta però solo il limite esterno imposto all'opera dell'interprete, entro questo limite il giudice deve ricorrere nella materia penale a quella particolare interpretazione sistematica denominata "**interpretazione conforme alla costituzione**", che comporta l'adozione di una serie di criteri selettivi dei fatti penalmente rilevanti:

-il **principio di offensività** che opera imponendo all'interprete l'espulsione dalla fattispecie legale di fatti che, pur riconducibili entro la cornice dei possibili significati letterali, sono in concreto inoffensivi del bene giuridico tutelato (ad esempio la falsa testimonianza che cade su circostanze che non sono influenti sul processo decisionale del giudice);

-il **principio di colpevolezza** che vincola l'interprete a subordinare l'attribuzione della responsabilità, anche in quelle fattispecie originariamente ispirate alla logica della responsabilità oggettiva, alla possibilità di muovere all'agente almeno un rimprovero di colpa;

-il **principio di precisione** che non consente all'interprete di attribuire alla norma significati compatibili con il tenore letterale, ma che conferirebbero contorni inguaribilmente imprecisi al divieto o al comando imposto dalla legge (ad esempio la nuova configurazione del delitto di abuso di ufficio, previsto dall'art.323 c.p., che oggi individua le condotte abusive sulla base del contrasto con norme di legge o di regolamento, sbarrando quindi la strada all'orientamento che considera penalmente rilevanti anche comportamenti individuati attraverso i parametri dell'eccesso e dello sviamento di potere, o attraverso gli elastici principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione enunciati nell'art.97 cost.);

-il **principio costituzionale di imparzialità della pubblica amministrazione** che può contribuire a individuare la portata di una causa di giustificazione di quei fatti, come l'uso legittimo delle armi e di ogni altro mezzo di coazione fisica, infatti l'impiego di questi mezzi deve essere proporzionato, cioè la sua legittimità è subordinata al bilanciamento di tutti gli interessi in gioco;

-l'enorme **divario di rango costituzionale** tra il bene della vita e il bene patrimonio pone l'interprete della nuova disciplina della legittima difesa nel domicilio e negli esercizi commerciali (prevista dall'art.52, 2 e 3 comma c.p.) di fronte all'alternativa se la codificazione della licenza di uccidere deve essere sottoposta alla corte costituzionale, come disciplina da dichiarare costituzionalmente illegittima perché contrasta con gli artt 2, 3, 32, 1 comma e con l'art. 42, 2 comma cost., o deve invece essere sottoposta a un'interpretazione conforme a cost. da parte del giudice ordinario che in via sistematica lega la norma come se legittimasse la difesa con le armi, entro i limiti della necessità, solo se c'è un pericolo che investe sia l'incolumità fisica, sia il patrimonio;

-dalla costituzione si può ricavare un argomento che rafforza una lettura restrittiva della formula **embrione** nella legge sulla procreazione assistita: riferire al oocita fecondato i divieti previsti dall'art.14 della legge 40 del 2004, cioè il divieto di produrre più di tre embrioni e il divieto di crioconservare gli embrioni, comporterebbe costi elevati per la salute della donona che sarebbe costretta a sottoporsi a continue stimolazioni ormonali e a prelievi di oociti nel caso, molto frequente, di insuccesso del primo trattamento. Dato che l'art.32, 1 comma cost. impegna la Repubblica a tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, tra i possibili significati letterali della formula embrione, l'interprete dovrà scegliere dei significati che siano coerenti con l'impegno costituzionale alla tutela della salute, quindi dovranno essere preferiti quei significati che facciano salva la possibilità di produrre in numero superiore a tre e crioconservare oociti fecondati in uno stadio anteriore (ad esempio alla comparsa del genoma definito), cioè si dovrà ritenere che prima di quello stadio non ci sia ancora un embrione.

Se poi una legge penale italiana dà attuazione a una norma dell'Unione europea, il giudice italiano ha l'obbligo di "**un'interpretazione conforme alla normativa europea**", cioè deve scegliere, tra i possibili significati

letterali della legge italiana, quello conforme, o più conforme, alle pretese del diritto dell'Unione europea.

CAPITOLO 3: "I LIMITI ALL'APPLICABILITÀ DELLA LEGGE PENALE"

A) *LIMITI TEMPORALI*

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

In uno Stato liberale di diritto il cittadino deve poter sapere prima di agire se dal suo comportamento potrà derivare una responsabilità penale e quali sono le sanzioni in cui potrà incorrere, solo così può compiere liberamente le sue scelte, assumendosi la responsabilità delle sue azioni; ecco perché i fondatori dei principi dello Stato liberale di diritto per la tutela del cittadino hanno introdotto il **principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli all'agente** nei confronti del giudice e del legislatore. Il rispetto di questo principio è imposto al giudice dall'art.2, 1 comma c.p. che dice che "nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato", inoltre il 3 comma vieta al giudice di applicare retroattivamente una legge successiva sfavorevole al reo, infatti dice 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". Inoltre questo principio viene considerato un principio costituzionale vincolante per il legislatore, infatti l'art.25, 2 comma cost. dice che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso", e il divieto riguarda sia la punizione di fatti che al tempo della loro commissione non costituivano reato, sia la punizione più severa di fatti che già costituivano reato.

Il principio di irretroattività della legge penale ha conseguenze sulla configurazione e sul funzionamento del sistema penale: in primo luogo è condizione indispensabile perché la minaccia della pena da parte del legislatore funzioni come uno strumento di prevenzione generale, cioè se il suo fine è quello dell'intimidazione di potenziali delinquenti, questo effetto può essere raggiunto solo se il comportamento vietato viene fissato dalla legge prima del fatto; in secondo luogo questo principio impone al legislatore di includere tra i presupposti dell'applicazione della pena la colpevolezza dell'agente, per garantire al cittadino libere scelte di azione infatti è necessario che non gli venga attribuita la responsabilità penale per fatti a lui non rimproverabili, quindi può essere attribuita solo la responsabilità di un fatto che al momento in cui lo ha commesso egli ha previsto e voluto (il dolo), o che avrebbe evitato se avesse impiegato la dovuta diligenza (la colpa), se conosceva o poteva conoscere la norma penale che vietava il compimento del fatto (errore inescusabile sulla legge penale) e se era capace di intendere e di volere (l'imputabilità).

2. Ambito di applicazione: Nuove incriminazioni e trattamento penale più severo.

La legge penale sfavorevole all'agente può individuare una **figura di reato integralmente nuova**, cioè che comprende una classe di fatti che in base alla disciplina previgente erano tutti penalmente irrilevanti (il legislatore del 1974 ad esempio ha ampliato la tutela della riservatezza della vita privata reprimendo una nuova classe di comportamenti in aggiunta a quelli già previsti dall'art.614 c.p sulla violazione del domicilio, infatti nell'art.615 bis dice che "chiunque mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata che si svolge nell'abitazione, in ogni altro luogo di privata dimora o nelle appartenenze di essi"). Inoltre la legge penale favorevole all'agente può ampliare una figura di reato preesistente sia attraverso interventi su disposizioni della parte speciale (ad esempio la riformulazione dell'art. 648 bis c.p. con cui il legislatore del 1993 ha incluso nel delitto di riciclaggio la sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, mentre la versione precedente della norma si concludeva dicendo "provenienti da una ristretta gamma di delitti di particolare gravità"), sia da interventi su disposizioni della parte generale (ad esempio una riforma della disciplina del tentativo che attribuisse rilevanza penale anche al tentativo inidoneo). La legge penale favorevole all'agente comporta anche una disciplina meno favorevole per l'agente, in particolare una pena principale, una pena accessoria e effetti penali della condanna più severi di quanto previsto nella legge vigente al tempo in cui il reato è stato commesso.

È sorta la domanda se il principio di irretroattività riguardi anche le **misure di sicurezza**, perché l'art.25, 3 comma cost. enuncia il principio di legalità ma non quello di irretroattività, inoltre l'art. 200 c.p.,1 comma dice che "le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione" e al 2 comma dice che

"se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione". Nessuno può essere sottoposto a una misura di sicurezza per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso o secondo una legge successiva, non costituisce reato, quindi gli spazi per l'applicazione retroattiva della disciplina sulle misure di sicurezza sono circoscritti perché l'esigenza che la legge preveda il fatto come reato è uno dei presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza, il legislatore non può stabilire che una misura di sicurezza si applichi a fatti che non costituivano reato al momento della loro commissione, per quanto riguarda il giudice poi in base all'art.2, 1 comma c.p. la qualificazione del fatto come reato non può derivare da una legge sopravvenuta, inoltre il 2 comma stabilisce l'inapplicabilità di una misura nel caso in cui una legge successiva alla commissione del fatto abbia abolito l'incriminazione in deroga a quanto previsto dall'art.2 c.p. in materia di successione di leggi penali, l'art.200, 1 e 2 comma c.p. disciplina il caso in cui il fatto fosse previsto come reato già al tempo della sua commissione e la legge del tempo prevedesse già l'applicabilità di una misura di sicurezza, ma una legge successiva abbia disciplinato diversamente le modalità di esecuzione della misura, in questo caso l'art.200 impone al giudice di cognizione di applicare la legge in vigore al momento in cui egli dispone la misura, se poi la legge in vigore al momento dell'esecuzione è diversa, il giudice dell'esecuzione dovrà applicare la nuova legge. Quindi questa disciplina comporta l'applicabilità retroattiva della legge sopravvenuta che ridisciplina le modalità esecutive delle misure di sicurezza anche quando le modalità risultano più gravose per l'agente.

3. Principio di irretroattività e misure di sicurezza

Art. 200 c.p. "le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione", con l'ulteriore conseguenza che, se durante l'esecuzione muta la legge che le disciplina, "si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione".

Tale norma non significa che il giudice possa applicare una misura di sicurezza che prima della commissione del fatto non fosse prevista, ovvero che non fosse prevista per quel fatto: per tale aspetto vige interamente il principio di irretroattività. Significa solo che qualora muti la disciplina della misura di sicurezza dopo la commissione del fatto per il quale essa era e continua ad essere prevista, si applicherà la legge vigente al momento in cui la misura viene disposta dal giudice o viene eseguita, anche se la nuova disciplina appare meno favorevole rispetto a quella vigente al momento del fatto o della sentenza. Ragione di questa variazione rispetto ai principi che regolano la successione delle leggi incriminatrici → poiché la misura di sicurezza non ha una natura punitiva ma di rimedio alla pericolosità del soggetto, si deve presumere che una variazione della disciplina sia dovuta dall'intento di apportare delle migliorie all'efficacia della misura quale rimedio alla pericolosità.

4. Principio di irretroattività e diritto processuale penale.

Le **norme che regolano il processo penale** non rientrano nel divieto di irretroattività perché non interferiscono con le libere scelte di azione del cittadino; nel diritto processuale penale opera il **principio tempus regit actum**, cioè il principio secondo cui gli atti processuali già compiuti conservano la loro validità anche dopo un mutamento della disciplina legislativa, mentre gli atti da compiere sono immediatamente disciplinati dalla nuova legge processuale, anche se sono collegati ad atti compiuti in precedenza. A volte l'appartenenza di una norma al diritto penale sostanziale o al diritto processuale è una questione controversa, e quindi per alcuni istituti che si collocano ai confini tra due settori dell'ordinamento nasce il problema di stabilire se sono interessati o no dal divieto di irretroattività. In questi casi la soluzione viene trovata facendo riferimento alla funzione che la costituzione assegna al principio di irretroattività. Un altro problema riguarda l'efficacia nel tempo di una legge che allunga la durata del tempo necessario per la prescrizione di un reato: in questo caso bisogna distinguere a seconda che all'entrata in vigore della legge sia già decorso il tempo per la prescrizione del reato (in questo caso un'applicazione retroattiva della nuova disciplina va esclusa e l'agente non è punibile e può fare affidamento su questo stato di cose, ad esempio può distruggere materiale probatorio a sua discolta) o la prescrizione non sia ancora maturata ((in questo caso la legge che sancisce l'allungamento dei termini potrebbe trovare applicazione retroattiva, cioè potrebbe essere applicata anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, e ciò soddisfa l'aspettativa del cittadino di sapere prima se e in quale misura potrà essere punito, e non di fargli sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo aver commesso il fatto per poter poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni).

5. Il principio di irretroattività delle norme penali favorevoli all'agente.

Il giudice ha l'**obbligo di applicare retroattivamente** (cioè a fatti commessi prima della sua entrata in vigore) una **legge penale successiva favorevole all'agente**, in base all'art.2, commi 2, 3, e 4 c.p. In particolare il 2 comma dice che "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", quindi la norma sopravvenuta abolisce l'incriminazione e quindi si applica retroattivamente, cioè anche a fatti commessi prima della sua entrata in vigore: se non è ancora stata pronunciata la condanna il soggetto deve essere prosciolto, invece se è già stata pronunciata cessa l'esecuzione della pena e ogni effetto penale della condanna (restano ferme solo le obbligazioni civili che nascono dal reato, ad esempio quelle che hanno per oggetto il risarcimento del danno, e la misura di sicurezza patrimoniale della confisca). Il principio di retroattività della legge più favorevole trova applicazione anche nell'ipotesi di **successione di leggi penali modificative della disciplina**, infatti il 4 comma dice 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", quindi anche la legge sopravvenuta in modifica in senso favorevole all'agente la disciplina di un reato si applica retroattivamente, a condizione però che la sentenza di condanna non sia ancora passata in giudicato. Infine il 3 comma dice che "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'art.133", quindi se la modifica favorevole al reo consiste nel prevedere una pena pecuniaria anche se la legge precedente prevedeva una pena detentiva, la legge sopravvenuta si applica retroattivamente senza che sia applicato il limite del giudicato (quindi si tratta di una retroattività illimitata).

A questo principio fanno eccezione le leggi temporanee e le leggi eccezionali, alle quali si applica il diverso principio dell'incondizionata applicazione della legge del tempo in cui il fatto è stato commesso. Inoltre questo principio, a differenza del principio di retroattività della norma penale favorevole all'agente, non è coperto da garanzia costituzionale, e quindi vincola il giudice, ma non il legislatore ordinario che vi può derogare attraverso una previsione espressa che rispetti il principio di eguaglianza/ragionevolezza dell'art.3 cost.

6. L'abolizione del reato (art. 2, 2 comma c.p.).

L'abolizione del reato prevista dall'art.2, 2 comma c.p. esprime una scelta politico-criminale del legislatore che non ritiene più meritevole o bisognosa di repressione penale una classe di fatti che prima erano inclusi nel catalogo dei reati. Questa abolizione riguarda sia il caso in cui venga integralmente soppressa una figura di reato (ad esempio l'istigazione all'aborto che prima era considerata un delitto nell'art.548 c.p. e che poi la legge 194 del 1978 ha estromesso dall'area penalmente rilevante) e sia il caso in cui vengano ridefiniti i contorni del reato, determinando quindi una restrizione dell'area applicativa di un'incriminazione preesistente, questo risultato può derivare sia da interventi su disposizioni della parte speciale (ad esempio la riformulazione dell'art.323 c.p. con cui il legislatore del 1997 ha ridefinito in senso restrittivo il diritto d'abuso d'ufficio) e sia su disposizione della parte generale (ad esempio potrebbe ipotizzarsi la riformulazione degli artt, 40 e 41 c.p. che modellasse la disciplina della causalità non più secondo la teoria condizionalistica ma secondo la teoria della causalità adeguata).

7. Abolizione del reato e successione di norme integratrici.

Nei casi in cui successivamente alla commissione del fatto, viene **modificata una norma giuridica in varia forma richiamata dalla norma incriminatrice**, sorge la domanda se e quando sia applicabile il principio di retroattività della norma penale più favorevole; la risposta varia a seconda che la norma integri o no la norma incriminatrice: solo se la norma integra la norma incriminatrice si può parlare di successione di norme integratrici della norma penale perché la modifica si ripercuoterà sulle scelte politico-criminali e sul giudizio di disvalore espresso dal legislatore nella configurazione del reato; se invece la norma incriminatrice fa riferimento a un'altra norma attraverso un **elemento normativo** della fattispecie, la norma richiamata **non integra** la norma incriminatrice perché non contribuisce a esprimere la scelta politico-criminale racchiusa nella figura astratta del reato, quindi la modifica della norma richiamata non incide sulla fisionomia del reato e non dà vita a fenomeni, anche parziali, di abolizione. A questo proposito ci sono alcuni esempi molto importanti:

-La disposizione incriminatrice della contraffazione di monete (prevista dall'art. 453, n. 1 c.p.) attraverso la formula "aventi corso legale nello stato" richiama le norme extra penali che individuano le monete utilizzabili come mezzi di pagamento. Se viene emanata una norma che determina la cessazione del corso legale di una

determinata moneta, non c'è una parziale abolizione del reato, perché la scelta politico-criminale di reprimere la contraffazione di monete e il disvalore espresso dalla figura astratta del reato non vengono intaccati dalle vicende normativa che stabiliscono l'entrata o la fuoriuscita di una determinata moneta, chi ha contraffatto banconote che avevano corso legale al momento della contraffazione dovrà essere condannato anche se quelle banconote successivamente hanno perduto corso legale (ad esempio è ancora punibile chi ha contraffatto la lira prima dell'introduzione dell'euro);

-la calunnia, che consiste nell'incolpare di un reato una persona che si sa che è innocente (prevista dall'art.368 c.p.), non viene intaccata, e quindi non c'è un'abolizione del reato, se in seguito a un'iniziativa legislativa il fatto oggetto della falsa incolpazione non è più previsto dalla legge come reato;

-non c'è nessuna parziale abolizione del reato neanche nel caso di omicidio colposo (che consiste nel cagionare per colpa la morte di un uomo e che è previsto dall'art.589 c.p.) se viene eliminata la norma giuridica cautelare che rendeva colposa la condotta dell'agente al momento del fatto.

Sono **norme integratrici le norme definitorie**, cioè le norme, penali o extra penali, con cui il legislatore chiarisce il significato dei termini utilizzati nelle disposizioni incriminatrici in modo da individuare il contenuto del precetto penale, quindi la norma definitoria viene modificata restringendo l'ambito dell'incriminazione e ci sarà una parziale abolizione del reato con efficacia retroattiva rispetto ai fatti commessi prima della modifica in base all'art. 2, 2 comma c.p. (ad esempio la legge 39 del 1975 ha abbassato da 21 a 18 anni il limite della maggiore età, quindi è stato ristretto l'ambito di applicazione delle norme incriminatrici che si riferiscono al minore come elemento costitutivo del fatto; è il caso dell'art.573 c.p. che prevede il delitto di separazione consensuale di minorenni, a causa della ridefinizione del concetto di minore è diventata penalmente irrilevante la sottrazione consensuale di una persona di età compresa fra 18 e 21 anni, se invece questo fatto fosse stato commesso prima della ridefinizione del concetto di minore si doveva applicare l'art.2, 2 comma per cui l'agente doveva essere prosciolto perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, se c'era stata condanna definitiva ne cessava l'esecuzione e ogni altro effetto penale.

Si parla di norma integratrice anche nel caso in cui una disposizione legislativa prevede una sanzione penale per la violazione di un precetto contenuto in un'altra disposizione legislativa (ad esempio le leggi speciali che contengono nella parte finale previsioni del tipo "chiunque viola gli artt. x, y e z della presente legge è punito con la pena K."), se viene abrogata la disposizione che contiene il precetto, questa disposizione viene riformulata riducendone l'estensione e ci sarà un'abolizione totale o parziale del reato. Sono norme integratrici anche quelle che colorano il precetto delle norme penali in bianco (ad esempio l'eliminazione di una sostanza da un elenco di stupefacenti contenuto in un decreto ministeriale determinerà una parziale abolizione dei reati in materia di stupefacenti, con effetto retroattivo per chi ha agito prima della modifica del decreto ministeriale).

8. La successione di norme modificative della disciplina (artt. 2, 3 e 4 comma c.p.).

Può accadere che una legge posteriore alla commissione del fatto non modifichi la fisionomia astratta del reato eliminando totalmente o parzialmente o ampliando l'incriminazione, infatti la **modificazione** può riguardare solo la **disciplina** del reato, quindi è necessario stabilire se sia più favorevole o meno favorevole all'agente la disciplina della nuova legge o della legge vigente al momento del fatto. Se la legge posteriore è meno favorevole il principio di irretroattività stabilisce che deve essere applicata la legge vigente al momento del fatto, se invece la nuova legge è più favorevole sarà questa ad essere applicata in base al principio della retroattività della legge più favorevole, infatti l'art.2, 4 comma c.p. dice 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." Inoltre il giudice è tenuto ad applicare o l'una o l'altra legge, senza poter combinare disposizioni dell'una e dall'altra. Esiste però un limite per la retroattività della legge posteriore più favorevole: essa infatti si applica "salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile", perché per salvaguardare la certezza degli accertamenti giudiziari ormai esauriti prevale l'intangibilità della cosa giudicata sull'esigenza di un trattamento più favorevole.

Per decidere quale legge sia più favorevole all'agente il giudice deve effettuare un **giudizio in concreto** caso per caso, cioè prima deve applicare idealmente al caso concreto la legge vigente al momento del fatto, poi la legge posteriore, in ogni sua fase, e le eventuali leggi intermedie, e infine deve confrontare i risultati che derivano dall'applicazione ideale al caso concreto delle due leggi per decidere quale sia la legge più favorevole; il giudice per decidere deve considerare l'intera disciplina: la specie (ad esempio la pena pecuniaria è più favorevole della pena detentiva), la misura della pena principale, la pena accessoria, gli effetti penali della condanna, le misure di sicurezza, le cause di estinzione del reato e della pena, le cause di giustificazione (ad esempio se la legge più recente prevede un massimo di pena più alto, cioè tre anni di reclusione invece di due, e un minimo più basso,

cioè sei mesi invece di un anno, rispetto alla legge vigente al momento del fatto, il giudice in base all'art.133 c.p. deciderà quale legge applicare a seconda che l'autore del fatto meriti il minimo della pena oppure il massimo, se merita il minimo applicherà la legge posteriore che prevede sei mesi di reclusione, se invece merita il massimo applicherà la legge anteriore che prevede due anni di reclusione).

Un'ipotesi particolare di legge posteriore più favorevole è quella in cui **dopo la commissione di un reato punito con pena detentiva**, quindi con arresto, reclusione o ergastolo, entri in vigore una **nuova legge che preveda per quel reato una sola pena pecuniaria**, cioè ammenda o multa (ad esempio il delitto di vilipendio alla nazione che prima era punito con la reclusione da uno a tre anni, mentre ora con la multa da 1000 a € 5.000). Se la nuova legge entra in vigore prima che sia stata pronunciata la sentenza irrevocabile, in base all'art.2, 4 comma c.p., verrà applicata la nuova legge e quindi verrà inflitta la pena pecuniaria; se invece la nuova legge entra in vigore dopo la pronuncia di una sentenza definitiva di condanna (a pena detentiva), in base all'art.2, 4 comma, dovrebbe essere inflitta la pena detentiva perché prevale l'intangibilità della cosa giudicata, come prevedeva anche il codice penale del 1930. Ora però grazie alla riforma legislativa effettuata con la legge 85 del 2006, che riguarda l'intervento sui reati di opinione, nell'art.2 c.p. è stato introdotto un nuovo **3 comma** che dice che "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'art.135"; quindi la legge più favorevole posteriore travolge il giudicato e la conversione viene effettuata secondo il criterio di ragguglio previsto dall'art.135 (ad esempio € 38 di pena pecuniaria equivalgono a un giorno di pena detentiva), l'ammontare della pena pecuniaria che risulta dalla conversione non può eccedere l'ammontare massimo della pena pecuniaria prevista dalla nuova legge. È il giudice dell'esecuzione che è competente ad adottare il provvedimento di conversione, quindi se il condannato sta scontando la pena dovrà sospendere l'esecuzione e disporre la liberazione del condannato, perché la conversione, come stabilisce il 3 comma dell'art.2, deve essere immediata.

9. la distinzione tra abolizione del reato e successione di norme modificative della disciplina: alcuni casi problematici

L'art. 2 c.p. prevede tre distinte ipotesi di successioni di norme:

1. la nuova norma incriminatrice abroga la precedente (co. 1)
2. l'abolizione di una norma incriminatrice che non permetteva a un'altra di essere applicata (co. 2)
"Abolitio criminis" significa abrogazione di una fattispecie di reato ad opera del legislatore. Se una legge successiva abroga un reato che era considerato tale dalla legge vigente al tempo il cui fu commesso, si applica il principio del favor rei, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.
3. la successione di leggi meramente modificatrici (co. 3 e 4).

Il primo comma dell'art. 2 c.p., ribadendo quanto previsto dall'art. 25, co. 2, Cost., esclude che la nuova incriminazione possa operare retroattivamente. La previsione in esame preclude anche la possibilità di reprimere penalmente un fatto commesso dopo l'abrogazione o la perdita di efficacia della norma incriminatrice (c.d. divieto di ultrattività della legge penale). Lo stesso principio è sancito dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, in relazione all'illecito amministrativo.

10. Ultrattività delle leggi eccezionali e delle leggi temporanee.

Il **principio della retroattività della legge penale più favorevole non opera per le leggi eccezionali e per le leggi temporanee**, infatti l'art.2, 5 comma c.p. dice che "se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti". La **legge eccezionale** è una legge emanata per fronteggiare situazioni oggettive di carattere straordinario (ad esempio calamità, epidemie) la cui disciplina è quindi legata a questa situazione di fatto, il legislatore, col ritorno alla normalità, potrà abolire il reato previsto dalla legge eccezionale o mitigarne il trattamento sanzionatorio perché è venuta meno la situazione di fatto che aveva dato origine a quella disciplina. Lo stesso vale per la **legge temporanea**, cioè una legge che contiene la predeterminazione espressa del periodo di tempo in cui avrà vigore, infatti anche questa è una norma dettata per far fronte a situazioni straordinarie però, a differenza delle leggi eccezionali, è la stessa legge temporanea a

stabilire per quanto tempo resterà in vigore.

11. Il decreto legge decaduto o non convertito.

In base alla riserva di legge formale prevista dalla 25, 2 al comma cost. il decreto legge non dovrebbe essere incluso tra le fonti di norme penali, però la prassi si muove in senso opposto e il codice penale del 1930 includeva il decreto legge nella disciplina della successione delle leggi. Per quanto riguarda i problemi relativi all'**efficacia nel tempo dei decreti legge in materia penale**, in primo luogo l'art. 25, 2 comma cost. e l'art. 2, 1 comma c.p. impongono, rispettivamente al legislatore e al giudice, che un decreto-legge convertito in legge che contenga una nuova incriminazione col trattamento penale più severo non può avere efficacia retroattiva. Più complesso è il problema riguardo ai **decreti legge decaduti o non convertiti in legge** se contengono un'abolizione del reato o una disciplina penale più favorevole all'agente. L'art. 2, 5 comma c.p. diceva che la disciplina della successione delle leggi penali contenuta nei commi precedenti doveva applicarsi anche nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge, però faceva riferimento alla disciplina dei decreti legge non convertiti vigente nel 1930, quindi prima dell'entrata in vigore della costituzione, si tratta quindi di una disciplina differente da quella che ora è prevista dalla 77, 3 comma cost. che prevede la perdita di efficacia sin dall'inizio dei decreti legge non convertiti, escludendo quindi la possibilità di una successione di leggi penali. Il 5 comma va letto alla luce della sentenza della corte costituzionale 51 del 1985 che ha dichiarato l'illegittimità di questa disposizione nella parte in cui rendeva applicabile ai decreti legge decaduti o non convertiti l'intera disciplina della successione di leggi penali favorevoli al reo.

Bisogna distinguere tra i fatti commessi prima dell'emanazione del decreto-legge non convertito, i cosiddetti **fatti pregressi** (in base ai quali se un determinato fatto fosse preveduto come reato dalla legge del tempo, l'abolizione del reato o la disciplina più favorevole prevista dal decreto legge non convertito non avrà nessun effetto e l'agente sarà punibile in base alla legge in vigore al tempo del fatto) e i fatti commessi dopo l'emanazione del decreto e prima dello spirare del termine per la sua conversione, i cosiddetti **fatti concomitanti** (per i quali il principio di irretroattività impone di applicare la disciplina più favorevole contenuta nel decreto legge non convertito, quindi se il decreto- legge non convertito prevedeva l'abolizione del reato l'agente non sarà punibile, e se c'è già stata la condanna, cesseranno l'esecuzione e gli effetti penali; se invece il decreto-legge prevedeva una disciplina in concreto più favorevole, il giudice dovrà applicare questa disciplina, e ciò in forza della ratio del principio di irretroattività perché anche se per effetto della mancata conversione del decreto- legge la norma incriminatrice o comunque meno favorevole è la legge vigente al momento del fatto, però questa legge non poteva essere conosciuta dall'agente e quindi la sua applicazione contrasterebbe con il principio di irretroattività.

12. La dichiarazione di illegittimità costituzionale.

La **dichiarazione di illegittimità di una legge penale non è riconducibile alla disciplina della successione di leggi penali**, perché è regolata dall'art.136 cost. e dall'art. 30, 3 comma della legge 87 del 1953, che stabiliscono che a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nessun giudice può applicare una legge dichiarata incostituzionale ai fatti che si sono verificati in qualsiasi tempo, in particolare per quanto riguarda il diritto penale il giudice dell'esecuzione non può continuare ad applicare la legge penale dichiarata incostituzionale che è stata alla base di una sentenza di condanna passata in giudicato, infatti l'ultimo comma della legge 87 dice che "quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali". Inoltre è sorta la questione se la corte costituzionale possa sindacare la legittimità delle **norme penali di favore** (cioè norme che prevedono cause di giustificazione, scusanti, ecc.) dichiarandone l'incostituzionalità ed estendendo quindi l'area della responsabilità penale o rendendo applicabile un trattamento più severo. La corte ritiene di poter sindacare le norme penali di favore perché non sono una zona franca, cioè sottratta al controllo di legittimità (ad esempio la corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale del Friuli Venezia Giulia che autorizzava la caccia di animali protetti, integrando di conseguenza il fatto di furto; la corte ha conservato questa norma in contrasto con l'articolo quattro della sotto regionale che vincola la potestà legislativa della regione agli obblighi internazionali assunti dallo Stato, in particolare al rispetto della convenzione di Berna del 1979 sulla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa). Infine, per quanto riguarda gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale di favore bisogna distinguere fra i *fatti commessi prima della dichiarazione di illegittimità* (dovrà essere applicata la norma penale di favore e quindi l'agente dovrà

essere prosciolto o dovrà essere punito meno severamente, in base al principio di irretroattività) e i *fatti commessi a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della corte* (per i quali dovrà essere applicata la disciplina più sfavorevole che risulta dalla pronuncia della corte costituzionale). Se ad esempio una norma autorizza l'autorità di pubblica sicurezza ad adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale comunicandoli all'autorità giudiziaria non entro quarantott'ore ma entro cinque giorni, l'ufficiale di polizia giudiziaria che ha agito sulla base di questa norma prima della sua dichiarazione di illegittimità costituzionale dovrebbe essere prosciolto, mentre se ha agito sulla base di questa norma dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale realizzerebbe il delitto di arresto illegale.

13. Il tempo del commesso reato.

In assenza di una disciplina legislativa, nella successione delle leggi penali è molto importante il problema dell'individuazione del tempo in cui è stato commesso il fatto (cosiddetto *tempus commissi delicti*) soprattutto nel caso di una nuova incriminazione o del trattamento penale più severo di un fatto già previsto come reato dalla legge. La funzione generale preventiva delle norme incriminatrici ha stabilito che l'agente si sottrae all'azione motivante e deterrente della norma incriminatrice quando agisce o omette di compiere l'azione doverosa, quindi per i **reati commissivi** il tempo del commesso reato viene individuato **nel momento dell'azione** o dell'ultima azione prevista dalla norma incriminatrice, mentre per i **reati omissivi**, propri e impropri, **nel momento in cui andava compiuta l'azione doverosa** (si tratta della teoria della condotta). Se esaurita l'azione o l'omissione, l'evento richiesto dalla norma incriminatrice si verifica dopo un lungo intervallo di tempo (ad esempio la morte dell'uomo nei delitti di omicidio), la legge non può più orientare il comportamento del suo destinatario e quindi va respinta la teoria dell'evento che fa riferimento all'evento per individuare il tempo in cui è stato commesso il reato.

Nei **reati permanenti** il reato si considera commesso nel momento in cui il soggetto compie l'ultimo atto con cui volontariamente mantiene la situazione anti-giuridica (ad esempio nel sequestro di persona, previsto dall'art.605 c.p., che comporta la privazione della libertà personale, se durante il sequestro il legislatore rende la pena più severa e, nonostante ciò, gli autori del sequestro continuano a mantenere in vita la privazione della libertà personale della vittima, si applicherà la legge più severa perché è la legge del tempo del commesso reato). Lo stesso vale per i **reati abituali**, per i quali il reato si considera commesso nel momento in cui si realizza l'ultima condotta che integra il fatto di reato (ad esempio nel reato di maltrattamenti in famiglia, previsto dall'art.572 c.p. il tempo del commesso reato sarà l'ultima percorsa o ingiuria, quindi all'agente si applicherà l'eventuale sanzione più severa prevista da una legge che sia entrata in vigore durante la serie di atti di maltrattamento).

B) Limiti spaziali

14. La tendenziale universalità della legge penale italiana.

La disciplina che il codice penale dedica all'efficacia della legge penale nello spazio esprime una tendenziale adesione al **principio di universalità**, infatti la legge penale italiana è applicabile a tutti i fatti da essa previsti come reato commessi dovunque, da chiunque e contro chiunque, ad eccezione di alcuni reati di limitata gravità previsti dagli artt. 9 e 10 c.p. (cioè le contravvenzioni, i delitti puniti con la pena pecuniaria, i delitti che lo straniero commette ai danni dello Stato italiano o del cittadino puniti con la reclusione inferiore a un anno, i delitti commessi dallo Stato straniero ai danni della Comunità europea, di uno Stato estero o di un altro straniero puniti con la reclusione inferiore nel minimo a tre anni). Nel caso dei reati commessi all'estero ci sono degli ostacoli processuali alla perseguibilità del reato, perché è necessaria la presenza dell'autore nel territorio dello Stato dopo la commissione del reato, la richiesta del ministro della giustizia, l'istanza o la querela della persona offesa o la mancata estradizione dell'autore, la previsione del fatto come reato sia da parte della legge italiana che di quella straniera; si tratta della cosiddetta doppia incriminazione.

15. La nozione di territorio dello Stato.

La legge penale italiana si applica a tutti i reati commessi nel **territorio dello Stato**, indipendentemente che l'autore sia un cittadino o uno straniero, infatti l'art. 6, 1 comma c.p. dice che "chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana". L'art.4, 2 comma c.p. dice che "agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato",

quindi il territorio dello Stato è individuato dai confini politici stabiliti da convenzioni internazionali, trattati, atti di anessione, ecc., quindi comprende il suolo dello Stato, le acque interne, il lido dal mare, il sottosuolo (nei limiti della sua utilizzabilità e raggiungibilità), lo spazio aereo nazionale (il cosiddetto soprassuolo, cioè lo spazio aereo che sovrasta il territorio della Repubblica e il mare territoriale, limitatamente allo spazio atmosferico), il mare territoriale (che si estende fino a 12 miglia marine dalle coste continentali e insulari della Repubblica, in base all'art. 2, 2 comma del codice della navigazione). Secondo l'art.4, 2 comma c.p. "le navi e gli aeromobili italiani sono considerati territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera", quindi i reati che vengono commessi a bordo delle navi e degli aeromobili italiani si considerano commessi nel territorio dello Stato sia che la nave e l'aereo si trovino in acque o spazi aerei internazionali, o nell'ambito del territorio straniero. L'estensione della legge penale italiana, in base al diritto internazionale, è illimitata se si tratta di navi e aeromobili militari italiani che si trovano in uno stato estero, invece l'estensione della legge penale italiana è limitata e quindi è esclusa se la vittima del reato è una persona diversa dai membri dell'equipaggio, se il fatto turba la tranquillità dello Stato estero o se è stato richiesto l'intervento dell'autorità locale, nel caso si tratti di navi o aerei civili italiani, quindi commerciali o da diporto, perché in questi casi il fatto ricade sotto la legge e la giurisdizione dello Stato estero. [In caso di reati commessi a bordo di navi o aeromobili stranieri militari e civili, dato che il codice penale italiano non dice nulla, si applica una norma del diritto internazionale, rilevante nel nostro ordinamento in base all'art.10 cost. che dice che quei reati si devono considerare commessi in territorio estero anche se la nave e l'aereo si trovano in territorio italiano; dovrà intervenire la legge italiana solo se la vittima del reato è una persona diversa da quella dell'equipaggio, il fatto turba la tranquillità dello Stato italiano, è stato richiesto l'intervento dell'autorità italiana].

16. I reati commessi nel territorio dello Stato.

Il legislatore accogliendo la teoria dell'ubiquità, all'art.6, 2 comma c.p. dice che "**il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è qui avvenuta in tutto in parte, o si è qui verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione**"; quindi con una finzione giuridica ("si considera") questa disciplina estende l'applicabilità della legge italiana anche se solo un frammento del reato si è verificato in Italia. A questo proposito è importante stabilire quando l'azione o l'omissione sia realizzata almeno in parte nel territorio dello stato.

Per quanto riguarda l'**azione**, si devono considerare solo i comportamenti tipici, cioè i comportamenti che sono riconducibili al tipo di azione descritto nella norma incriminatrice; non ci sono difficoltà per individuare l'azione tipica nei **reati a forma vincolata**, cioè nei reati nei quali la legge esige che l'azione sia compiuta con determinate modalità: tipica è l'azione che corrisponde allo specifico modello di comportamento descritto nella norma incriminatrice (ad esempio nella bigamia è tipico ogni comportamento riconducibile alle varie forme in cui si può contrarre un matrimonio avente effetti civili). Per quanto riguarda invece i **reati a forma libera**, cioè quei reati in cui la legge attribuisce rilevanza a qualsiasi comportamento umano che abbia causato un determinato evento, il legislatore solo apparentemente non individua l'azione tipica. Nei **reati dolosi a forma libera** l'azione tipica è individuata attraverso il mezzo utilizzato dall'agente. Nei **reati colposi a forma libera** sarà tipica ogni azione che abbia colposamente creato il pericolo che si è concretizzato nell'evento (ad esempio nel delitto di omicidio doloso del quale risponde chiunque cagiona la morte di un uomo, il delitto può essere realizzato con azioni diverse, ma se Tizio decide di provocare la morte di Caio attraverso un veleno, sarà tipica l'azione con cui Tizio riempie di veleno la bevanda offerta a Caio; sarà parte di questa azione l'inizio del versamento del veleno nella bevanda, non sarà invece parte e quindi non sarà importante per determinare il luogo in cui è stato commesso il reato, l'acquisto del veleno. Quindi il reato si considererà commesso in territorio estero se il veleno è stato acquistato in Italia ma è stato versato nella bevanda di Caio in Francia). Invece nel caso di un omicidio colposo in materia di circolazione stradale, se ad esempio un meccanico ha eseguito con imperizia la riparazione dei freni di un'auto rendendoli insensibili all'azionamento da parte del conducente, il quale così ha travolto e ucciso un pedone, se la riparazione è avvenuta in Italia e la morte del pedone è avvenuta all'estero, il reato si considererà commesso in Italia, perché la condotta colposa del meccanico si è realizzata in Italia.

Per quanto riguarda i reati la cui condotta consiste in un'**omissione**, il reato si considererà commesso nel territorio dello Stato se qui doveva essere realizzata l'azione doverosa che è stata omessa, e nel caso in cui si dovessero compiere più azioni, se almeno una di queste azioni dovesse essere compiuta nel territorio dello Stato.

nei reati di evento, sia commissivi che omissivi, la legge penale italiana risulta applicabile quando nel territorio dello Stato sia verificato l'evento descritto nella norma incriminatrice. Nei reati di **evento** la legge penale italiana risulta applicabile quando nel territorio dello Stato si sia verificato l'evento descritto nella norma incriminatrice

e ciò anche se l'azione o l'omissione che lo hanno rispettivamente causato o non impedito sono state compiute all'estero (ad esempio se Tizio viene investito da un'auto in territorio sloveno, in prossimità del confine con l'Italia, e dopo essere stato trasportato in ospedale a Trieste muore dopo alcuni giorni a causa delle ferite riportate, il delitto di omicidio colposo si considererà commesso in Italia perché l'evento morte è avvenuto in Italia).

Nel caso invece dei **reati abituali** (ad esempio i maltrattamenti in famiglia) il reato si considera commesso in Italia quando qui è stato compiuto anche solo uno degli atti la cui reiterazione integra il reato (ad esempio una percossa). Ne **reati permanenti** (ad esempio il sequestro di persona) l'applicabilità della legge italiana è assicurata dal compimento in Italia anche di una sola parte del fatto (ad esempio una persona che viene sequestrata all'estero e poi viene trasferita in Italia).

Anche se il codice penale italiano non disciplina i casi in cui il reato viene commesso in territorio estero, se in Italia sono state compiute condotte di partecipazione materiale o morale che hanno contribuito a realizzare il fatto, nel silenzio della legge si ritiene che la commissione in Italia di una qualsiasi condotta di partecipazione (ad esempio istigazione, accordo) fonda l'applicazione della legge penale italiana.

17. I reati commessi all'estero punibili incondizionatamente secondo la legge italiana.

La legge penale italiana si applica anche a molti **reati commessi integralmente all'estero** dal cittadino o dallo straniero, si tratta di reati previsti dall'art.7, nei numeri dall' 1 al 5 c.p. e che offendono interessi preminenti dello Stato: i delitti contro la personalità dello Stato, i delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e dell'uso di questo sigillo contraffatto, di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano; i delitti commessi dai pubblici ufficiali a servizio dello Stato, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle loro funzioni; ogni altro reato per il quale **speciali disposizioni di legge** (ad esempio la norma sull'abbandono di persone minori prevista all'art.591 c.p., che al 2 comma stabilisce che è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chi abbandona all'estero un cittadino italiano minore degli anni 18 a lui affidato nel territorio dello Stato per ragioni di lavoro) e **convenzioni internazionali** (ad esempio in tema di schiavitù o prostituzione) stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana. Tutti questi delitti sono puniti secondo la legge italiana incondizionatamente.

18. I delitti politici commessi all'estero.

Per combattere gli avversari del regime fascista che si erano rifugiati all'estero, il legislatore del 1980 ha stabilito che la legge penale italiana si applica ai **delitti politici commessi all'estero** dal cittadino o dallo straniero ai danni di un interesse politico dello Stato italiano o di un diritto politico di un cittadino italiano. L'art.8, 3 comma c.p. contiene la definizione del **delitto politico** e dice che "agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato, o un diritto politico del cittadino. È considerato delitto politico anche il diritto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici". Questa nozione comprende il **delitto oggettivamente politico**, cioè che offende le componenti essenziali dello Stato: la sua indipendenza, sicurezza, integrità territoriale, la forma di governo; mentre non sono oggettivamente politici i delitti che offendono il funzionamento degli apparati dello Stato, come la pubblica amministrazione o l'amministrazione della giustizia (ad esempio la corruzione, la violenza o minaccia a un corpo politico, amministrativo, giudiziario, la calunnia, la falsa testimonianza, ecc.); sono oggettivamente politici anche i delitti che offendono un diritto politico del cittadino (ad esempio alcune ipotesi di reato previste dalle leggi elettorali che offendono il diritto politico al voto). La definizione presente nell'art.8 comprende anche il **delitto soggettivamente politico**, cioè un delitto comune (ad esempio un omicidio o una rapina) che l'agente ha commesso perché è stato ideologicamente motivato dall'obiettivo di incidere sulle componenti essenziali dello Stato, sulla struttura dei singoli poteri statuali o sui rapporti tra Stato e cittadino (ad esempio provocare il distacco di una parte del territorio dello Stato, o privare del diritto di voto una parte della popolazione). Anche un delitto comune determinato "solo in parte da motivi politici" viene considerato un delitto politico (ad esempio l'omicidio del segretario di un partito italiano che si trova in territorio estero può essere dovuto, oltre che all'obiettivo di provocare un colpo di Stato, anche da personali finalità di vendetta).

I delitti politici sono puniti dalla legge italiana a condizione che vi sia la richiesta del **Ministro della giustizia**, e vi sia anche la querela (se si tratta di delitti perseguibili a querela).

19. I delitti comuni commessi all'estero dal cittadino.

In applicazione del *principio di universalità*, l'art.9 c.p. stabilisce che i **delitti comuni puniti con pena detentiva, commessi dal cittadino all'estero**, sono puniti secondo la legge italiana a una serie di condizioni graduate secondo la gravità del reato:

- quando si tratta di un **delitto punito con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni**, la legge italiana è applicata a condizione che il cittadino, dopo la commissione del reato, sia presente nel territorio dello Stato (art.9, 1 comma).

-Quando si tratta di delitti puniti con la **reclusione inferiore nel minimo a tre anni**, la legge italiana è applicata a condizione che sia stata proposta la querela, perché si tratta di delitti perseguibili a querela della persona offesa; se si tratta di delitti perseguibili d'ufficio che offendono un bene giuridico individuale che riguarda un cittadino italiano, deve essere stata proposta istanza di procedimento da parte della persona offesa o, in caso di inerzia della parte, deve essere stata avanzata una richiesta dal ministro della giustizia; se si tratta invece di delitti perseguibili d'ufficio che offendono beni collettivi, istituzionali (purché non riguardino uno Stato estero) o diffusi, la perseguibilità è subordinata alla richiesta del ministro della giustizia (art.9, 2 comma). Inoltre per questi delitti puniti con la reclusione inferiore nel minimo a tre anni, la perseguibilità è subordinata alla presenza del cittadino nel territorio dello Stato dopo la commissione del reato.

-Quando si tratta di un **delitto che offende un bene pertinente alle comunità europee, a uno Stato estero o a un cittadino straniero**, l'applicabilità della legge penale italiana è subordinata: alla presenza del cittadino nel territorio dello Stato, alla querela o all'istanza della persona offesa, alla richiesta del ministro della giustizia, che dovrà eventualmente cumularsi con la querela e con l'istanza; alla non concessione da parte del governo italiano dell'extradizione del cittadino o alla non accettazione dell'extradizione del cittadino da parte del governo dello Stato estero (art.9, 3 comma).

-Un'altra condizione per l'applicabilità della legge penale italiana ai reati comuni commessi all'estero dal cittadino, anche se non c'è nessuna espressa indicazione legislativa, è la condizione della **doppia incriminazione del fatto**, cioè il fatto deve essere previsto come reato sia dalla legge italiana e sia dalla legge dello Stato straniero in cui il reato è stato commesso.

20. I delitti comuni commessi all'estero dallo straniero.

L'art.10 c.p. stabilisce che i **delitti comuni commessi dalla straniero all'estero**, sono puniti secondo la legge italiana sulla base di una serie di limiti e di condizioni diverse a seconda che il delitto offenda lo Stato o un cittadino italiano, le Comunità europee, uno Stato estero o uno straniero:

-La legge penale italiana, per i delitti comuni commessi all'estero dallo straniero, si applica a tutti i delitti puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a un anno (art.10, 1 comma). Inoltre è necessario che ricorrano tre condizioni: la presenza dell'agente nel territorio dello Stato; la proposizione della querela, se si tratta di delitti perseguibili a querela della persona offesa; se si tratta di delitti perseguibili d'ufficio che offendono un bene individuale che riguardano un cittadino italiano, deve essere stata proposta istanza di procedimento da parte della persona offesa, o nel caso di inerzia della parte, richiesta del ministro della giustizia; se si tratta di delitti perseguibili d'ufficio a danno dello Stato italiano la perseguibilità è subordinata alla richiesta del ministro della giustizia.

-La legge penale italiana si applica ai delitti comuni commessi all'estero dallo straniero **a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero**, solo se si tratta di delitti puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni (art.10, 2 comma); sono inoltre necessarie le altre condizioni: la presenza dell'agente nel territorio dello Stato; la richiesta del ministro di giustizia; la non concessione da parte del governo italiano dell'extradizione dello straniero, o la non accettazione dell'extradizione da parte del governo dello Stato estero.

-Un'altra condizione per l'applicabilità della legge penale italiana ai reati comuni commessi all'estero dallo straniero è la condizione della doppia incriminazione del fatto.

21. Il rinovamento del giudizio.

Una caratteristica della tendenziale universalità della legge penale italiana è: la **riserva della giurisdizione italiana** su tutti i fatti assoggettati alla nostra legislazione penale, in base agli articoli dal 6 al 10 c.p.; questa riserva di giurisdizione è piena e incondizionata per i reati commessi nel territorio dello Stato, infatti l'art.11, 1 comma c.p. dice che "nel caso indicato nell'art.6, il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero"; invece per i delitti, sia politici che comuni, commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero, il rinovamento del giudizio in Italia è subordinato alla richiesta del ministro della giustizia.

Secondo il codice penale del 1930 la persona già giudicata all'estero può essere giudicata per lo stesso fatto anche in Italia perché, nei rapporti internazionali, non opera il **principio ne bis in idem**, cioè il principio che vieta di giudicare due volte una persona per lo stesso fatto. Tuttavia in base alla legge 350 del 1989 e alla convenzione del 19 giugno del 1990 di applicazione degli Accordi di Schengen a cui l'Italia ha aderito, l'Unione europea ha riconosciuto il principio del ne bis in idem, e quindi gli Stati membri sono impegnati a non rinovare il giudizio quando lo stesso fatto è stato giudicato in un altro paese dell'Unione.

22. Il riconoscimento delle sentenze penali straniere.

Secondo il codice del 1930 la riserva di giurisdizione si manifesta anche nella *tendenziale irrilevanza delle sentenze penali straniere*, infatti esse sono inesigibili in Italia per quanto riguarda la pena principale inflitta dal giudizio dello Stato estero; quindi possono essere riconosciuti sono alcuni aspetti secondari della sentenza: per stabilire la **recidiva** o un **altro effetto penale della condanna** (ad esempio l'esclusione della sospensione condizionale della pena), per dichiarare l'**abitualità**, la **professionalità nel reato** alla **tendenza a delinquere**, per applicare una **pena accessoria**, per applicare una **misura di sicurezza personale**. Inoltre il riconoscimento della sentenza straniera può produrre alcuni effetti di diritto civile, infatti il riconoscimento può essere operato: ai fini della restituzione o del risarcimento del danno; inoltre la sentenza penale straniera può essere riconosciuta ad **altri effetti civili**, ad esempio l'esclusione dalla successione per indegnità che può essere dichiarata dal giudice italiano, ad esempio nel caso in cui una sentenza straniera ha accertato che la persona legittimata a succedere è responsabile dell'omicidio di colui del quale dovrebbe essere erede.

I paesi membri del **Consiglio d'Europa** di recente hanno stipulato diverse convenzioni per la lotta alla criminalità, che hanno ampliato la possibilità del riconoscimento delle sentenze penali straniere; attraverso esse può essere data esecuzione in Italia alle pene principali inflitte da un giudice straniero e l'esecuzione della pena principale, iniziata all'estero, può proseguire in Italia se c'è il trasferimento della persona condannata; inoltre le sentenze penali straniere possono essere riconosciute anche per la confisca che il giudice straniero ha disposto sui beni che si trovano nel territorio dello Stato, a condizione che si tratti di beni che sarebbero confiscabili se si procedesse secondo la legge italiana; poi è confiscabile il valore dei proventi del reato, cioè una somma di denaro che corrisponde al valore del prezzo, del prodotto o del profitto del reato.

Esistono alcune **condizioni** necessarie affinché nel sistema penale italiano si possa procedere al riconoscimento di una sentenza penale straniera: in primo luogo la doppia incriminazione del fatto; in secondo luogo, in base all'art.12, 1 comma c.p., non basta che la legge italiana preveda quel fatto come reato, ma occorre che lo preveda come delitto; mentre il 2 comma dell'art.12 afferma che deve esistere un trattato di estradizione con lo Stato estero, anche se non è necessario che il delitto rientri tra quelli per i quali è prevista l'extradizione e, in assenza di un trattato di estradizione, si può procedere al riconoscimento della sentenza straniera attraverso la richiesta del ministro della giustizia.

23. L'extradizione.

La più antica e vitale forma di cooperazione internazionale nella lotta alla criminalità è l'**extradizione**, che consiste in un procedimento attraverso cui uno Stato consegna a un altro Stato una persona che si trova nel suo territorio affinché, nello Stato richiedente, sia sottoposto a giudizio (si tratta in questo caso dell'extradizione processuale) o all'esecuzione di una pena che gli è già stata inflitta (si tratta dell'extradizione esecutiva); inoltre si parla di estradizione attiva e di estradizione passiva a seconda che si guardi all'extradizione dal punto di vista dello Stato che la richiede o dello Stato che la concede L'art.13, 1 comma c.p. individua le **fonti** dell'extradizione nella legge penale italiana, nelle convenzioni e negli usi internazionali. In base all'art.696 c.p.p.prevalgono le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato italiano e le norme di diritto internazionale generale, quindi le norme di diritto internazionale prevalgono sul diritto interno, al quale invece compete solo un ruolo limitato nei casi in cui manchino norme di diritto internazionale. Attraverso norme di rango costituzionale è stato stabilito un limite invalicabile per l'extradizione del cittadino per i reati comuni, infatti l'art.26, 1 comma cost. dice che "l'extradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali", o come stabilisce l'art.3, 4 comma c.p. "non è ammessa l'extradizione del cittadino, salvo che sia espressamente consentita nelle convenzioni internazionali". L'art.13 al 2 comma pone come condizione per l'extradizione la **doppia incriminazione** del fatto, cioè è necessario che il fatto concreto oggetto della domanda di estradizione integri un reato sia secondo la legge italiana, sia secondo la legge dello Stato estero, è irrilevante che il fatto abbia una diversa qualificazione giuridica

nei due ordinamenti o che sia punito con pene diverse. Per la doppia incriminazione, il caso concreto dev'essere considerato sotto i profili del fatto e della colpevolezza (ad esempio l'estradizione non può essere concessa se il fatto concreto per cui viene richiesta è un fatto lecito secondo la legge italiana o secondo la legge dello Stato estero, perché è come sempre senso di una causa di giustificazione); inoltre l'estradizione è subordinata alla punibilità, in base alla legge dei due Stati, del fatto antigiuridico e colpevole, cioè l'insieme delle condizioni che a giudizio dei legislatori italiani ed estero decidono dell'opportunità politica o politico-criminale dell'inflizione della pena (ad esempio l'estradizione sarà esclusa se non si è verificata una condizione obiettiva di punibilità). Invece è irrilevante per concedere l'estradizione che il reato, nell'ordinamento dello Stato richiesto, sia sottoposto a *condizioni di procedibilità*, cioè alla condizione che decide l'opportunità di instaurare un procedimento diretto ad accertare la responsabilità penale (ad esempio è irrilevante la mancata presentazione in Italia della querela per un reato che nello Stato richiedente è perseguibile d'ufficio).

Un'altra condizione per l'estradizione è stabilita dal **principio di specialità dell'estradizione** (previsto dall'articolo 699 e 721 c.p.p.) che comporta il divieto per lo Stato che ottiene l'estradizione di sottoporre l'estradato a restrizione della libertà personale a qualsiasi titolo (in esecuzione di una pena, o di una misura di sicurezza, o di un provvedimento cautelare disposto dal giudice per finalità processuali) per fatti anteriori e diversi da quelli per le quali l'estradizione è stata concessa; però questo divieto viene meno in quattro casi: 1) quando lo Stato richiedente ha domandato e ottenuto un'*estradizione suppletiva*, cioè l'estensione dell'estradizione per perseguire altri reati commessi precedentemente; 2) quando l'*estradato si sia volontariamente trattenuto nel territorio dello Stato* che ha ottenuto l'estradizione per almeno 45 giorni dalla sua definitiva liberazione (o perché è cessata l'esecuzione della pena o perché è stato proscioltto); 3) quando l'*estradato, dopo aver lasciato il territorio dello Stato al quale era stato consegnato, vi abbia fatto volontariamente ritorno*; 4) quando l'estradato abbia manifestato il *consenso* ad essere processato per un reato anteriore e diverso da quello per cui è stata concessa l'estradizione. Inoltre il principio di specialità dell'estradizione comporta il divieto di consegnare l'estradato a un altro Stato estero.

Questo principio di specialità ha la ratio di impedire richieste di estradizione fraudolente con cui lo Stato richiedente miri a trattenere l'estradato, limitandone la libertà personale anche per reati anteriori e diversi da quelli a cui si riferisce l'estradizione. Inoltre è molto importante l'art.9 della Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione del 1995 che dà la facoltà agli Stati membri dell'Unione europea di dichiarare che acconsentono all'estradizione della persona che rinuncia espressamente alla regola della specialità.

L'estradizione, come stabilisce l'art.705, 1 comma c.p.p., si basa poi sui **principi di sussidiarietà** (cioè l'estradizione non può essere concessa se per lo stesso fatto e nei confronti della persona per la quale essa è domandata, è in corso un procedimento penale nello Stato italiano) e **del ne bis in idem** (cioè l'estradizione è impedita quando per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona è stata pronunciata in Italia una sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento).

La Costituzione prevede dei **limiti personali** all'estradizione: il cittadino è estradabile per **reati comuni** solo se l'estradizione è espressamente prevista nelle convenzioni internazionali (art.26, 1 comma cost.) però, mentre tra i Paesi che hanno sottoscritto la Convenzione europea di estradizione del 1957, l'estradizione del cittadino può essere rifiutata, nei rapporti tra gli Stati dell'Unione europea l'estradizione non può essere rifiutata per il motivo che la persona oggetto della domanda di estradizione è cittadino dello Stato membro richiesto; inoltre gli articoli 26, 2 comma e 10, 4 comma cost. vietano l'estradizione del cittadino e dello straniero per **reati politici**. Per quanto riguarda proprio i reati politici, in dottrina ci sono posizioni contrastanti: un primo indirizzo in accordo con l'art.8 c.p. dice che la nozione di reato politico comprende sia i reati oggettivamente politici, sia i reati comuni commessi in tutto o in parte per motivi politici; un secondo indirizzo accoglie questa nozione di reato politico ma ritiene che il divieto di estradizione operi solo se c'è pericolo di persecuzione politica o di discriminazione da parte dello Stato che ha richiesto l'estradizione; un terzo orientamento ritiene che il divieto di estradizione operi solo nei confronti degli autori di reati commessi all'estero per far cessare un regime illiberale (ad esempio la costituzione di un'associazione sovversiva per instaurare un ordinamento democratico) o per affermare un diritto di libertà il cui esercizio è negato in quel regime (ad esempio l'organizzazione di scioperi in uno Stato che nega questo diritto). L'esigenza, di questi ultimi due indirizzi, di evitare che il divieto di estradizione per reati politici si traduca in una salvaguardia indiscriminata di soggetti politicamente motivati, oggi è soddisfatta da molte norme:

- dalla legge costituzionale 1 del 1967 che ha consentito l'estradizione per i delitti di genocidio;
- dalla Convenzione europea per la repressione del terrorismo che ha reso possibile da parte dell'Italia l'estradizione per vari delitti determinati da motivi politici di terrorismo;
- dalla Convenzione di Dublino in materia di estradizione fra gli Stati membri dell'Unione Europea del 1996 (non

ancora ratificata dall'Italia) che ha eliminato virtualmente il divieto di estradizione per i reati oggettivamente o soggettivamente politici, basandosi sul presupposto che tra gli Stati membri dell'Unione ormai s'è creato uno spazio giuridico comune che determina un'omogeneità istituzionale che non giustifica più il permanere della barriera protettiva del divieto di estradizione per i reati politici;

-il codice di procedura penale del 1988 all'art.698 che, oltre a ribadire il divieto di estradizione per reati politici, ha affermato che non può essere concessa l'extradizione quando vi è ragione di ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali e sociali, o a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona.

Infine, è vietata l'extradizione da parte dell'Italia per reati per i quali l'ordinamento dello Stato richiedente preveda la pena di morte, indipendente dal fatto che lo Stato estero assicuri che la pena di morte non sarà inflitta, o se già inflitta, che non sarà eseguita.

24. Il mandato d'arresto europeo

Il mandato d'arresto europeo è stato istituito con una decisione del Consiglio europeo del 13 giugno 2002. Esso prevede che una persona che ha commesso un reato grave in un paese dell'Unione europea ma che vive in un altro Stato membro può essere rinviata al primo paese per essere sottoposta a giudizio rapidamente e con pochi oneri amministrativi.

Questo strumento è stato creato per migliorare e semplificare le procedure giudiziarie per accelerare il rinvio di persone provenienti da un altro paese dell'Ue che hanno commesso un reato grave.

Il mandato di arresto europeo sostituisce il sistema dell'extradizione. Esso impone che ciascuna autorità giudiziaria nazionale riconosca ed esegua, dopo controlli minimi ed entro rigide tempistiche, la domanda di consegna di una persona formulata dall'autorità giudiziaria di un altro paese dell'UE. Un mandato chiede che una persona sia consegnata in modo che possa essere eseguita un'azione penale, ossia che la persona possa essere messa in stato di fermo o di arresto.

C) LIMITI PERSONALI

25. Le eccezioni all'obbligatorietà della legge penale italiana.

L'art.3, 1 comma c.p. consente l'eccezionale sottrazione di determinate categorie di soggetti all'applicabilità della legge penale italiana derivante da norme di diritto pubblico interno o di diritto internazionale. La dottrina chiama queste eccezioni "**immunità**". Si distingue tra l'*immunità di diritto sostanziale* (che comporta l'inapplicabilità della sanzione penale, ed eventualmente delle sanzioni extra penali) e l'*immunità di diritto processuale* (che comporta l'esenzione dalla giurisprudenza penale ed eventualmente anche extra penale); inoltre si distingue tra l'*immunità funzionale* (che riguarda solo i fatti compiuti nell'esercizio della specifica funzione da cui deriva l'immunità) e l'*immunità extra funzionale* (che riguarda anche i fatti estranei all'esercizio della specifica funzione da cui deriva l'immunità).

26. Le immunità di diritto pubblico interno.

Le *immunità di diritto pubblico interno* sono:

-l'immunità di cui gode il **Presidente della Repubblica**, infatti l'art.90 cost. dice che "il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla costituzione". Si tratta di un' **immunità funzionale di diritto sostanziale** che ha natura di causa di giustificazione perché rende leciti tutti gli atti compiuti dal Presidente della Repubblica (atti ufficiali che devono essere controfirmati, atti dovuti, atti discrezionali, atti compiuti come membro di organi collegiali, le esternazioni contenute in messaggi alle camere o in discorsi ufficiali); però non è un'immunità assoluta perché il Presidente della Repubblica può rispondere per i reati di alto tradimento (cioè i delitti contro la personalità dello Stato, previsti dall'art 77 del codice penale militare di pace [c.p.m.p.]: attentati contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato, attentato contro organi costituzionali, ogni altro delitto contro la personalità dello Stato come ad esempio la guerra civile e la rivelazione di segreti di Stato) e di attentato alla costituzione (cioè la commissione

"con atti violenti" di un fatto diretto e idoneo a mutare la costituzione dello Stato o la forma di governo) commessi nell'esercizio delle sue funzioni. Per questi reati il giudice competente è la Corte costituzionale; invece non è prevista nessuna immunità per i reati commessi prima dell'assunzione della carica o al di fuori dell'esercizio delle funzioni, per i quali giudica l'autorità giudiziaria ordinaria.

-Per i **membri del Parlamento** la costituzione all'art.68, 1 comma attribuisce un' **immunità funzionale di diritto sostanziale** dicendo che non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Si tratta di una causa di giustificazione che rende leciti i fatti penalmente rilevanti che vengono commessi nell'ambito degli atti tipici del mandato parlamentare (ad esempio interrogazioni e interpellanze) e nella divulgazione del contenuto di quegli atti; invece restano fuori dall'immunità i fatti materiali (ad esempio le lesioni o le percosse commesse dal parlamentare in aula o in una commissione), le opinioni manifestate nell'ambito dell'attività politica (ad esempio in un dibattito televisivo) e gli atti tipici della funzione parlamentare che siano frutto di reati (ad esempio di una corruzione). L'art.68, 2 e 3 comma cost. attribuisce ai parlamentari anche una limitata **immunità processuale penale**, cioè nel loro confronti può essere iniziato un procedimento penale ma, il compimento di alcuni atti del processo (ad esempio una perquisizione personale domiciliare, un'intercettazione di conversazioni o comunicazioni) e l'adozione di misure restrittive della libertà personale (ad esempio la custodia cautelare in carcere) hanno bisogno dell'autorizzazione da parte della camera a cui il parlamentare appartiene; però il parlamentare può essere privato della libertà personale se deve essere eseguita una sentenza definitiva di condanna e nei casi di arresto obbligatorio in flagranza. Questa immunità processuale riguarda tutti comportamenti del parlamentare anche se non sono riconducibili all'esercizio delle sue funzioni e se sono precedenti all'assunzione della carica, sia che si tratti di manifestazione del pensiero o di attività materiali: quindi si tratta di "un'immunità extra funzionale".

-La costituzione all'art.122, 4 comma riconosce ai **consiglieri regionali** un' **immunità di diritto sostanziale** analoga, per quanto riguarda i contenuti e gli effetti giuridici, a quella dei parlamentari, è infatti dice che "i consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni". Si tratta di una causa di giustificazione che rende leciti i fatti penalmente rilevanti che vengono compiuti dal consigliere regionale nell'esercizio della funzione legislativa, in quella di indirizzo politico o nell'attività di auto-organizzazione del consiglio. Però i consiglieri regionali non godono dell'immunità processuale.

-La legge costituzionale 1 del 1953 all'art.5 stabilisce che i **giudici della Corte costituzionale** godono di un' **immunità funzionale di diritto sostanziale** per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. Si tratta di una causa di giustificazione e quindi esclude ogni responsabilità penale e extra penale. Inoltre durante la loro carica i giudici costituzionali godono anche di un' **immunità processuale extra funzionale** più ampia di quella riconosciuta ai membri del Parlamento, infatti senza autorizzazione della corte costituzionale i giudici non possono essere privati della libertà personale e non possono essere sottoposti a procedimenti penali, e ciò comporta che non possono neanche essere disposte intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, o il sequestro della corrispondenza (come stabilisce la legge costituzionale 1 del 1948 all'art.3, 2 comma che fa riferimento al testo originario dell'art.68 cost.).

-L'art.32 bis della legge 195 del 1958, introdotto dall'art.5 della legge 1 del 1981 attribuisce un' **immunità funzionale di diritto sostanziale** ai **componenti del Consiglio Superiore della Magistratura** stabilendo che non sono punibili per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione, però questa immunità ha effetti limitati perché i componenti del CSM vengono esonerati solo dalla responsabilità penale e non da quella civile e amministrativa, non si tratta quindi di una causa di giustificazione ma di una causa di esclusione della punibilità.

27. Le immunità di diritto internazionale.

Le *immunità di diritto internazionale* sono:

-l'art. 8 del Trattato del Laterano attribuisce un'immunità assoluta al **Sommo Pontefice**, la cui persona è definita "sacra e inviolabile". Si tratta di un'immunità di diritto sostanziale che si estende a tutti i rami dell'ordinamento, riguarda anche gli atti compiuti al di fuori delle sue funzioni e il diritto processuale; nel diritto penale questa immunità ha natura di causa personale di esclusione della punibilità, quindi non si estende ad eventuali concorrenti nella commissione di fatti penalmente rilevanti. L'art.11 del Trattato del Laterano attribuisce la stessa immunità alle persone fisiche che operano in qualità di organi degli enti centrali della Chiesa cattolica, cioè gli enti della curia romana a cui competono attività di governo religioso della chiesa.

-Quando si trovano in tempo di pace in territorio italiano anche il **Capo di Stato estero**, i suoi familiari e il suo

seguito godono di un'immunità assoluta di diritto sostanziale processuale, penale ed extra penale, che riguarda anche gli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni.

-Quando si trovano nel territorio dello Stato italiano anche i **capi** e i **membri di governi stranieri**, i componenti delle missioni speciali inviate in Italia da uno Stato estero e i rappresentanti di Stati esteri in conferenze internazionali e in organizzazioni intergovernative godono di un'immunità di diritto sostanziale sia penale che extra penale che riguarda però solo gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni.

-Gli **agenti diplomatici stranieri** godono dell'immunità dalla giurisdizione penale, civile e amministrativa dello Stato italiano anche per gli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle loro funzioni; i membri del personale tecnico e amministrativo della missione diplomatica sono esentati dalla giurisdizione penale dello Stato italiano, mentre sono esentati dalla giurisdizione civile e amministrativa solo per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni.

-I **funzionari** e gli **impiegati consolari stranieri** godono di un'immunità funzionale di diritto sostanziale, penale e extra penale; nel diritto penale l'immunità ha natura di causa personale di non punibilità; inoltre non possono essere arrestati, assoggettati a custodia cautelare in carcere per gli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni, a meno che non si tratti di un crimine grave punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

[La ratio di queste immunità di diritto internazionale è quella di non turbare i rapporti tra gli Stati e di non ostacolare l'attività di organismi internazionali nel territorio dello Stato, quindi non sono cause di giustificazione ma cause personali di esclusione della punibilità che non si estendono a chi abbia partecipato alla commissione di un fatto previsto come reato dalla legge italiana, inoltre nel caso di un fatto illecito commesso da questi soggetti immuni si potrà reagire per legittima difesa].

-L'art.9 del Protocollo sui privilegi delle immunità delle Comunità europee stabilisce che i **membri del Parlamento europeo** non possono essere ricercati, detenuti o perseguiti per le opinioni e voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni, quindi godono di un'immunità funzionale, penale e extra penale; inoltre godono di un'immunità processuale extra funzionale per la durata delle sessioni dell'assemblea.

-Godono di un'immunità extra funzionale alcuni **funzionari di organismi internazionali** (ad esempio il segretario generale, i sottosegretari generali e il direttore generale dell'Onu) quando si trovano in territorio italiano; godono di un'immunità funzionale i rappresentanti degli Stati membri presso l'Onu e i funzionari delle agenzie specializzate delle Nazioni Unite, mentre per gli atti estranei alle funzioni godono di una limitata immunità processuale penale, cioè sono esenti da misure cautelari restrittive della libertà personale; godono di un'immunità funzionale anche i membri della Corte internazionale di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

-Gli **appartenenti alle forze armate di uno Stato estero** che si trovano nel territorio italiano in tempo di pace sono soggetti solo alla legge dello Stato di appartenenza per i reati commessi in servizio.

-Gli **appartenenti alle forze armate dei paesi partecipanti alla Nato** che si trovano in Italia e il personale civile che accompagna questa forza armata o vi è impiegato, godono di una disciplina speciale stabilita dalla Convenzione di Londra del 1951, resa esecutiva con la legge 1335 del 1955; questa convenzione prevede la giurisdizione esclusiva dello stato di origine per i fatti non punibili in base alla legge italiana, e la giurisdizione esclusiva dello Stato italiano per i fatti non punibili in base alla legge dello Stato di origine. Gli altri fatti considerati come reati sia dalla legge italiana che da quella dello Stato di appartenenza del militare sono sottoposti alla giurisdizione concorrente di entrambi gli Stati, a cui vengono attribuite sfere di giurisdizione prioritaria. La giurisdizione dello stato di appartenenza è prioritaria: per i reati che attentano alla sicurezza di quello stato (ad esempio tradimento, spionaggio), per i reati che offendono la persona o la proprietà di un membro delle forze armate dello Stato di appartenenza, dal personale civile, del loro coniuge o dei figli a carico, per i reati che risultano da ogni atto o negligenza compiuti nell'esercizio del servizio; una volta che lo stato di appartenenza ha pronunciato la sentenza di assoluzione o di condanna, lo stato italiano non può più giudicare gli stessi fatti. Per tutti gli altri reati commessi nel territorio italiano è prioritaria la giurisdizione del nostro Stato. Comunque lo Stato estero e lo Stato italiano possono rinunciare alla loro priorità giurisdizionale.

D) UN SISTEMA PENALE SOVRASTATALE

28. Il diritto penale internazionale.

I limiti spaziali, personali e, in una certa misura, anche quelli temporali, non possono essere applicati nei confronti del diritto penale internazionale.

Il **diritto penale internazionale** è un corpus normativo autonomo dal diritto penale statale, che ha la sua fonte nel diritto internazionale ed è dotato di efficacia vincolante sugli individui senza necessità di mediazione del diritto interno; esso riguarda i cosiddetti *crimina iuris gentium* (o crimini internazionali), cioè gravissime violazioni di norme internazionali poste a tutela di beni e valori ritenuti meritevoli di particolare protezione dall'intera comunità internazionale. Si tratta di: *crimini di guerra*, *crimini contro l'umanità*, *genocidio* e *aggressione* (chiamato anche crimine contro la pace).

L'esistenza del diritto penale internazionale è stata controversa, perché si tratta di una complessa interazione tra due sistemi, il diritto internazionale e il diritto penale interno che sono fondati su principi diversi, spesso contrapposti; ad esempio il diritto internazionale non conosceva la soggettività internazionale delle persone fisiche, solo gli Stati potevano essere portatori di diritti e destinatari di obblighi a livello internazionale, quindi la nascita del diritto penale internazionale coincide con il riconoscimento dell'individuo quale soggetto di diritto internazionale, e soprattutto con il riconoscimento della responsabilità penale dell'individuo sul piano internazionale.

Il riconoscimento dei crimini internazionali, che devono essere penalmente sanzionati a prescindere dai limiti territoriali o dalla nazionalità di chi li commette, è avvenuto per via consuetudinaria ed è rispecchiato negli Statuti di svariati tribunali internazionali istituiti nel corso del XX secolo; infatti le **origini del diritto penale internazionale** risalgono al periodo immediatamente successivo alla prima guerra mondiale, quando si tentò di reprimere i crimini compiuti dall'esercito tedesco durante il conflitto che avevano suscitato orrore a livello internazionale. Il trattato di Versailles del 1919 prevedeva inoltre la responsabilità di Guglielmo II, quale kaiser tedesco, e l'istituzione di un tribunale militare internazionale per trarlo in giudizio insieme ai militari tedeschi che si erano macchiati di gravi violazioni delle leggi e degli usi di guerra; però questo tribunale non fu mai istituito e Guglielmo II si rifugiò in Olanda e restò impunito, solo pochi cittadini tedeschi responsabili di quei crimini furono giudicati davanti alla Corte suprema di Lipsia. Fu solo dopo la seconda guerra mondiale con l'istituzione del Tribunale Militare di Norimberga nel 1945, e di quello di Tokio nel 1946 che fu riconosciuto il principio della responsabilità penale internazionale dell'individuo e, in questi tribunali, furono giudicati i maggiori criminali di guerra. Inoltre la giurisprudenza di questi tribunali ebbe enorme importanza per l'affermazione dei cosiddetti "Principi di Norimberga", approvati dall'assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1946, e che costituirono il primo passo verso una codificazione del diritto penale internazionale, cui seguirono poco dopo alcuni progetti importanti elaborati dalla Commissione di diritto internazionale dell'Onu: un progetto di "Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità" nel 1950 e un progetto di "Statuto per una Corte penale internazionale", che furono riuniti infine in un unico progetto nel 1995 e costituirono la base per l'adozione dello Statuto di Roma nel 1988 al termine della conferenza diplomatica che si è svolta a Roma nel giugno-luglio 1998, a cui parteciparono circa 160 Stati. In anni più recenti sono stati istituiti il Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia con sede all'Aia nel 1993, istituito per giudicare i gravi crimini commessi nel corso del conflitto balcanico degli anni 90, e il Tribunale internazionale per il Ruanda con sede ad Arusha nel 1994, istituito per giudicare i fatti di genocidio accaduti in Ruanda nel 1994.

Di recente c'è stata una svolta nella giustizia penale internazionale con l'entrata in vigore il 1 luglio del 2002 dello **Statuto di Roma**, che ha istituito la **Corte Penale Internazionale** (ICC) con sede all'Aia. Lo statuto di Roma attualmente è stato ratificato da 100 Stati e rappresenta il primo esempio di giurisdizione penale permanente, indipendente, sovrastatale, con competenza sui crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale, che siano stati commessi dopo la sua entrata in vigore. Inoltre per la prima volta la Corte ha carattere complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali, cioè in base all'art.17 dello statuto si attiva solo se lo Stato, che sarebbe competente, non procede nel caso specifico. Per quanto riguarda la competenza territoriale, la Corte ha giurisdizione sui crimini commessi sul territorio di uno degli Stati membri o da parte di un loro cittadino; inoltre c'è un meccanismo di segnalazione alla Corte da parte del Consiglio di sicurezza dell'Onu, che è indipendente dai criteri di territorialità e di nazionalità, che è stato utilizzato di recente dal Consiglio di sicurezza che ha trasmesso alla Corte penale internazionale la notizia dei crimini commessi in Darfur dal luglio 2002, su cui il procuratore della Corte ha aperto un'indagine anche se il Sudan non ha ratificato lo Statuto di Roma e quindi non è membro della Corte.

Lo statuto di Roma è importante anche perché per la prima volta ha effettuato una sorta di codificazione del diritto penale internazionale, inoltre esso prevede una "parte generale" che contiene i principi generali di diritto penale: il principio di legalità, di irretroattività, di personalità della responsabilità penale, la disciplina delle forme di commissione del reato, dei criteri di imputazione suggestiva, dell'immunità, dell'imputabilità e delle cause di esclusione della responsabilità. Queste norme derivano da un difficile compromesso tra tradizione giuridica molto diverse tra loro infatti, una prima fondamentale differenza rispetto al diritto penale interno, riguarda il principio

di legalità, perché il sistema delle fonti di diritto penale internazionale è incompatibile con l'adozione del principio di legalità dei reati e delle pene così come conosciuto negli ordinamenti di tradizione romanistico-continentale, cioè come legalità in senso formale; lo statuto all'art.21 stabilisce che in assenza di regole ricavabili dallo statuto o dal regolamento di procedura e prova, o dal diritto internazionale pattizio o consuetudinario, la corte applica i principi generali di diritto dedotti dalle leggi nazionali, sempre che non siano in contrasto con lo statuto e il diritto internazionale.

La comunità internazionale sta così muovendo i primi passi verso la creazione di un "diritto penale a vocazione universale", cioè che non è vincolato da limiti segnati dai territori nazionali e dalla giurisdizione statale. Gli Stati, sacrificando il trattato istitutivo della Corte, entrano volontariamente a far parte di questo sistema accettando una limitazione della propria sovranità nella misura in cui ammettono la giurisdizione sussidiaria della Corte nei casi previsti dal trattato. L'Italia è tra i paesi che hanno maggiormente contribuito all'elaborazione dello Statuto e lo ha ratificato con la legge 232 del 1999, rendendo così esecutivo il trattato nel nostro ordinamento; però manca ancora nell'ordinamento italiano una legge di adeguamento della legislazione interna alle disposizioni dello Statuto.

CAPITOLO 4: ‘LA NOZIONE DI REATO E LA DISTINZIONE TRA DELITTI E CONTRAVVENZIONI’

1. La peculiarità delle sanzioni come nota distintiva dei reati

Un fatto costituisce reato quando la legge gli ricollega una pena. È dunque solo in base ad un criterio nominalistico, che i reati si identificano e si distinguono dagli altri tipi di illecito. Il legislatore trova nella Costituzione limiti e direttive di fondo per le sue scelte di incriminazione, ma si tratta sempre di scelte largamente discrezionali.

Non tutte le sanzioni penali assolvono peraltro alla funzione di identificare i reati. Tale compito è affidato alle sole pene principali: ergastolo, reclusione, multa, arresto, ammenda, inoltre per i reati militari, reclusione militare. Sono ulteriori pene principali per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace la permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità, ma non assolvono alla funzione di identificare i reati perché sono sempre previste in alternativa alla multa o all'ammenda.

Non rappresentano invece un criterio di identificazione dei reati, né le pene accessorie, né le misure di sicurezza, né le pene sostitutive della detenzione breve. Le pene accessorie per definizione accedono alla condanna ad una pena principale: di conseguenza la funzione di identificazione del reato è già assolta dalla pena principale.

Le misure di sicurezza possono essere applicate solo alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato. Quindi l'applicazione della misura di sicurezza presuppone già la commissione di un fatto che sia identificato come reato.

Infine, le pene sostitutive alla detenzione breve non possono identificare i reati in quanto sostitutive: presuppongono l'inflizione di una pena principale e solo in via eventuale sono applicate dal giudice in sostituzione della pena detentiva.

2. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni

L'art. 39 c.p. dispone che i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi stabilita da questo codice. Anche per la bipartizione in delitti e contravvenzioni si fa riferimento alle sole pene principali.

Si ha un delitto in caso di:

- Ergastolo
- Reclusione
- Multa.
-

Si ha una contravvenzione in caso di:

- Arresto
- Ammenda

Sono inoltre delitti i reati militari puniti con la reclusione militare.

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

L'elemento soggettivo di regola richiesto per i delitti è il dolo salvi i casi in cui la legge dà espressamente rilevanza alla colpa o alla preterintenzione: infatti l'art. 42 c.p. stabilisce che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo di casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. Le contravvenzioni invece possono essere commesse sia con dolo che con colpa: nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Solo eccezionalmente sono previste contravvenzioni che debbono necessariamente essere commesse con dolo, oppure contravvenzioni che debbono essere commesse per colpa.

Il tentativo è di regola configurabile solo per i delitti. Eccezionalmente in alcune leggi speciali possono comparire contravvenzioni rilevanti anche nella forma del tentativo.

Ulteriori differenze di disciplina tra delitti e contravvenzioni riguardano tra l'altro: le pene principali (es: i limiti massimi previsti) le cause di estinzione del reato, le cause di estinzione della pena, le circostanze. La recidiva interessa ora, a seguito della riforma realizzata dalla c.d. ex Cirielli, soltanto gli autori di delitti. A norma dell'art. 99 nella versione della legge 251/05, l'aumento di pena previsto per la recidiva può infatti applicarsi soltanto a chi dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, commette cioè un altro delitto non colposo.

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

La specie delle pene principali elencate nell'art 17 c.p. rappresenta il criterio per distinguere il reato dall'illecito civile. Quando un fatto costituisce illecito civile, ma non è al contempo sanzionato con una delle pene principali, non possono sorgere dubbi circa la sua estraneità al diritto penale: quel fatto non costituisce reato. Uno stesso fatto può peraltro costituire sia un reato sia un illecito civile; in tal caso l'ordinamento reagisce in una forma peculiare: anche la fine di attentare le reazioni delle vittime dei reati, estende l'area del danno risarcibile al danno non patrimoniale, apprestando a tale scopo due tipi di sanzioni civili: il risarcimento e la pubblicazione della sentenza di condanna.

4. b) Reato e illecito amministrativo

Anche nei rapporti con l'illecito amministrativo, l'unico criterio per identificare i reati è offerto dal nome delle pene principali. Quando la legge commina sanzioni pecuniarie non designate come multa o ammenda ci si trova in presenza di una sanzione amministrativa.

Nell'ordinamento italiano le sanzioni pecuniarie amministrative non hanno un nome tecnico. Si utilizza la generica perifrasi sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro per identificare l'ambito di applicazione della legge.

Diversi ordini di ragioni richiamano l'attenzione del penalista sull'illecito amministrativo.

- In primo luogo, l'illecito amministrativo affianca nell'ordinamento giuridico statale l'illecito penale, reprimendo offese a beni giuridici selezionate in base ai principi di proporzione e di sussidiarietà: il ricorso alla sanzione amministrativa in luogo della sanzione penale è dunque un importante strumento di deflazione del sistema penale a disposizione del legislatore. E di tale strumento il legislatore si è avvalso ampiamente.

- In secondo luogo, la previsione di illeciti amministrativi è l'unica via che può percorrere il legislatore regionale per la tutela sanzionatoria dei beni giuridici.

- In terzo luogo, lo schema della responsabilità amministrativa è stato recentemente adottato dal legislatore italiano, con gli opportuni adeguamenti alle peculiarità dei nuovi destinatari, per configurare una responsabilità da reato a carico degli enti, dotati o no di personalità giuridica.

La disciplina generale dell'illecito amministrativo abbraccia sia profili di diritto sostanziale sia di diritto processuale.

Quanto al diritto sostanziale la scelta di fondo del legislatore del 1981 è stata nel senso di una larga mutazione di principi penalistici. In questa logica si collocano tra l'altro: l'enunciazione dei principi di legalità e di irretroattività in termini ricavati dall'art. 25 cost. che detta il principio di legalità dei reati e delle pene e il principio di irretroattività della legge penale; la disciplina della capacità di intendere e di volere che contiene un richiamo espresso ai criteri indicati nel codice penale; la disciplina dell'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo che riproduce le disposizioni del codice penale relative alla responsabilità nelle contravvenzioni e all'errore sul

fatto di reato; la disciplina del concorso di persone che adotta lo schema della responsabilità concorrente di tutti i partecipi nell'illecito; la disciplina del concorso fra norme penali e norme sanzionatorie amministrative che estende ai rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo di fonte statale il principio di specialità adottato nell'art 15 c.p. per individuare ipotesi di concorso apparente di norme all'interno del sistema penale.

Quanto ai profili procedurali e processuali, basterà segnalare che la sanzione amministrativa viene irrogata, nella forma dell'ordinanza –ingiunzione dall'ufficio periferico del ministero nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione, ovvero in assenza di un tale ufficio, dal Prefetto. Contro l'ordinanza – ingiunzione, l'interessato può proporre opposizione davanti al giudice di pace, ovvero davanti al tribunale.

Sia il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni amministrative, sia le eventuali successive fasi giurisdizionali non coinvolgono il giudice penale: il giudice di pace e il tribunale davanti ai quali può essere proposta opposizione al provvedimento che irroga la sanzione amministrativa sono infatti il giudice di pace civile e il tribunale civile. Il giudice penale conosce dell'illecito amministrativo solo nel caso di connessione obiettiva con un reato.

5. 'Materia penale', 'doppio binario sanzionatorio' e divieto di bis in idem ex art. 4 Prot. 7 CEDU

In materia penale (sostanziale e processuale) il ne bis in idem è figlio di un rifiuto di un sistema inquisitorio in cui il giudizio era sempre perfezionabile e non dovevano essere posti limiti al potere dell'organo inquisitorio-giudicante. Nel sistema accusatorio invece vanno rispettati certi termini, tempi e forme: pertanto il ne bis in idem è un risultato a ciò conseguente, quasi necessario.

I motivi di massima per cui si ritiene ragionevole che una persona non possa essere processata due volte per la stessa fattispecie di reato possono essere così riassunti:

- il sistema giudiziario non può vessare indefinitamente un cittadino sulla stessa circostanza;
- lo Stato e i suoi organi hanno mezzi economici e poteri di persecuzione più ampi di quanti il cittadino ne abbia di difesa;
- l'essere esposti senza garanzia alla pubblica accusa fu, e potrebbe essere se non regolamentato, uno strumento di tirannia.
- il cittadino ha il diritto di sapere che il giudizio a cui è stato sottoposto è finale, e non soggetto a ulteriori indagini e cambiamenti.

CAPITOLO 5: "ANALISI E SISTEMATICA DEL REATO"

1. La parte generale del diritto penale.

Il codice penale e le leggi speciali, previste dall'art 16 c.p., prevedono e puniscono una molteplicità di reati, non puniscono genericamente chiunque compia una malefatta, ma puniscono in modo specifico chi commette un omicidio, un furto, una calunnia, ecc. L'individuazione di un numero chiuso di specifiche figure di reato rappresenta l'espressione di uno stadio evoluto del diritto penale per due aspetti: in primo luogo attraverso questo numero chiuso si realizza la prima autolimitazione della potestà punitiva statale: si accorda al cittadino un'assicurazione scritta in base alla quale egli verrà punito soltanto se ne ricorrono i presupposti legali e soltanto entro i limiti stabiliti dalla legge; in secondo luogo l'individuazione delle singole figure del reato è un processo in continuo svolgimento, che rispecchia molti fenomeni: l'emersione di nuovi beni (ad esempio l'ambiente) o di nuove forme di aggressione a beni già protetti (ad esempio la frode informatica), l'individuazione di specifiche incriminazioni in molti tipi di reati (per esempio il riciclaggio di denaro sporco che è una forma moderna di ricettazione).

Oltre alla formulazione di una più ricca tipologia di reati raggruppati nella parte speciale della legislazione penale, la dottrina ha proceduto ad estrarre dai singoli reati elementi comuni con cui sono stati elaborati nuovi concetti recepiti dalla parte generale della codificazione, sono nati così i concetti che compaiono nel primo libro del codice penale italiano del 1930 sotto il titolo "Dei reati in generale" (ad esempio il rapporto di causalità, il dolo, la colpa, il tentativo, l'imputabilità). Sono concetti generali perché fissano alcuni elementi comuni a molti reati descritti nella parte speciale, inoltre sono astratti perché dipendono, nel loro contenuto, dai singoli reati a cui devono essere accostati per acquistare rilevanza giuridica (ad esempio non esiste un dolo in sé, ma il dolo di omicidio). Oltre ai concetti generali presenti nella parte generale del codice, la dottrina giuridica deve elaborare ulteriori concetti generali e astratti (ad esempio i concetti di fatto, antigiuridicità, colpevolezza, punibilità) per venire

incontro alle esigenze didattiche e sistematiche proprie di ogni opera di scienza, e per fornire alla prassi giudiziaria gli strumenti per applicare correttamente la legge.

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

La dottrina oggi avverte l'esigenza di una scomposizione analitica del reato. Ciascun elemento del reato è presupposto indispensabile per l'applicabilità della pena nel caso concreto; quindi ogni reato può essere espresso con la formula matematica "se vi sono A+B+C dev'esserci X : la pena". Ogni reato risulta composto da una serie di elementi disposti uno dopo l'altro in un ordine logico: il **reato** è :

- un **fatto umano** (cioè una specifica offesa al bene giuridico, ad esempio la sottrazione di una cosa mobile altrui);
- antigiuridico** (cioè è disapprovato dall'ordinamento, ad esempio la sottrazione viene considerata un fatto lecito se è compiuta da un ufficiale giudiziario nell'adempimento dei suoi doveri per trasportare la cosa mobile pignorata alla casa delle aste);
- colpevole** (cioè è personalmente rimproverabile a chi lo ha realizzato, ad esempio la capacità di intendere e di volere al momento della sottrazione);
- punibile** (cioè l'opportunità di applicare la pena nel caso concreto).

Non si tratta dell'unico modello di analisi del reato, perché una parte della dottrina ne propone altri, quindi è necessario scegliere il modello che rispecchia meglio la fisionomia che il reato possiede nel nostro ordinamento.

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

Per scegliere un determinato modello di analisi del reato, sorge la domanda se l'interprete deve innanzitutto accertare se è stato commesso il fatto, cioè l'offesa al bene giuridico che individua ciascuna figura di reato, e solo dopo deve domandarsi se l'autore del fatto ha agito con dolo o con colpa, quindi se ne è responsabile; oppure se l'interprete deve prima volgere la propria attenzione all'autore, domandandosi quali fossero le sue intenzioni, se sia stato disattento o imprudente, e solo dopo deve accertare se le sue intenzioni o la sua disattenzione si siano tradotte nel fatto costitutivo di un determinato reato.

L'alternativa tra il primato del fatto o il primato dell'autore nell'analisi del fatto, cioè l'alternativa tra **primato dell'oggettivo** o **primato del soggettivo** può essere sciolta ricordando che la preferenza deve essere accordata allo schema di analisi che rispecchia meglio la struttura del reato in un dato ordinamento, e quindi a seconda che il legislatore abbia collocato il fatto o l'autore al centro della struttura del reato.

In genere il legislatore italiano ha costruito i tipi di reato assegnando il primato all'oggettivo rispetto al soggettivo, cioè al fatto rispetto all'autore, perché nella legislazione italiana il reato è innanzitutto un'offesa a uno o più beni giuridici; alla colpevolezza viene attribuito il ruolo successivo di individuare le condizioni che consentono di rimproverare il fatto al suo autore. Questo vincolo imposto dalla costituzione opera anche nei confronti dell'interprete; infatti il giudice, l'avvocato, lo studente nell'analisi del fatto dovrà partire dall'individuazione del fatto incriminato riservando a uno stadio successivo l'accertamento della personale responsabilità di chi ha commesso il fatto.

4. La sistematica quadripartita del reato.

Lo schema di analisi del reato che meglio rispecchia la fisionomia che ogni reato possiede nel nostro ordinamento è quello che individua nel reato quattro elementi:

- un **fatto** (umano);
- l'**antigiuridicità** del fatto;
- la **colpevolezza** del fatto antigiuridico;
- la **punibilità** del fatto antigiuridico e colpevole.

Quindi il **reato è un fatto (umano) antigiuridico, colpevole, punibile**, di conseguenza punibile può essere solo un fatto umano antigiuridico e colpevole, colpevole può essere solo un fatto umano antigiuridico, antigiuridico può essere solo un fatto umano. **Il fatto è fondamento e pietra angolare della struttura del reato.**

5. Il fatto.

Il **fatto** è l'insieme degli elementi oggettivi che individuano e caratterizzano ogni singolo reato come

specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici (ad esempio la truffa è caratterizzata da una specifica forma di offesa al patrimonio, cioè da artifici o raggiri che provocano l'induzione di altri in errore, il compimento di un atto di disposizione da parte della vittima dell'inganno e il conseguimento di un ingiusto profitto da parte dell'agente o di un terzo, con altrui danno, si tratta quindi di un danno patrimoniale, con altrui profitto, che deriva da un'attività fraudolenta).

Essendo il fatto una specifica forma di offesa ad uno o più beni giuridici, esso è composto dagli elementi oggettivi che concorrono a descrivere quella forma di offesa:

-la **condotta**: cioè un'azione (ad esempio nella truffa gli artifici o i raggiri) o un'omissione, cioè il mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa (ad esempio nell'omissione di soccorso il mancato avviso all'autorità del ritrovamento di un minore di anni 10 abbandonato o smarrito);

-i **presupposti della condotta**: cioè le situazioni, di fatto o di diritto, che devono preesistere o coesistere con la condotta (ad esempio lo stato di gravidanza nel procurato aborto senza il consenso della donna);

-l'**evento o gli eventi**: cioè gli accadimenti temporalmente e spazialmente separati dalla condotta e da questa causati (ad esempio l'errore, l'atto di disposizione, il profitto e il danno nella truffa);

-il **rapporto di causalità tra condotta ed evento** (ad esempio nella truffa gli artifici o raggiri devono essere causa dell'errore in cui cade la vittima);

-l'**oggetto materiale**: cioè la persona o la cosa sulla quale incide l'azione (ad esempio la cosa mobile altrui nel furto) o l'omissione (ad esempio la denuncia di reato nei delitti di omessa denuncia) o l'evento (ad esempio la persona umana vivente nell'omicidio);

-le **qualità** o le **relazioni** giuridiche o di fatto richieste per il **sogetto attivo** del reato nei cosiddetti **reati propri**, cioè nei reati che possono essere commessi solo da soggetti qualificati (ad esempio la qualità di pubblico ufficiale nel delitto di peculato);

-l'**offesa** al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice nella forma del danno (cioè la lesione totale o parziale dell'integrità della situazione, di fatto o giuridica, tutelata da norme incriminatrici, ad esempio la morte dell'uomo nell'omicidio come lesione del bene vita) o in quella del pericolo (cioè la probabilità del verificarsi di una lesione, ad esempio il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto di strage).

Non tutti gli elementi menzionati compaiono in ogni forma di reato. Una condotta, nella forma dell'azione o dell'omissione, e un'offesa, nella forma del danno o del pericolo, sono presenti in qualsiasi fatto penalmente rilevante, ma ci sono dei reati in cui il fatto è costituito solo da un'azione o da un'omissione dannosa o pericolosa, si tratta dei **reati di mera condotta**, mentre nei **reati di evento** il fatto consta di una condotta, di uno o più eventi e di un rapporto di causalità che collega la condotta all'evento o agli eventi.

Gli **elementi** costitutivi del fatto di regola sono espressamente **previsti** dalla norma incriminatrice, ma a volte sono **sottintesi**, cioè la loro presenza è tacitamente richiesta dalla norma per la configurazione del fatto (ad esempio nella truffa è un elemento sottinteso il compimento di un atto di disposizione patrimoniale da parte della persona indotta in errore).

Nella grande maggioranza dei casi gli elementi del fatto di reato sono individuati dal legislatore come **elementi positivi**, cioè come elementi la cui presenza nel caso concreto è necessaria per la sussistenza del fatto. A volte però la legge richiede per l'esistenza del fatto l'assenza di una qualche situazione di fatto o giuridica: in questo caso si parla di **elementi negativi** del fatto (ad esempio risponde di procurato aborto chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna); la fisionomia particolare degli elementi negativi si riflette anche sul piano del dolo (che esige la consapevolezza dell'assenza ad esempio del consenso) e sul piano della colpa (ad esempio che si configura solo quando l'assenza della concessione edilizia fosse conoscibile con la dovuta diligenza).

Per individuare gli elementi del fatto di reato il legislatore può usare sia concetti descrittivi, sia concetti normativi: si parla di **concetti descrittivi** quando il legislatore usa termini che fanno riferimento ad oggetti della realtà fisica o psichica, suscettibili di essere accertati con i sensi o comunque attraverso l'esperienza (ad esempio la condotta del delitto di violenza sessuale, previsto dall'art.609 bis c.p., è descritta in parte attraverso la formula "compiere o subire atti sessuali"); si parla invece di **concetti normativi** quando il legislatore ricorre a un concetto che fa riferimento a una norma o a un insieme di norme giuridiche, con la conseguenza che quell'elemento del reato può essere compreso soltanto sotto il presupposto logico della norma richiamata (ad esempio nel delitto di bigamia previsto dall'art. 556 del codice penale vengono individuati attraverso concetti normativi sia la condotta, cioè il contrarre un matrimonio avente effetti civili, sia il presupposto della condotta che consiste nell'essere legato da un matrimonio avente effetti civili).

6. L'antigiuridicità.

L'**antigiuridicità** esprime il **rapporto di contraddizione tra il fatto e l'intero ordinamento giuridico**, questo rapporto di contraddizione non c'è quando anche una sola norma, che si trova in qualsiasi luogo dell'ordinamento facoltizza o rende doverosa la realizzazione del fatto.

Si dà il nome di **cause di giustificazione** all'insieme delle facoltà e dei doveri derivanti da norme, presenti in qualsiasi luogo dell'ordinamento, che autorizzano o impongono la realizzazione di un fatto penalmente rilevante (ad esempio l'art. 52, 1 comma c.p. prevede che un fatto penalmente rilevante possa essere commesso nell'esercizio della facoltà della legittima difesa, cioè per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa. Se il fatto è commesso in assenza di ogni causa di giustificazione, il fatto è antigiuridico e costituirà reato se concorreranno gli altri estremi del reato (la colpevolezza e la punibilità); se invece è commesso in presenza di una causa di giustificazione, il fatto è lecito e quindi non costituisce reato perché viene meno l'elemento dell'antigiuridicità: è lecito in qualsiasi luogo dell'ordinamento e quindi non può essere soggetto a nessun tipo di sanzione. In questo senso la dottrina parla di *efficacia universale* delle cause di giustificazione (ad esempio chi cagiona la morte di un uomo per legittima difesa non potrà essere assoggettato né a pena, né alla sanzione civilistica del risarcimento dei danni morali e materiali, né all'eventuale sanzione disciplinare della rimozione da un pubblico impiego).

7. La colpevolezza.

La **colpevolezza** dell'agente è l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto antigiuridico. I requisiti su cui si fonda (e si gradua) il rimprovero personale per aver commesso il fatto antigiuridico sono:

- dolo o colpa;
- assenza di scusanti, o normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto;
- conoscenza o conoscibilità della norma penale violata;
- capacità di intendere e di volere.

Tutti questi requisiti su cui si fonda la colpevolezza vanno riferiti e collegati al singolo fatto antigiuridico commesso dall'agente.

A) Il **dolo** è la rappresentazione e la volizione di tutti gli estremi del fatto antigiuridico (ad esempio se un cacciatore durante una battuta di caccia crede che dietro un cespuglio ci sia un cinghiale, mentre invece c'è un altro cacciatore e lo spara, causandone la morte, non c'è il dolo dell'omicidio perché ciò che l'agente si era rappresentato e aveva voluto realizzare è un fatto diverso da quello commesso, cioè l'uccisione di un cinghiale).

B) La **colpa** consiste nella negligenza, nell'imprudenza, nell'imperizia o nell'inosservanza di norme giuridiche preventive ed deve abbracciare tutti gli elementi del fatto antigiuridico (ad esempio se un automobilista dopo aver attraversato con il semaforo rosso un incrocio, prosegue a velocità moderata e 50 m dopo causa la morte di un bambino che era uscito di corsa da un cortile per inseguire il suo pallone, la condotta dell'agente nella fase dell'attraversamento dell'incrocio è colposa, però non c'è nessun nesso tra la colpa e l'investimento mortale del bambino che si è verificato oltre l'incrocio, perché la funzione cautelare della norma violata non era quella di fare arrivare l'automobilista qualche minuto più tardi sul luogo del sinistro ma quella di prevenire il verificarsi di scontri o investimenti nella zona dell'incrocio delimitato dei semafori; quindi il conducente non risponderà di omicidio colposo ma incorrerà solo nelle sanzioni previste dal codice della strada per avere attraversato l'incrocio con il semaforo rosso).

C) La **colpevolezza** esige anche che il fatto antigiuridico, doloso o colposo, sia commesso dall'agente in assenza di scusanti, cioè di circostanze anormali che, nella valutazione legislativa, influenzano in modo irresistibile la volontà dell'agente alle sue capacità psicofisiche e rendono inesigibile un comportamento diverso da quello tenuto nel caso concreto (ad esempio non si espone a un rimprovero di colpevolezza, e quindi non è punibile, chi commette fatti antigiuridici dolosi di falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione, per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se stesso o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento, cioè pregiudizio, nella libertà o nell'onore).

D) La **conoscenza** o la **conoscibilità** della norma penale violata comporta che l'agente sapesse, o potesse sapere usando la dovuta diligenza, che il fatto antigiuridico, doloso o colposo, da lui commesso, era represso da una norma incriminatrice (ad esempio la Corte costituzionale ha considerato non colpevole chi ignora di commettere un fatto vietato da una norma incriminatrice perché ha ricevuto assicurazioni erronee sull'irrelevanza penale del fatto da parte degli organi amministrativi competenti a vigilare sull'osservanza delle norme).

E) non è colpevole, e quindi non può essere punito, chi al momento in cui ha commesso il fatto non era **imputabile** (art. 85 c.p.); ed è imputabile chi è *capace sia di intendere* (cioè di rendersi conto del significato o delle conseguenze dei propri atti) sia *di volere* (cioè di inibire o attivare i propri impulsi); ad esempio l'art.88 c. p. stabilisce nel caso di un omicidio commesso da uno psicopatico, affetto da manie di persecuzione, che vede in un innocuo condomino l'autore delle vessazioni di cui si ritiene vittima, che non sarà responsabile di omicidio doloso perché il fatto antiggiuridico di omicidio doloso non gli è rimproverabile per difetto di imputabilità, se ritenuto socialmente pericoloso potrà però essere sottoposto alla misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario.

8. La punibilità.

La **punibilità** consiste nell' insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne, rispetto al fatto antiggiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo.

È controverso se la punibilità debba essere collocata tra gli elementi del reato, o se appartenga ad un diverso ed ulteriore capitolo del diritto penale, cioè se il nome di reato debba attribuirsi solo a un fatto antiggiuridico, colpevole e punibile, o se invece ad integrare il reato siano sufficienti i primi tre elementi, cioè il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza, salvo prendere atto che l'assoggettamento dell'autore di un fatto antiggiuridico e colpevole alla pena passa attraverso un accertamento autonomo e successivo che ha per oggetto la punibilità. Ecco perché viene accolta la prima soluzione: la pena è ciò che caratterizza il diritto penale rispetto agli altri rami dell'ordinamento e ciò che caratterizza il reato rispetto a ogni altra figura di illecito; è la stessa fisionomia del reato che reclama una sistematica che colloca la punibilità tra gli elementi del reato. In astratto il reato è individuato dalla comminatoria legale di una pena; mentre in concreto si può parlare di reato solo in presenza di un fatto antiggiuridico, colpevole e punibile.

Le scelte del legislatore sull'opportunità di punire un fatto antiggiuridico e colpevole possono esprimersi nell'individuazione di un duplice ordine di condizioni: a) condizioni che fondano la punibilità; b) condizioni, o cause, che escludono la punibilità.

Fondano la punibilità quelle che il legislatore designa come "**condizioni obiettive di punibilità**" (previste dall'art. 44 c. p.): si tratta di quegli accadimenti, menzionati in una norma incriminatrice, che esprimono solo valutazioni di opportunità circa l'infezione della pena (ad esempio la dichiarazione di fallimento nel reato di bancarotta).

Escludono la punibilità, e quindi possono chiamarsi "**cause di esclusione della punibilità**":

A) alcune situazioni contestuali alla commissione del fatto che attengono alla posizione personale dell'agente o ai suoi rapporti con la vittima, si tratta delle **cause personali di non punibilità** (ad esempio la non punibilità di chi ha commesso la gran parte dei delitti contro il patrimonio a danno di un congiunto);

B) alcuni comportamenti dell'agente susseguenti alla commissione del fatto antiggiuridico e colpevole, si tratta delle **cause sopravvenute di non punibilità** (la ritrattazione nei delitti di falso giuramento, falsa testimonianza e falsa perizia l'interpretazione);

C) alcuni fatti naturali o giuridici successivi alla commissione del fatto antiggiuridico colpevole, che o sono del tutto indipendenti da comportamenti dell'agente o comunque non si esauriscono in un comportamento dell'agente, si tratta delle **cause di estinzione del reato** (ad esempio la morte del reo prima della condanna).

A volte il legislatore rimette al **giudice** il compito di valutare l'opportunità di un'effettiva punizione dell'autore di un fatto antiggiuridico e colpevole (ad esempio nel caso dell'oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative, arresto o ammenda, la non punibilità del contravventore che chiede di pagare tempestivamente una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda prevista dalla legge per la contravvenzione commessa, è subordinata alla valutazione discrezionale del giudice circa la gravità del fatto, come stabilisce l'art.162 bis c.p.).

9. Il carattere vincolante della sistematica quadripartita.

L'ordine nel quale sono disposti gli elementi del reato secondo la sistematica quadripartita: il fatto, la sua antiggiuridicità, la colpevolezza per il fatto antiggiuridico e la punibilità del fatto antiggiuridico e colpevole, è un ordine logico che ha un **fondamento normativo nell'art.129, 1 comma c.p.p.**, il quale impone il proscioglimento in ogni stato e grado del processo quando il giudice riconosce che il fatto non sussiste o che non costituisce reato (cioè che c'è la presenza di cause di giustificazione, l'assenza dei requisiti della colpevolezza, l'assenza di condizioni obiettive di punibilità o la presenza di cause di esclusione della punibilità). Questo ordine

logico e normativo vincola il giudice il quale, senza aver prima accertato l'esistenza di un fatto antiggiuridico doloso o colposo, non può escludere la responsabilità solo perché c'è la presenza di una causa di giustificazione, oppure perché non sussiste la capacità di intendere o di volere; inoltre il giudice senza aver prima accertato l'esistenza di un fatto antiggiuridico e colpevole non può assolvere l'imputato solo per l'assenza di una condizione oggettiva di punibilità o per la presenza di una causa di esclusione della punibilità. L'art.129, 2 comma c.p.p. prevede lo stesso anche nel caso in cui sia presente una causa di estinzione del reato: il proscioglimento deve essere imposto non per la presenza di una causa di estinzione del reato, ma perché dagli atti del processo emerge la prova che il fatto non sussiste, o che l'imputato non lo ha commesso, oppure che il fatto non è antiggiuridico o che il fatto è antiggiuridico ma non è colpevole. La sistematica quadripartita garantisce sia all'analisi teorica e sia alla prassi giudiziaria: completezza, razionalità e verificabilità, cioè nell'accertamento della responsabilità penale non si trascurerà nessun aspetto rilevante per il diritto.

10. L'inquadramento dei reati omissivi nella sistematica quadripartita.

E' sorto il problema se alcune specificità dei **reati omissivi**, cioè dei reati caratterizzati dal mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa, impongono una trattazione separata rispetto ai reati commissivi, cioè ai reati caratterizzati dal compimento di azioni vietate, o se quelle specificità possono essere inquadrate nella sistematica quadripartita e, quest'ultima, sembra la soluzione preferibile.

Per molto tempo nell'elaborazione della teoria del reato si è pensato alle norme penali come a un insieme di divieti di agire e si sono perciò assunti come prototipo i reati commissivi, cioè i reati caratterizzati da azioni pericolose o dannose per i beni giuridici commesse in violazione di quei divieti; però il diritto penale risulta composto oltre che da divieti di agire, anche da comandi di agire, quindi accanto ai reati commissivi compaiono i reati omissivi, cioè i reati caratterizzati dall'omissione delle azioni imposte da quei comandi per proteggere beni giuridici. Però dato che era stato assunto come prototipo i reati commissivi, la teoria del reato ha applicato le regole proprie dei reati commissivi anche ai reati omissivi, e ciò ha messo in ombra le caratteristiche strutturali dei reati omissivi; ciò però non causava molti danni finché lo Stato puniva raramente le condotte omissive, perché dominava l'idea ottocentesca che la prevenzione dei pericoli competeva allo Stato e l'aiuto al vicino e ai terzi costituiva un dovere sono morale, indifferente per il diritto penale. Tuttavia negli ultimi decenni con l'avvento dello Stato sociale e del governo pubblico dell'economia, è avvenuta una **crescita progressiva dei comandi di agire** la cui inosservanza viene sanzionata penalmente per assicurare efficacia agli interventi e ai controlli degli organi pubblici, e ciò anche a causa della crescita dei pericoli per i beni fondamentali come la vita, salute e l'ambiente creati dall'industrializzazione.

CAPITOLO 6: "IL FATTO"

A) *IL FATTO NEI REATI COMMISSIVI*

1. L'azione.

Nozione.

Al centro di ogni fatto complessivo penalmente rilevante c'è un'azione umana, e ciò per la fisionomia del diritto penale italiano che reprime gli attacchi dell'uomo all'integrità dei beni giuridici e non la mera volontà di offendere un bene che non si sia tradotta in un'attività esteriore (congiationis poenam nemo patitur). L'unica caratteristica dell'azione che accomuna tutti i reati commissivi è il carattere di **attività esteriore**.

Reati a forma libera e reati a forma vincolata.

Per descrivere le azioni penalmente rilevanti il legislatore può utilizzare due tecniche. Può esigere che l'azione sia compiuta con determinate modalità, e si parla in questo caso di **reati a forma vincolata**, cioè l'azione concreta sarà rilevante, cioè tipica, solo se corrisponde allo specifico modello di comportamento descritto nella norma incriminatrice. Oppure il legislatore può attribuire rilevanza a ogni comportamento umano che abbia causato, con qualsiasi modalità un determinato evento, si parla allora di **reati a forma libera**, cioè l'azione concreta penalmente rilevante si individuerà nei reati dolosi in funzione del mezzo impiegato in concreto dall'agente, sarà la tipica attività che consiste nell'uso del mezzo impiegato dall'agente per causare dell'evento, e nei reati colposi sarà tipica qualsiasi azione che abbia colposamente creato il pericolo che si è concretizzato nell'evento. La scelta del legislatore tra le due tecniche dipende dall'importanza del bene giuridico la cui aggressione è penalmente

repressa.

Il legislatore tutela da ogni lato i *beni ritenuti di alto rango*, cioè rinuncia a selezionare una determinata modalità con cui può essere recata l'offesa, attribuendo rilevanza alla causazione pura e semplice dell'evento, come accade nella tutela prevista dal codice penale per i beni della vita e dell'integrità fisica (ad esempio gli artt. 575 e 589 c.p. non richiedono che la morte sia provocata attraverso specifiche forme di comportamento, ma danno importanza a qualsiasi condotta, strangolare, accoltellare, avvelenare, che cagiona la morte di un uomo. L'utilizzo di particolari mezzi come ad esempio le armi, viene valorizzato solo nell'ambito delle circostanze aggravanti).

Una tutela frammentaria invece attribuita ai *beni di minor rango*, che vengono cioè protetti solo contro specifiche classi di comportamenti scelte dal legislatore per la loro particolare capacità offensiva, oppure per la loro attitudine a rendere più vulnerabile il bene giuridico tutelato, come accade nella tutela del bene giuridico patrimonio (ad esempio in alcuni delitti il patrimonio deve essere attaccato con vere e proprie forme di frode a danno della vittima, ad esempio nella truffa chiunque con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a se o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno; in altri delitti l'offesa al patrimonio consiste nell'abuso di situazioni di vulnerabilità della vittima, ad esempio nella circonvenzione di persone incapaci).

A volte il legislatore configurando un reato a forma vincolata dà importanza al compimento di **più azioni** che devono essere realizzate secondo una determinata successione temporale (ad esempio nel furto si richiede che l'agente sottragga una cosa mobile altrui a chi la detiene e, successivamente, se ne impossessi).

Reati di possesso e reati di sospetto.

Soprattutto nella parte speciale del diritto penale compaiono spesso i **reati di possesso**, cioè i reati nei quali l'oggetto del divieto è il possesso, la detenzione, di questa o quella cosa (ad esempio l'art.453, 1 comma n. 3 c.p. contempla il delitto di detenzione di monete falsificate). Controversa è la questione sulla presenza di un'azione in queste figure di reato, perché il possesso indica solo la disponibilità di una determinata cosa, cioè la possibilità di farne uso, l'idea del reato come offesa creata attraverso l'azione umana può esserci solo come requisito tacito, ma necessario, del fatto di reato, si tratta di un'azione che consiste nel procurarsi o nel ricevere la cosa, se quella cosa è stata ricevuta dal soggetto inconsapevolmente l'azione consisterà nell'esercitare sulla cosa un controllo diretto a conservarne la disponibilità.

Uno speciale sottogruppo dei reati di possesso è costituito dai **reati di sospetto**, e il carattere particolare di questi reati è di natura processuale, cioè riguarda l'inserzione nella norma incriminatrice di un'autonoma regola di giudizio, in contrasto con la presunzione di non colpevolezza prevista dall'art.27, 2 comma cost., l'onere della prova della destinazione o della provenienza lecita della cosa incombe sull'imputato, e finché il giudice è in dubbio si impone una pronuncia di condanna (un esempio è il possesso ingiustificato di chiavi o di grimaldelli, l'art.707 c.p. dice che "chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, o di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a forzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione, è punito").

2. I presupposti della condotta.

In molte figure di reato la rilevanza penale di un fatto è subordinata alla condizione che l'azione venga compiuta in presenza di determinate situazioni di fatto o giuridiche, che devono preesistere all'azione o ne devono accompagnare l'esecuzione. Queste situazioni di fatto sono chiamate: **presupposti della condotta**. A volte in assenza di un dato presupposto non è neanche possibile la realizzazione dell'azione tipica (ad es. in assenza del presupposto gravidanza, non può realizzarsi la condotta che consiste nel compiere, senza il consenso della donna, atti interruttivi della gravidanza). Altre volte, in assenza del presupposto l'azione è possibile, ma è lecita (ad es. contrarre un matrimonio avente effetti civili è una cosa lecita e assume rilevanza penale solo se l'agente è legato da un precedente matrimonio avente effetti civili o contrae il matrimonio con una persona già coniugata).

3. L'evento.

Spesso la norma incriminatrice richiede il verificarsi di un evento, cioè di un **accadimento temporalmente e spazialmente separato dall'azione e che da questa deve essere causato**; dato che l'evento è un elemento del fatto di reato, il nome di evento spetta solo a quelle conseguenze dell'azione che sono espressamente o tacitamente previste dalla norma incriminatrice, e non alle eventuali ulteriori conseguenze non prese in considerazione dalla singola norma (ad es. nel reato di omicidio il nome di evento spetta alla morte che deve essere cagionata

dall'agente, invece ulteriori conseguenze dell'azione, come il dolore o il danno patrimoniale sofferto dai familiari della vittima, non sono eventi in senso penalistico perché non sono contemplati nella descrizione dei fatti di reato). Inoltre l'evento può consistere:

-in una *modificazione della realtà fisica* (ad esempio la malattia del corpo o della mente, cioè l'evento costitutivo dei diritti di lesione personale dolosa o colposa);

-in una *modificazione della realtà psicofisica* (ad esempio l'errore indotto dall'agente attraverso artifici o raggiri nella truffa);

-in un'*alterazione della realtà economico-giuridica* (ad esempio il danno e il profitto nella truffa);

-in un *comportamento umano* (l'atto con effetti giuridici dannosi a cui è indotta la vittima nella convenzione di incapacità).

Il legislatore utilizza la nozione di evento in molte previsioni normative di parte generale: nella definizione del rapporto di causalità (l'art.40, 1 comma c.p. dice che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione), e nella definizione del diritto doloso (l'art. 43, 1 comma c.p. dice che "il delitto è doloso quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da quella legge fa dipendere l'esistenza del diritto, è preveduto e voluto dall'agente come conseguenza della propria azione od omissione).

In tutti questi casi l'evento viene definito come *evento naturalistico*, tuttavia parte della dottrina parla anche di *evento giuridico* (o evento in senso giuridico), si tratta dell'offesa (danno o pericolo) al bene tutelato dalla norma incriminatrice che è l'elemento costitutivo di tutti i fatti penalmente rilevanti. La nozione di evento giuridico è sinonimo dell'offesa.

4. Il rapporto di causalità.

Nozione.

Quando tra gli estremi del fatto compare un evento, l'evento rileva solo se è stato causato dall'azione: tra la azione e l'evento deve sussistere un rapporto di causalità, come stabilisce, sotto la rubrica "rapporto di causalità", l'art.40,1 comma c.p., il quale dice che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui la legge fa dipendere l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione o omissione". Dottrina e giurisprudenza hanno fornito tre risposte all'interrogativo su cosa sia necessario per poter affermare che una data azione è causa di un dato evento.

Le principali teorie della causalità sono: 1) la teoria condizionalistica; 2) la teoria della causalità adeguata; 3) la teoria della causalità umana.

Teoria condizionalistica.

La teoria condizionalistica (o della *condicio sine qua non*) parte dalla premessa che ogni evento è la conseguenza di molti fattori causali, che sono tutti egualmente necessari perché l'evento si verifichi: giuridicamente rilevante come causa dell'evento è ogni azione che non può essere eliminata mentalmente, cioè immaginata come non avvenuta, senza che l'evento concreto venga meno, perciò basta che l'azione di Tizio sia uno degli antecedenti senza i quali l'evento non si sarebbe verificato perché quell'azione possa considerarsi causa dell'evento, ad es. se Tizio colpisce con uno schiaffo Caio, che era affetto da un grave vizio cardiaco e Caio per lo spavento umore, sia lo schiaffo, sia spavento, sia la malattia di cuore sono antecedenti necessari della morte ed è sufficiente che Tizio abbia posto in essere una di queste condizioni perché la sua azione si consideri causa dell'evento concreto: decisivo è che senza lo schiaffo di Tizio Caio non sarebbe morto.

Questa concezione della causalità trova piena applicazione anche in due casi discussi in dottrina.

-un primo caso è quello della **causalità ipotetica**: ad esempio sorge la domanda se sussiste il rapporto di causalità nel caso del medico che pratica un'iniezione mortale a un malato terminale per alleviare le sofferenze, dal momento che si tratta di una persona che comunque sarebbe morta dopo qualche tempo, e la risposta è affermativa, perché l'evento che rappresenta il punto di riferimento del rapporto di causalità non è l'evento che è stato descritto dalla norma incriminatrice, cioè nell'omicidio la morte di un uomo, ma è l'evento concreto individuato attraverso le modalità della sua verifica, compreso le modalità spazio temporali, cioè la morte di Tizio per assunzione di una certa quantità di morfina, in un certo ospedale, a una certa ora di un certo giorno; inoltre il rapporto di causalità va accertato tenendo conto del decorso causale effettivo e non solo ipotetico, cioè che poteva verificarsi ma non si è verificato, quindi bisogna domandarsi come sono andate le cose non come potevano andare, se non fosse stata praticata l'iniezione mortale il malato non sarebbe morto il giorno x alle ore

y come conseguenza della somministrazione di quella sostanza.

-Un secondo caso è quello della **causalità addizionale**: ad esempio sorge la domanda se sussiste il rapporto di causalità tra l'azione di Tizio, che ha somministrato a Caio una dose di veleno sufficiente ad uccidere, e la morte di Caio, se anche Sempronio ha versato, all'insaputa di Tizio, una dose mortale dello stesso veleno nella stessa bevanda assunta da Caio. Si potrebbe credere che né l'azione di Tizio, né quella di Sempronio possano essere considerate causa dell'evento morte: eliminando mentalmente l'azione di Tizio, Caio sarebbe morto comunque per avvelenamento nello stesso tempo e luogo in cui è morto, e lo stesso varrebbe per Sempronio; la conseguenza paradossale quindi sarebbe che la morte di Caio non sarebbe stata causata né da Tizio né da Sempronio, però questo paradosso viene meno tenendo presente che il rapporto di causalità va accertato in relazione all'evento concreto descritto alla luce di tutte le sue modalità e, in questo caso, bisogna considerare la quantità di veleno reperito dal medico legale nel corpo della vittima, cioè il risultato dell'accumulo del veleno somministrato se da Tizio che da Sempronio, quindi non si possono eliminare mentalmente le azioni di nessuno dei due senza che l'evento concreto venga meno, quindi sia l'azione di Tizio che quella di Sempronio sono cause dell'evento morte di Caio.

La formula dell'*eliminazione mentale* che consente di immaginare che quell'azione non è mai stata compiuta e che quindi l'evento concreto non si è verificato, è una formula vuota, cioè da riempire di contenuti per poter essere applicata ai casi concreti, e questi contenuti vanno ricavati dalle **leggi scientifiche**, cioè da *enunciati che esprimono successioni regolari di accadimenti, frutto dell'osservazione sistematica della realtà fisica o psichica*. Viene chiamato "sussunzione del caso concreto" sotto quella legge, il procedimento che deve essere seguito per utilizzare le leggi scientifiche in modo da spiegare il perché di un determinato evento concreto: la premessa maggiore di questo procedimento è una legge scientifica che descrive la successione regolare tra la classe di accadimenti A e la classe di accadimenti B, la premessa minore è un caso concreto suscettibile sotto quella legge scientifica, cioè l'azione umana A è stata seguita dall'evento B, la conclusione è che quell'azione concreta è causa di quell'evento concreto (ad esempio le leggi balistiche e della scienza medica affermano che tra l'azione "sparare un colpo di pistola al cuore di un uomo" è l'evento "morte dell'uomo per arresto cardiaco" vi è una successione regolare: Tizio ha sparato con una pistola al cuore di Caio e Caio è morto a seguito della rottura del muscolo cardiaco, quindi l'azione di Tizio è stata causa della morte di Caio). Quindi in base alla teoria condizionalistica la causa dell'evento è ogni azione che, tenendo conto di tutte le circostanze che si sono verificate, non può essere eliminata mentalmente, sulla base di leggi scientifiche, senza che l'evento concreto venga meno.

Le leggi scientifiche che possono essere utilizzate dal giudice per la spiegazione causale dell'evento possono essere **leggi universali** (cioè enunciati che asseriscono regolarità senza eccezioni nella successione di eventi; ad esempio la legge della dilatazione termica che dice che se un corpo viene di riscaldato si dilata, ha carattere universale perché in tutti i casi empiricamente osservati al riscaldamento del corpo segue la sua dilatazione. Però difficilmente il giudice può utilizzare questo tipo di leggi), o **leggi statistiche** (si tratta di leggi, a cui molto spesso deve ricorrere il giudice, che enunciano regolarità statistiche emerse dall'osservazione della realtà empirica e che affermano che in un gran numero di casi all'accadimento A segue l'accadimento B (ad esempio la ricerca farmacologica può affermare che in molti casi la somministrazione di un determinato farmaco a una donna incinta provoca la nascita di bambini affetti da gravi malformazioni, attraverso legge statistica il giudice potrà spiegare nel caso concreto l'insorgere della malformazione come conseguenza della condotta del medico che ha prescritto quella medicina, e il medico risponderà di lesioni colpose se avrà prescritto quella medicina ignorando quei rischi che erano noti alla scienza medica e che erano segnalati dal produttore del farmaco).

Il giudice dovrà escludere la sussistenza del rapporto di causalità se, pur sospettando un legame causale tra una data azione e un dato evento, non può rafforzare questo sospetto, non potendo rintracciare una legge scientifica in base alla quale spiegare l'evento. I risultati delle **indagini epidemiologiche** non sono leggi scientifiche che possono essere utilizzate per spiegare il perché di un evento concreto perché studiano la causa delle patologie nelle popolazioni e non è causa della patologia di una singola persona, e quindi la causa di un singolo evento concreto (ad esempio se viene accertato che in una popolazione esposta all'azione di una certa sostanza sono stati riscontrati 200 casi di una patologia tumorale, di cui normalmente risultano 100 casi, da questa differenza statistica si può ricavare un'informazione che non è in grado di far concludere che una singola persona colpita da tumore rientri tra le 100 che sono malate a causa di quella sostanza piuttosto che fra le altre 100 che normalmente, per altre cause, contraggono la stessa patologia, le indagini epidemiologiche, in base ai loro risultati statistici, possono solo servire per vietare l'impiego di quella sostanza minacciando pene ai contravventori.

Altre volte il giudice si può trovare davanti a una **pluralità di possibili spiegazioni causali dell'evento**, ciascuna fondata su una diversa legge scientifica (ad esempio la perizia A ritiene che la causa della caduta di una valanga che ha messo in pericolo la pubblica incolumità sia il passaggio di sciatori che si sono avventurati fuoripista,

mentre la perizia B riconduce l'evento a fattori estranei all'opera dell'uomo, come il crollo del fronte del ghiaccio su cui si era accumulata la neve), tra le varie spiegazioni il giudice deve dare preferenza a quella che meglio si attaglia al caso concreto (in questo esempio sceglierà la seconda spiegazione se le dimensioni della valanga, la testimonianza di chi ha visto il distacco di una parete di ghiaccio, rendono più probabile che la valanga sia stata causata da fattori naturali).

La teoria condizionalistica ha tre **corollari**:

-il **concorso di fattori causali preesistenti, simultanei o sopravvenuti non esclude** il rapporto di causalità tra l'azione e l'evento, quando l'azione è una condizione necessaria dell'evento, e ciò vale anche se i fattori estranei all'opera dell'uomo sono rari o anormali (ad esempio non è escluso il rapporto di causalità se la morte di una persona vittima di una lesione personale è dovuta alla sua vulnerabilità a causa dell'emofilia);

-il rapporto di causalità **non è escluso** nemmeno se il fattore causale ulteriore rispetto all'azione dell'uomo consiste in **un fatto illecito di un terzo**, come nel caso della persona ricoverata in ospedale per una ferita di arma da fuoco, se la morte è dovuta a un grave errore del chirurgo che lo ha operato per estrarre il proiettile;

-il rapporto di causalità è **escluso** quando tra l'azione e l'evento si è inserita una **serie causale autonoma**, cioè una serie causale che è stata da sola sufficiente a causare l'evento, in questo caso l'azione è solo un antecedente temporale e non una condicio sine qua non dell'evento (ad esempio se Tizio avvelena Caio, il quale muore investito da un'automobile prima che il veleno faccia effetto, Tizio non avrà causato l'evento morte, e quindi non risponderà di omicidio doloso consumato, ma solo di tentato omicidio).

Teoria della causalità adeguata.

La **teoria della causalità adeguata**, in aggiunta a quanto previsto dalla teoria condizionalistica, si propone di escludere il rapporto di causalità quando nel decorso causale, accanto all'azione umana, siano intervenuti fattori, preesistenti, simultanei o sopravvenuti, anormali, quindi richiede che l'evento sia una conseguenza normale o almeno non improbabile dell'azione. Questo limite è giustificato inanzitutto dal fatto che eventi imprevedibili non possono essere evitati neanche da un uomo prudente e giudizioso, inoltre la punizione di chi ha causato un evento imprevedibile non soddisfa né le esigenze della giusta retribuzione né quelle della prevenzione.

Per accertare la sussistenza del rapporto di causalità, questa teoria impone di compiere una **prognosi postuma**, articolata in due momenti: in primo luogo il giudice deve compiere un viaggio nel passato, cioè idealmente deve tornare al momento in cui il soggetto ha agito e deve formulare così un giudizio ex ante, cioè deve chiedersi, sulla base di leggi scientifiche e dei dati disponibili al momento dell'azione, quali erano i normali o non improbabili sviluppi causali dell'azione; in secondo luogo il giudice deve confrontare il decorso causale che si è verificato con quelli che erano prevedibili (ad esempio se il pedone investito da un automobilista è morto per dissanguamento siamo in presenza di un rapporto di causalità adeguata perché quel decorso causale era non improbabile; se invece la morte del padrone investito è avvenuta nell'ambulanza che lo trasportava in ospedale in seguito all'incidente, il rapporto di causalità è escluso per il carattere anormale del concreto decorso causale).

Teoria della causalità umana.

La teoria della causalità umana, in aggiunta a quanto previsto dalla teoria condizionalistica, richiede anche che l'evento non deve essere dovuto al concorso di fattori eccezionali, quindi il rapporto di causalità si considera escluso non, come sostiene la teoria della causalità adeguata, tutte le volte in cui il decorso causale è anormale, ma solo nei casi in cui tra l'azione e l'evento intervengono fattori causali rarissimi, cioè che hanno una minima probabilità di verificarsi. La ratio di questo limite è che possono considerarsi opera dell'uomo solo gli sviluppi causali che l'uomo può dominare con i suoi poteri conoscitivi e volitivi e tra gli sviluppi dominabili non possano essere ricompresi quelli dovuti al concorso di fattori causali rarissimi; di conseguenza secondo questa teoria la gamma di eventi che possono essere causati da un'azione risulta più ristretta rispetto a quanto stabilito dalla teoria condizionalistica, ma più ampia rispetto a quanto stabilito dalla teoria della causalità adeguata. Questi fattori causali rarissimi sono ad esempio fattori causali che preesistono all'azione come l'emofilia della persona ferita, oppure fattori causali sopravvenuti, come un incendio divampato nell'ospedale in cui il ferito è stato ricoverato.

Teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento

La teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento è sorta in Germania negli anni '30 del secolo scorso, e assume a proprio fondamento la teoria del bene giuridico protetto e del diritto penale in funzione di tutela di questo. Lo scopo dichiarato è quello di offrire un correttivo al principio della causalità condizionalistica: in particolare, la imputazione oggettiva vale ad escludere la responsabilità per dolo e per colpa in una serie di ipotesi che

rischierebbero di rientrarvi.

La teoria prevede che la condotta:

- sia condicio sine qua non dell'evento secondo il criterio naturalistico noto;
- costituisca un cosiddetto aumento del rischio non consentito dall'ordinamento;
- l'evento sia realizzazione del rischio non consentito.

L'accoglimento della teoria condizionalistica nell'art.41 c.p.

Il legislatore italiano all'art.41 c.p., sotto la rubrica "concorso di cause", ha dettato una serie di regole per dare una risposta all'interrogativo su ciò che è necessario per poter affermare che una data azione ha causato un dato evento. Il primo e il terzo comma dell'art. 41 enunciano due corollari della teoria condizionalistica:

-il **1 comma** stabilisce che "il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento", cioè per l'esistenza del rapporto di causalità basta che l'agente abbia posto in essere uno solo degli antecedenti necessari dell'evento.

-il **3 comma** stabilisce che "le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui", cioè un'azione che è condizione necessaria dell'evento ne resta la causa anche se tra i fattori causali c'è un fatto illecito altrui.

-il **2 comma** invece dice che "le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento", anche se la disciplina di questo comma è stata oggetto di controversie, sembra che anche essa aderisca alla teoria condizionalistica perché esprime un'ulteriore corollario di questa teoria e non contiene nessuna formula che evochi né l'idea di valutazioni prognostiche né l'intervento di fattori causali rarissimi. Se, come dice questo comma, le cause sopravvenute sono state da sole sufficienti a determinare l'evento, è evidente che tra l'azione e l'evento si è inserita una serie causale autonoma che fa sì che quell'azione rappresenti non una condizione necessaria dell'evento ma solo un antecedente temporale; però quell'azione che solo temporalmente precede l'evento può di per sé costituire reato, infatti il secondo comma prosegue dicendo che "se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita" (ad esempio se Tizio colloca nella casa di Caio una bomba a orologeria, ma prima che la bomba esploda Caio muore per un problema cardiaco, e quindi per una causa sopravvenuta che è stata da sola sufficiente a determinare la morte, Tizio non avrà causato l'evento morte e quindi non dovrà rispondere di omicidio doloso consumato ma solo di omicidio tentato).

La teoria condizionalistica non ha bisogno di correttivi.

L'adesione da parte del legislatore italiano alla teoria condizionalistica non comporta un **eccessivo ampliamento dell'area della responsabilità penale**. In primo luogo nelle ipotesi di **responsabilità per dolo o per colpa**, l'esigenza delle teorie della causalità adeguata e della causalità umana di delimitare la responsabilità, è soddisfatta quando una volta che è stata accertata l'esistenza del rapporto di causalità tra l'azione e l'evento si va a esaminare se quell'evento è stato causato dolosamente o colposamente (ad esempio nel caso dell'emofiliaco la morte conseguente alla ferita dolosamente o colposamente prodotta dall'agente non potrà essere rimproverata a quest'ultimo né a titolo di dolo né a titolo di colpa, se l'esistenza di quella malattia non era né conosciuta né conoscibile con la dovuta diligenza). In secondo luogo la teoria della causalità umana è inutile e spesso arriva a conseguenze paradossali (ad esempio nel caso dell'emofiliaco, questa teoria esclude l'esistenza del rapporto di causalità quando la morte è dovuta all'intervento di questo fattore causale, quindi esclude la responsabilità penale per omicidio doloso o colposo, di conseguenza Tizio non dovrebbe rispondere di omicidio doloso anche se era a conoscenza della malattia di Caio e l'ha ferito con l'intenzione di ucciderlo). Inoltre la teoria condizionalistica sembra comportare un eccessivo ampliamento dell'area della responsabilità penale nel caso in cui l'evento viene posto a carico dell'agente a titolo di **responsabilità oggettiva**, cioè solo perché l'azione dell'agente lo ha materialmente causato, senza che sia necessario accertare il dolo o la colpa. Una delle ragioni che sono alla base della teoria della causalità adeguata è quella di arricchire la struttura del rapporto di causalità nei reati aggravati dall'evento, introducendo un limite che coincide con quello della colpa: infatti non può essere rimproverato all'agente per colpa un evento che per la sua anormalità non poteva essere previsto, e quindi evitato, neanche da un uomo giudizioso e dotato del massimo di conoscenze; ciò rispondeva a esigenze politico-criminali, però oggi dopo l'avvento della costituzione, tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva non sono più riconosciute nel nostro ordinamento, infatti la corte costituzionale ha riconosciuto rango costituzionale al principio di colpevolezza

traendone la conseguenza che un elemento del fatto deve essere investito almeno dalla colpa, quindi le ragioni politico-criminali sono venute meno. Infine non regge neanche l'obiezione mossa alla teoria condizionalistica di aprire la strada a un **"regresso all'infinito"**, andando cioè alla ricerca della causa penalmente rilevante anche tra gli antecedenti più remoti dell'evento; infatti se questo regresso infinito fosse un problema non si capirebbe perché la giurisprudenza non si ponga questo problema, in verità il problema della causalità si pone solo per un comportamento che si sospetta che sia antigiuridico e colpevole.

5. L'oggetto materiale.

In alcune figure di reato l'azione o l'evento devono incidere su una **persona** o una **cosa**, le quali sono chiamate: **oggetto materiale del reato**. Nel caso di una persona, ad esempio nei delitti di omicidio e di lesioni personali, oggetto materiale è un uomo (termine che comprende tutte le persone di sesso maschile e femminile, adulti, vecchi e bambini); ci sono poi delitti in cui l'oggetto materiale può essere solo una donna (ad esempio il procurato aborto su una donna non consenziente). Nel caso invece di cose, nel furto ad esempio l'oggetto materiale è la cosa mobile altrui.

6. Le qualità o le relazioni del soggetto attivo nei reati propri.

La maggior parte dei reati possono essere commessi da chiunque, si tratta in questo caso del **reato comune**; però ci sono dei reati che possono essere commessi solo da chi possiede determinate qualità o si trova in determinate relazioni con altre persone, in questo caso si tratta del **reato proprio**. La fisionomia del fatto come offesa a un bene giuridico dipende dalle qualità o dalle relazioni richieste per il soggetto attivo nel reato proprio, cioè si tratta di una posizione del soggetto che riflette un particolare rapporto con il bene giuridico, che può essere attaccato direttamente solo da chi appartiene a una cerchia determinata di soggetti. Ciò è molto importante per il *concorso di persone*: da un lato il soggetto privo della qualifica richiesta dalla norma incriminatrice (il cosiddetto estraneo) che ha agevolato o istigato la persona qualificata (il cosiddetto intraneo) alla commissione del reato proprio concorre oggettivamente in questo reato perché ha contribuito all'offesa del bene giuridico tutelato dalla norma (ad esempio chi ha istigato con successo o ha agevolato il pubblico ufficiale nella commissione di un fatto di corruzione propria, cioè nel ricevere denaro per compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio, e quindi con la sua attività ha contribuito a offendere l'imparzialità della pubblica amministrazione); dall'altro lato si potrà avere un concorso doloso all'offesa che caratterizza il reato proprio solo se l'agevolatore o l'istigatore conosca gli elementi del fatto, a cominciare dalla qualità del soggetto attivo (quindi si potrà rispondere di concorso doloso in corruzione propria solo se l'istigatore o l'agevolatore conosceva la qualità di pubblico ufficiale di chi ha ricevuto denaro per compiere l'atto contrario ai doveri d'ufficio).

Per quanto riguarda la natura delle qualità o delle relazioni del soggetto attivo, può trattarsi sia di qualità o relazioni "di fatto", sia di qualità o relazioni "giuridiche". Nel caso delle qualità o relazioni di fatto un esempio è l'aborto auto procurato dalla donna senza l'osservanza delle condizioni fissate dalla legge, infatti si tratta di un reato proprio della donna che viene punito meno severamente rispetto all'aborto procurato da terzi. Per quanto riguarda invece le qualità o le relazioni giuridiche un esempio è il delitto di abuso d'ufficio che può essere realizzato solo in presenza delle qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, cioè solo dai soggetti che possono arricchirsi indebitamente o possono prevaricare il cittadino agendo in conflitto di interessi o violando le regole dell'attività amministrativa.

7. L'offesa al bene giuridico.

Nozione.

Un altro elemento costitutivo del fatto penalmente rilevante è l'**offesa** al bene o ai beni tutelati, che può assumere la forma della lesione o del pericolo per l'integrità del bene o dei beni.

L'offesa come elemento espresso o come elemento sottinteso del fatto di reato.

L'offesa al bene giuridico nella fattispecie legale può emergere a volte in modo espresso e altre volte in modo sottinteso. L'offesa al bene protetto è un **elemento espresso** del fatto di reato quando viene menzionato esplicitamente nella norma incriminatrice (ad esempio l'art.594, 1 comma c.p., per quanto riguarda i delitti di ingiuria, dice che "chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente"). L'offesa può essere considerata un elemento costitutivo espresso del fatto di reato anche quando all'interno del reato la legge individua un

elemento costitutivo che rappresenta l'**equivalente fenomenico** dell'offesa al bene giuridico (ad esempio nel caso di omicidio l'evento morte di un uomo esprime la lesione del bene giuridico vita umana). L'offesa è invece un **elemento sottinteso** del fatto di reato, e quindi va fatta emergere in via interpretativa, quando non compare nella norma incriminatrice né direttamente né indirettamente, anche se comunque la norma vieta una condotta in quanto crea il pericolo del verificarsi di un evento offensivo; in queste ipotesi l'offesa al bene giuridico assume un ruolo molto importante nella ricostruzione degli esatti contorni del fatto di reato (ad esempio l'art.372 c.p., che prevede la falsa testimonianza, dice che "chiunque, deponendo come testimone davanti all'autorità giudiziaria, afferma il falso o nega il vero, o tace, in tutto o in parte, ciò che sta intorno ai fatti sui quali è interrogato", le condotte tipiche sono incriminate perché creano il pericolo di decisioni del giudice fuorviate da testimonianze false o reticenti rese su circostanze rilevanti, offendendo così il bene giuridico "corretta formazione delle decisioni del giudice". Perciò la dottrina e la giurisprudenza considerano irrilevanti le dichiarazioni false o reticenti che cadono su circostanze ininfluenti sul processo decisionale del giudice, come il supertestimone di un incidente stradale che, interrogato sulle ragioni della sua presenza sul luogo dell'incidente, indica una ragione falsa per nascondere una scappatella coniugale). Il giudice deve conformarsi a un criterio interpretativo fondamentale: la lettera della legge rappresenta solo il limite esterno imposto all'opera dell'interprete, entro questo limite, per ricostruire i fatti penalmente rilevanti, l'offesa al bene giuridico rappresenta un criterio selettivo indispensabile, che determina l'espulsione dal tipo legale dei comportamenti inoffensivi.

Reati di danno e reati di pericolo.

L'offesa può assumere le forme della **lesione** (o danno), che consiste nella distruzione, alterazione in peggio o diminuzione di valore dell'entità in cui si concretizza il bene giuridico, o del **pericolo**, che esprime la probabilità della lesione. Se l'offesa consiste nella lesione o danno del bene giuridico si configura un **reato di danno** (o di lesione) perché il legislatore reprime fatti che compromettono l'integrità dei beni (ad esempio è il caso della vita umana nei reati di omicidio); se invece l'offesa consiste nella messa in pericolo del bene giuridico si configura un **reato di pericolo** e, in questo caso il legislatore anticipa la tutela, cioè reprime fatti che minacciano l'esistenza o il godimento del bene (ad esempio nei delitti di strage, incendio, inondazione, il legislatore reprime i comportamenti umani che mettono in pericolo la vita o l'integrità fisica di un indeterminato numero di persone).

Reati di pericolo concreto e reati di pericolo astratto.

All'interno della categoria dei reati di pericolo si distingue tra: **reati di pericolo concreto** (cioè quelli in cui il giudice deve accertare se, nel singolo caso concreto, il bene giuridico ha corso un effettivo pericolo, sia quando il pericolo è un elemento espresso del fatto di reato e sia quando è un elemento implicito, da ricostruire in via interpretativa), e **reati di pericolo astratto** (cioè quelli in cui il legislatore, sulla base di leggi di esperienza, ha presunto che una classe di comportamenti, nella generalità dei casi, è fonte di pericolo per il bene giuridico). Ad esempio la norma che reprime la condotta del conducente di un autoveicolo che attraversa l'incrocio stradale non rispettando il semaforo rosso: se la norma adotta lo schema del pericolo concreto il giudice deve accertare se al momento dell'attraversamento sopraggiungevano nella zona dell'incrocio, autorizzati dal semaforo verde, altri veicoli o pedoni con il quale il trasgressore poteva entrare in collisione, provocando eventualmente la morte o le lesioni personali di un utente della strada rispettoso delle regole del traffico; illecito non si può configurare se non sopraggiungeva nessuno, perché nessuno ha corso il pericolo di morte o di essere ferito. Invece se il legislatore, come accade nell'attuale disciplina del codice della strada, adotta lo schema del pericolo astratto, il giudice non deve accertare se qualcuno sopraggiungeva al momento dell'attraversamento dell'incrocio perché, anche se risulta che non c'era nessuno, l'illecito sussiste perché c'è stato l'attraversamento col rosso che il legislatore ha vietato in quanto è pericoloso per le persone e per le cose.

Per accertare il pericolo concreto il giudice dovrà stabilire se c'era la probabilità, e non la semplice possibilità, della lesione del bene giuridico, si tratta di una **prognosi ex ante in concreto a base totale**, cioè il giudice deve fare un viaggio nel passato in cui vengono prese in considerazione le circostanze esistenti al momento in cui si è compiuta l'azione e si è verificato l'evento e, per formulare una prognosi, deve utilizzare il massimo di conoscenze (leggi scientifiche, situazione di fatto) disponibili al momento del giudizio, comprese le eventuali, occasionali conoscenze ulteriori (scientifiche o di fatto) del singolo agente; così il giudice stabilirà se il bene giuridico, nel singolo caso concreto, ha corso il pericolo di essere lesa (ad esempio in un procedimento penale per strage, previsto dall'art. 422 c.p. in cui è imputato uno scienziato, dipendente di una grande impresa chimica che, animato dal proposito di uccidere un collega, ha messo una sostanza da lui ritenuta letale nell'impianto di aerazione del palazzo dove i due lavorano, si è poi allontanato dal luogo di lavoro. Per accertare il pericolo per l'incolumità pubblica, che è l'elemento costitutivo del fatto di strage, il giudice non dovrà tener conto della soggettiva

convinzione dell'agente di avere immesso nell'impianto di aerazione una sostanza letale, ma dovrà interpellare un perito che, utilizzando leggi scientifiche disponibili al momento del giudizio, stabilirà se quella sostanza rappresenta davvero una minaccia per la vita o per la salute di quella moltitudine di persone; se poi non verrà confermato il carattere letale della sostanza, ma emergerà che l'agente solo sulla base delle sue ricerche e sperimentazioni pensava che fosse letale, il perito per stabilire se la pubblica incolumità ha corso un pericolo nel caso concreto, terrà conto anche delle conoscenze scientifiche dell'agente. Ipotizzando che si è verificato un errore tecnico dell'agente e che quella nella sostanza letale sia entrata in circolo con l'aria condizionata non a mezzogiorno, quando la vittima era presente nel laboratorio e il palazzo era affollato da lavoratori e visitatori, ma a mezzanotte quando l'edificio era chiuso al pubblico e ogni attività lavorativa era interrotta e l'unica persona presente era un sorvegliante, in base a queste circostanze concrete il perito concluderà che c'era l'insussistenza di un pericolo per la pubblica incolumità e il giudice riterrà non integrato il fatto costitutivo del delitto di strage). E' difficile inquadrare un illecito penale tra i reati di pericolo astratto o i reati di pericolo concreto. La giurisprudenza tende ad ingigantire il numero dei reati di pericolo astratto (ad esempio nei reati di atti osceni in un luogo esposto al pubblico, la legge considera osceni gli atti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore; però l'offesa al pudore si verifica solo quando gli atti sono visibili da terzi e la dottrina ritiene che il reato non sussiste quando per la natura del luogo o il momento del fatto la possibilità che l'atto sia visto deve essere esclusa). Quindi deve essere contrastata la tendenza della giurisprudenza ad ingigantire il numero dei reati di pericolo astratto perché un reato di pericolo concreto può verificarsi anche quando la norma incriminatrice non prevede espressamente il pericolo come elemento costitutivo del fatto (ad esempio nella falsa testimonianza il pericolo costituisce il fatto di reato anche se è un elemento sottinteso). I reati di pericolo astratto sono una gamma ristretta che comprende solo le ipotesi in cui la tutela del bene giuridico non è realizzabile se non con la tecnica del pericolo astratto; ciò accade per alcuni beni collettivi, come i beni ambientali, le cui dimensioni sono tali che solo eccezionalmente possono essere offesi da una singola condotta, infatti l'offesa è in genere il risultato del cumularsi di una pluralità di condotte dello stesso tipo (ad esempio la purezza dell'acqua marina non può essere compromessa dalle sostanze inquinanti fuoriuscite dagli impianti di una piccola impresa, ma solo dal combinarsi di questo comportamento con altri dello stesso tipo precedenti, concomitanti o successivi, quindi per la purezza delle acque marine non c'è un pericolo concreto ma pericolo astratto).

B) LE PECULIARITA' DEL FATTO NEI REATI OMISSIVI

8. L'omissione.

L'**omissione** consiste nel mancato compimento di un'azione che si ha l'obbligo giuridico di compiere. Nei **reati omissivi**, caratterizzati cioè dall'omissione delle azioni imposte da comandi di agire per proteggere i beni giuridici, a seconda che il legislatore richieda o non richieda oltre all'omissione anche la presenza di un evento, si distingue tra: i reati omissivi propri (o di mera omissione) e i reati commissivi impropri (o omissivi mediante omissione).

9. I reati omissivi propri.

I **reati omissivi propri** sono quelli nei quali il legislatore reprime il mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa, indipendentemente dal verificarsi o meno di un evento come conseguenza dell'omissione; questi reati sono configurati direttamente da singole norme incriminatrici che descrivono sia l'azione doverosa la cui omissione è penalmente rilevante, sia i presupposti in presenza dei quali sorge l'obbligo giuridico di agire (ad esempio il delitto di omissione di soccorso previsto dall'art.593 c.p., che prevede due ipotesi: nella prima l'omissione penalmente rilevante consiste nell'omettere di dare immediato avviso all'autorità e il presupposto di questa condotta omissiva è l'aver trovato abbandonato o smarrito un fanciullo minore di anni 10 un'altra persona incapace di provvedere a se stessa; nella seconda ipotesi l'omissione penalmente rilevante consiste nell'omettere di prestare l'assistenza o di dare immediato avviso all'autorità e il presupposto di questa condotta omissiva è il trovare un corpo umano che sia o sembri inanimato o una persona ferita o in pericolo). L'obbligo giuridico di agire presuppone il potere materiale di compiere l'azione doverosa (ad esempio se a ritrovare abbandonato o smarrito un fanciullo minore di anni 10 è il portatore di un grave handicap fisico, solo e sprovvisto di mezzi per comunicare a distanza, il mancato avviso all'autorità non integrerà un'omissione penalmente rilevante).

Anche nei reati omissivi propri è presente l'offesa al bene tutelato, come elemento sottinteso del fatto (ad esempio

nell'omissione di soccorso di una persona ferita l'offesa consiste nel mantenimento di una preesistente situazione di pericolo per la vita o l'integrità fisica che si aveva l'obbligo di rimuovere compiendo le azioni doverose imposte dalla legge; il reato non si configura ad esempio quando Tizio non presta l'assistenza o non dà immediato avviso all'autorità ma vi provvede contestualmente un'altra persona presente nel luogo in cui si trova la persona in pericolo, in questo caso infatti l'omissione di Tizio risulta inoffensiva).

10. I reati omissivi impropri.

Nozione.

I **reati omissivi impropri** (o reati commissivi mediante omissione sono quei reati in cui la legge incrimina il mancato compimento di un'azione giuridicamente doverosa imposta per impedire il verificarsi di un evento: in questi casi l'evento è un elemento costitutivo del fatto. Il dovere giuridico di agire ha un'estensione più ampia di quella che caratterizza i reati omissivi propri perché include nel suo oggetto anche l'impedimento dell'evento (ad esempio nel caso di un bambino che corre il pericolo di affogare in una piscina sotto gli occhi del bagnino e di un amico dal bagnino, anche lui esperto nuotatore, se entrambi rimangono inerti e il bambino muore, il bagnino che ha il dovere giuridico di proteggere la vita dei bagnanti, realizzerà un fatto di omicidio, quindi un reato omissivo improprio, mentre l'amico risponderà di omissione di soccorso e quindi di un reato omissivo proprio). L'obbligo di impedire l'evento presuppone il relativo *potere materiale* (se ad esempio il padre non sa nuotare, non risponderà del mancato impedimento della morte del figlio per aver assistito impotente al suo annegamento senza buttarsi in acqua per salvarlo).

I reati omissivi impropri sono il risultato del **combinarsi di una disposizione di parte generale (cioè l'art.40, 2 comma c.p.) e di norme incriminatrici di parte speciale che vietano la causazione dell'evento**: infatti l'art.40, 2 al comma dice che "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo", se questa disposizione si combina ad esempio con l'art.575 c.p. che vieta di cagionare la morte di un uomo, ne risulta una norma incriminatrice che dice "chiunque non impedisce la morte di un uomo, avendo l'obbligo giuridico di impedirlo, è punito".

Il giudice deve attenersi a due **criteri vincolanti per stabilire se e quando l'omesso impedimento di un evento sia penalmente rilevante**:

-non basta la mera possibilità materiale di impedire l'evento, nè un obbligo di attivarsi che abbia la sua fonte in norme di natura etico-sociale, ma rileva solo il mancato compimento di un'azione impeditiva dell'evento imposta da una norma giuridica;

-è il contenuto delle singole norme giuridiche che decidere quali siano i presupposti in presenza dei quali sorge l'obbligo di impedire l'evento e quali siano gli eventi il cui verificarsi deve essere impedito.

Le fonti dell'obbligo di impedire l'evento.

L'art.40, 2 comma c.p. impone il rispetto del primo criterio quindi subordina la rilevanza penale dell'omesso impedimento di un evento alla presenza di un "**obbligo giuridico**" di impedirlo, si tratta di un obbligo che fa del suo destinatario il *garante* dell'integrità dei beni giuridici, impegnandolo a neutralizzare i pericoli causati da comportamenti di terzi o da forze della natura. Attraverso la formula "obbligo giuridico di impedire l'evento" l'art.40, 2 comma rinvia a norme giuridiche extra penali ovunque ubicate, cioè a norme contenute in leggi in senso formale o in senso materiale, in atti generali e astratti del potere esecutivo (cioè regolamenti, decreti ministeriali, ecc.), atti normativi emanati da organi degli enti locali (regioni, province, comuni) o fonti del diritto privato (come un contratto o un atto unilaterale con cui si assume l'obbligo di impedire una classe di eventi).

Obblighi di protezione e obblighi di controllo.

Dalle norme giuridiche che fondano l'obbligo di impedire un dato evento è possibile trarre il contenuto e i presupposti degli obblighi giuridici; si può distinguere tra gli obblighi di protezione e gli obblighi di controllo.

Si parla di **obblighi di protezione** quando l'obbligo giuridico riguarda la tutela di uno o più beni che fan capo a singoli soggetti (ad esempio un bambino, un anziano) o a una determinata classe di soggetti (ad esempio coloro che fan parte del bagno in uno stabilimento balneare) nei confronti di una gamma più o meno ampia di pericoli. Questi obblighi possono derivare da varie fonti, ad esempio nell'ambito dei rapporti di famiglia è la legge, l'art.147 c.c., che impegna i genitori a garantire la vita e l'integrità fisica dei figli minori (ad esempio il padre o la madre che non alimentano il figlio neonato risponderanno di omicidio doloso o colposo, a seconda dei casi, quando la mancata alimentazione ha provocato un processo di denutrizione che ha portato il neonato alla morte); gli obblighi di protezione possono derivare anche dal contratto (ad esempio il dovere di proteggere la vita dei

bagnanti che viene assunto dal bagnino attraverso un contratto stipulato con il concessionario di uno stabilimento balneare o con il proprietario di una piscina: se il bagnino, conversando con un ospite dello stabilimento, non si accorge che un bagnante sta per affogare e quindi non interviene per metterlo in salvo, integrerà un fatto di omicidio colposo mediante omissione), l'obbligo di protezione che deriva dal contratto può riguardare anche persone diverse dai contraenti (ad esempio il titolare della piscina o dello stabilimento balneare e i parenti del malato); l'obbligo di impedire l'evento che deriv dal contratto sorge dal momento in cui l'obligato assume effettivamente e materialmente l'incarico, cioè è necessario che l'obligato venga a contatto con la specifica situazione pericolosa che deve neutralizzare (ad esempio il bagnino ha l'obbligo di protezione solo dopo che si è recato sul posto di lavoro e ha assunto le funzioni previste dal contratto).

Gli **obblighi di controllo** sono quelli che hanno per oggetto la neutralizzazione dei pericoli derivanti da una determinata fonte, in funzione di tutela di chiunque possa essere messo a repentaglio da quella fonte di pericolo; può trattarsi sia di pericoli creati da forze della natura (ad esempio l'obbligo di neutralizzare i pericoli per l'incolumità pubblica che derivano dalle inondazioni e che incombe sugli organi in cui si articola il servizio della protezione civile; quindi se ad esempio il prefetto non adotta le misure necessarie per mettere in salvo le persone minacciate dall'inondazione, come l'evacuazione delle zone esposte al pericolo o il divieto di mettersi in viaggio verso quelle zone, risponderà del delitto di inondazione colposa e di omicidio colposo plurimo, per non aver compiuto i comportamenti doverosi che avrebbero evitato il pericolo per la pubblica incolumità) e sia di pericoli connessi allo svolgimento di attività umane (ad esempio i pericoli per l'incolumità pubblica che sono connessi al trasporto su strade ferrate e che incombe sul ministro dei trasporti, sul direttore generale delle ferrovie dello Stato, su dirigenti dei vari servizi in cui si articola l'organizzazione delle ferrovie, sul personale esecutivo e, infine, sull'addetto ai passaggi a livello. Gli organi di vertice hanno l'obbligo di emanare le norme sull'organizzazione del servizio, come quelle sulla segnalazione lungo le linee e nelle stazioni della velocità massima dei treni, mentre al personale si richiede di azionare i dispositivi necessari per impedire eventuali collisioni, come i segnali luminosi o acustici lungo le linee o le barriere ai passaggi a livello; di conseguenza se un treno deraglia mentre procede a velocità eccessiva, mettendo in pericolo la vita dei passeggeri, del personale e degli automobilisti che percorrevano una strada che fiancheggia la ferrovia, perché non erano state emanate norme per imporre una velocità più contenuta in quel tratto e non erano stati predisposti meccanismi automatici di rallentamento di treni, oppure risulta che il personale non ha azionato i segnali di rallentamento, risponderanno del disastro ferroviario colposo nel primo caso gli organi di vertice delle ferrovie e nel secondo caso il personale).

L'individuazione dei garanti nelle società commerciali.

L'individuazione dei garanti delle **imprese strutturate in forma societaria** è problematica; è possibile distinguere due doveri di garanzia:

-i doveri relativi all'amministrazione dell'impresa finalizzati alla protezione del patrimonio sociale, cioè gli obblighi di protezione, da cui deriva l'obbligo di impedire la commissione di reati fallimentari da parte dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, dell'istitutore. Titolari di questi obblighi sono i membri del consiglio di amministrazione della società, i membri del comitato esecutivo o l'amministratore o gli amministratori delegati, ai quali il consiglio di amministrazione può delegare parte delle proprie attribuzioni: l'eventuale responsabilità di questi soggetti sarà una responsabilità per dolo, cioè permane il dovere di impedire i reati fallimentari o societari quando i membri del consiglio di amministrazione siano venuti a conoscenza del pericolo della loro realizzazione;

-i doveri relativi alla gestione tecnica, operativa e commerciale dell'impresa sociale finalizzati al controllo delle fonti di pericolo immanenti all'esercizio dell'attività di impresa, cioè gli obblighi di controllo, che incombono sulle persone fisiche che occupano il vertice dell'organizzazione, cioè il titolare dell'impresa individuale e i consiglieri d'amministrazione delle società di capitali, a cui la legge affida il compito di organizzare la struttura e l'attività dell'impresa per salvaguardare gli interessi dei singoli e della collettività che possono essere messi in pericolo dall'attività di impresa; destinatari degli obblighi di garanzia sono anche altri soggetti che operano all'interno dell'impresa, si tratta di stabilire:

1) se una delega di funzioni possa comportare un totale trasferimento degli obblighi di garanzia dai vertici dell'impresa ai soggetti indagati; 2) quali siano la fonte e le condizioni di validità degli obblighi di garanzia in capo ai soggetti delegati.

In primo luogo possono essere trasferiti per delega obblighi di controllo su una più o meno ampia gamma di fonti di pericolo, però rimane in capo ai vertici dell'impresa un dovere di vigilanza sul rispetto da parte dei delegati dei compiti ad essi attribuiti, perciò bisogna creare adeguati sistemi di informazione e di monitoraggio sull'attività

dell'impresa; in concorso con gli autori, gli amministratori potranno rispondere per omesso impedimento dei diversi reati, dolosi o colposi, commessi da terzi nell'ambito o nell'esercizio dell'attività di impresa (ad esempio omicidi colposi, lesioni colpose, reati ambientali, ecc.). In secondo luogo, la fonte di un obbligo di garanzia in capo al soggetto delegato è un atto dell'autonomia privata che delinea l'organizzazione interna dell'impresa.

Per la validità della delega è necessario che la delega sia precisa, che il delegato abbia accettato l'incarico, che gli siano stati trasferiti poteri relativi all'assolvimento dei compiti delegati, compresi i mezzi economici che sono necessari, che il delegante non si ingerisca nello svolgimento dei compiti che vengono attribuite al delegato; se queste condizioni sono rispettate sorge in capo al delegato una posizione di garanzia concorrente con quella dei vertici dell'impresa i quali, risponderanno per non aver adempiuto agli obblighi di organizzazione e di sorveglianza necessari a impedire eventi penalmente rilevanti, invece i soggetti delegati risponderanno per l'omesso impedimento degli eventi che derivano dal mancato adempimento dei compiti a loro attribuiti.

Il nesso fra omissione ed evento.

Dato che l'evento nei reati omissivi impropri è un elemento costitutivo del fatto, il **nesso tra omissione ed evento** consiste nel suo mancato impedimento. Mentre nei reati commissivi il rapporto di causalità è una **relazione reale** tra gli accadimenti, cioè si configura quando l'azione è un'antecedente storico che non può essere eliminato mentalmente senza che l'evento venga meno, nei reati omissivi il rapporto di causalità fra omissione ed evento è "**ipotetico**", cioè si configura quando l'azione doverosa che è stata omessa, se fosse stata compiuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento, cioè aggiungendola mentalmente l'evento non si sarebbe verificato. È necessaria una duplice indagine per accertare il rapporto di causalità tra omissione ed evento: in primo luogo è necessario accertare l'effettivo rapporto di causalità tra un dato antecedente (un'azione umana o un fatto naturale) e un dato evento concreto (ad esempio la morte di un bambino per soffocamento che è stata causata dall'ingestione di un piccolo giocattolo); in secondo luogo bisogna chiedersi se aggiungendo mentalmente l'azione doverosa che è stata omessa sarebbero seguite delle modificazioni della realtà che avrebbero bloccato il processo causale sfociato nell'evento (cioè si tratta di accertare se ad esempio il tempestivo intervento del medico, chiamato dalla madre, avrebbe salvato la vita del bambino o se invece egli sarebbe morto comunque perché la morte è intervenuta pochi minuti dopo che la madre si è accorta dell'ingestione del giocattolo).

Quando l'evento è il risultato di un **processo causale inonescato da fattori meccanici naturali** (ad esempio l'ingestione del giocattolo da parte del bambino) per stabilire se l'azione doverosa che è stata omessa avrebbe o meno impedito l'evento, si dovrà ricorrere a **leggi scientifiche** da cui risulti che una data azione (ad esempio chiamare il medico), nel contesto delle circostanze del caso concreto, avrebbe certamente (si tratta in questo caso di una legge universale) o con un alto grado di probabilità ai limiti della certezza (si tratta in questo caso di una legge statistica) interrotto il processo causale e quindi impedito il verificarsi dell'evento.

Se invece l'impedimento dell'evento dipende dalla condotta di terze persone l'accertamento del nesso tra omissione e evento non potrà basarsi su inesistenti leggi scientifiche, ma sarà necessario accertare la probabilità che si verifichino quella serie di condotte, l'una dopo l'altra, dal cui susseguirsi dipende che non si verifichi l'evento da impedire (ad esempio il salvataggio del bambino dipende da un susseguirsi di determinati comportamenti umani: l'arrivo dell'ambulanza in breve tempo, la presenza e l'intervento al pronto soccorso di un abile medico).

C) ULTERIORI CLASSIFICAZIONI DEI REATI SECONDO LA STRUTTURA DEL FATTO

11. Classi di reati già esaminate e classi ancora da esaminare.

Secondo la struttura del fatto i reati possono raggrupparsi in varie categorie, oltre alla distinzione tra reati commissivi e reati omissivi, tra reati a forma libera e reati a forma vincolata, tra reati di danno ai reati di pericolo, tra reati comuni e reati propri, c'è la distinzione tra: reati di mera condotta e reati di evento, reati istantanei e reati permanenti, reati abituali, reati necessariamente plurisoggettivi.

12. Reati di mera condotta e reati di evento.

I **reati di mera condotta** sono dei reati in cui il fatto si esaurisce nel compimento di una o più azioni (si tratta dei *reati di mera azione*) o nel mancato compimento di un'azione doverosa (si tratta dei *reati di mera omissione* o *reati omissivi propri*), in questi casi è irrilevante che all'azione o all'omissione descritta dalla norma incriminatrice consegua il verificarsi di uno o più eventi, cioè le eventuali conseguenze dell'azione o

dell'omissione non sono elementi costitutivi del fatto (ad esempio nel delitto di omissione di soccorso di un minore di anni 10 che è un reato di mera omissione, il fatto consiste nell'omesso avviso all'autorità da parte di chi ha trovato un fanciullo minore di anni 10 abbandonato o smarrito, senza che sia necessario il verificarsi di una lesione personale o della morte del fanciullo).

I **reati di evento** sono invece quei reati in cui il fatto consta non solo di un'azione o di un'omissione, ma anche di uno o più eventi, conseguenza dell'azione (si tratta dei *reati commissivi di evento*) o dell'omissione (si tratta dei *reati omissivi impropri o commissivi mediante omissione*), ad esempio la morte dell'uomo causata o non impedita da chi aveva l'obbligo giuridico di impedirla, è un elemento costitutivo dei delitti di omicidio.

Ai fini dell'applicabilità della legge penale italiana, nei reati di mera azione o di mera omissione la legge italiana è applicabile se la condotta è stata realizzata almeno in parte nel territorio dello Stato, mentre nei reati di evento la legge italiana è applicabile anche se la condotta è stata realizzata in territorio straniero ma l'evento si è realizzato nel territorio dello Stato.

13. Reati istantanei e reati permanenti.

Un reato si dice **consumato** quando nel caso concreto si sono verificati tutti gli estremi del fatto descritto nella norma incriminatrice; finché il reato non è giunto a consumazione, potranno eventualmente ricorrere gli estremi di un tentativo.

I **reati istantanei** sono i reati nei quali, una volta che si è verificata la consumazione del reato, è irrilevante che la situazione antigiuridica creata dall'agente si protrarrà nel tempo (ad esempio il fatto costitutivo del delitto di furto si esaurisce nel momento in cui ci si impossessa della cosa mobile altrui, sottratta al detentore, ed è irrilevante che l'agente conservi e custodisca la cosa per un tempo più o meno lungo, o magari la restituisca al detentore).

I **reati permanenti** sono i reati nei quali il protrarsi nel tempo della situazione antigiuridica creata dalla condotta è rilevante, nel senso che il reato è perfetto nel momento in cui si realizza la condotta ed eventualmente si verifica l'evento, ma il reato non si esaurisce finché perdura la situazione antigiuridica. Quindi mentre nei reati istantanei tutto ciò che segue al momento consumativo del reato è irrilevante per la sua esistenza, nei reati permanenti la consumazione può perdurare nel tempo e gli atti compiuti dal soggetto per conservare la situazione antigiuridica appartengono ancora alla fase continuativa del reato (un esempio di reato permanente è il sequestro di persona, previsto dall'art.605 c.p., in cui il reato è consumato e quindi già punibile, quando una persona viene privata della libertà di movimento anche per un breve periodo di tempo, ma la fase consumativa del reato perdura per tutto il tempo in cui l'agente volontariamente mantiene la vittima in uno stato di privazione di libertà).

Per quanto riguarda il reato permanente la legge del tempo del commesso reato è sia quella vigente all'inizio e sia quella entrata in vigore nel corso della fase consumativa (se ad esempio durante un sequestro di persona il legislatore inasprisce il trattamento sanzionatorio di questo reato, all'agente sarà applicabile la nuova legge più severa); ai fini dell'applicabilità della legge penale italiana, il reato permanente si considera commesso nel territorio dello Stato anche quando la fase consumativa è iniziata all'estero ed è proseguita nel territorio dello Stato (ad esempio una persona viene sequestrata in Francia e poi dopo viene trasferita e mantenuta in prigione in Italia).

14. Reati abituali.

Il **reato abituale** è un reato il cui fatto esige la ripetizione, anche ad apprezzabile distanza di tempo, di una serie di azioni od omissioni, con la conseguenza che un singolo atto del tipo descritto nella norma incriminatrice non integra la figura legale del reato in questione (ad esempio il delitto di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli previsto dall'art.572 c.p., si perfeziona solo con il compimento di una pluralità di atti che devono avere carattere usuale e ripetitivo, perché solo così prende forma l'offesa al bene della dignità della vittima). La legge del tempo del commesso reato è la legge in vigore nel momento in cui è stato commesso anche l'ultimo degli atti che integrano il fatto costitutivo del reato abituale (ad esempio se i maltrattamenti sono proseguiti dopo l'entrata in vigore della legge più severa, l'autore verrà punito in base alla nuova legge). Ai fini dell'applicabilità della legge penale italiana, il reato abituale si considera commesso nel territorio dello Stato anche quando uno solo degli atti la cui reiterazione integra il reato è stato compiuto nel territorio dello Stato (ad esempio una percossa commessa in Italia è sufficiente per consentire l'applicazione della legge italiana a un delitto di maltrattamenti che, per il resto, viene eseguito all'estero).

15. Reati necessariamente plurisoggettivi.

I **reati necessariamente plurisoggettivi** sono quei reati in cui il fatto richiede come elemento costitutivo il compimento di una pluralità di condotte da parte di una pluralità di persone. Questa norma incriminatrice assoggetta a pena tutti i soggetti che intervengono nel reato, si parla in questo caso di **reati necessariamente plurisoggettivi in senso stretto**, o di reati necessariamente plurisoggettivi propri (ad esempio la bigamia); se invece la norma richiede una pluralità di condotte da parte di una pluralità di persone ma, per le ragioni più disparate, assoggetta a pena soltanto alcune delle condotte che costituiscono il fatto di reato, si parla di **reati necessariamente plurisoggettivi in senso ampio**, o di reati necessariamente plurisoggettivi propri (ad esempio la ragione della non punibilità di qualcuno dei concorrenti necessari risiede nel fatto che egli è il soggetto passivo del reato, come nell'estorsione in cui si richiede che un soggetto usi violenza o minaccia e che un'altra persona faccia o ometta qualcosa procurando così un ingiusto profitto all'autore della violenza o della minaccia o a un terzo, cagionando un danno a se stesso o ad altri; l'art.129 c.p. assoggetta a pena solo l'autore della violenza o della minaccia, mentre lascia impunita la vittima. L'impunità può derivare anche dalla scarsa rilevanza di una delle condotte richieste dalla norma incriminatrice, come nel boicottaggio, previsto dall'art.507 c.p., in cui è punito chi induce una o più persone mediante propaganda a non acquistare i prodotti di una determinata azienda per costringere la pubblica autorità ad adottare un determinato provvedimento, quindi la legge punisce chi opera la pressione sul potenziale acquirente mentre lascia impunito il mancato acquisto dei prodotti oggetto di boicottaggio. L'impunità può derivare anche da scelte politico- criminali del legislatore, come nel delitto di bancarotta preferenziale in cui la legge punisce l'imprenditore che, prima o durante la procedura fallimentare, per favorire uno dei creditori, esegue pagamenti a suo favore, mentre lascia impunito chi riceve il pagamento).

CAPITOLO 7: 'L'ANTIGIURIDICITA' E LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE''

1. La nozione di anti giuridicità e disciplina comune delle cause di giustificazione

La nozione di anti giuridicità

In diritto penale con il termine anti giuridicità si esprime il rapporto di contraddizione tra il fatto penalmente rilevante e l'intero ordinamento giuridico. Questo rapporto di contraddizione non si configura quando anche una sola norma, ubicata in qualsiasi luogo dell'ordinamento, facoltizza o rende doverosa la realizzazione del fatto penalmente rilevante. Si dà infatti il nome di cause di giustificazione all'insieme delle facoltà e dei doveri derivanti da norme che autorizzano o impongono la realizzazione di un fatto.

Se il fatto è commesso in assenza di ogni causa di giustificazione, il fatto è anti giuridico, e costituirà reato se concorreranno gli altri estremi del reato (la colpevolezza e la punibilità). Se invece è commesso in presenza di una causa di giustificazione, il fatto è lecito, e quindi non costituisce reato, difettando l'estremo dell'anti giuridicità.

Per la sussistenza del reato non basta un fatto tipico, cioè un fatto concreto conforme a quello descritto nella norma incriminatrice: inoltre è necessario che il fatto si ponga in contraddizione con l'intero ordinamento, ossia il requisito dell'anti giuridicità.

Le cause di giustificazione

Un fatto tipico può essere anti giuridico o lecito: è anti giuridico, se è in contraddizione con l'intero ordinamento; è lecito se anche solo una norma dell'ordinamento lo facoltizza o lo impone. Può infatti accadere che in qualunque luogo dell'ordinamento x soddisfare le più diverse finalità, esista anche una sola norma che preveda un fatto penalmente rilevante, e quindi una specifica forma di offesa a un bene giuridico, come contenuto di un dovere o di una facoltà: una norma cioè che x salvaguardare un bene che l'ordinamento ritiene preminente, facoltizza o addirittura rende doverosa la realizzazione del fatto. Orbene se nel caso concreto sono presenti tutti gli estremi di due norme antinomiche, la norma che incrimina il fatto e l'antitetica norma che ne facoltizza o ne impone la realizzazione, si profila un conflitto di norme, che però è solo apparente.

L'unità dell'ordinamento giuridico impone infatti di risolvere quel conflitto: a garanzia dei cittadini è infatti inammissibile, in uno stato di diritto, che uno stesso fatto venga considerato, da parti diverse dell'ordinamento, come lecito e illecito. E in effetti l'ordinamento italiano risolve in conflitto assegnando la prevalenza alla norma che facoltizza o impone la realizzazione del fatto: il fatto è lecito e come tale non punibile x difetto dell'anti giuridicità.

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

Se è commesso in assenza di ogni causa di giustificazione, il fatto è antigiuridico, e costituirà reato se concorreranno gli altri estremi del reato.

Se invece è commesso in presenza di una causa di giustificazione, il fatto è lecito e quindi non punibile, né assoggettabile a misure cautelari processuali, perché non costituisce reato, difettando l'estremo dell'antigiuridicità del fatto.

L'efficacia universale delle cause di giustificazione

L'unità dell'ordinamento giuridico comporta non solo che le cause di giustificazione possono essere previste in qualsiasi luogo dell'ordinamento, ma anche che la loro efficacia sia universale: il fatto, cioè, sarà lecito in qualsiasi settore dell'ordinamento, e quindi non potrà essere assoggettato a nessun tipo di sanzione.

Fonti e applicabilità per analogia delle cause di giustificazione

essendo situate in qualsiasi luogo dell'ordinamento giuridico, e avendo efficacia in ogni luogo dell'ordinamento, non sono norme penali.

Non sono perciò soggette alla riserva di legge prevista dall'art. 25 cost., né al divieto di analogia sancito dall'art. 14 delle preleggi.

Non si tratta nemmeno di norme eccezionali. Tali norme non fanno eccezione a regole generali, ma sono anzi espressione di principi generali dell'ordinamento, e quindi non eccettuano le norme penali che incriminano questo o quel fatto, bensì entrano con esse in conflitto apparente, prevalendo nel conflitto in tutto l'ordinamento.

La disciplina delle cause di giustificazione agli effetti del diritto penale

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

La rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione trova esplicito e vincolante riconoscimento del codice penale. Dispone l'art. 59 c.p. che le circostanze che escludono la pena (dunque anche le cause di giustificazione) sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o x errore ritenute inesistenti.

Di regola chi concorre alla realizzazione di un fatto tipico commesso in presenza di una causa di giustificazione non è punibile perché concorre in un fatto lecito: concorrendo al fatto tipico, concorre all'offesa del bene protetto; trattandosi però di un fatto giustificato, il partecipe concorre anche al salvataggio di un bene più rilevante, ed è quindi logico che anche la sua condotta sia considerata lecita. In base a tali considerazioni l'art. 119 c.p. dispone che le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto x tutti coloro che sono concorsi nel reato ed è pacifico che tra le cause oggettive di esclusione della pena rientrino le cause di giustificazione.

Fanno eccezione a questa regola le cause di giustificazione c.d. personali, cioè quelle che si riferiscono soltanto a cerchie limitate di soggetti.

Contro il pericolo attuale di un'offesa giusta perché realizzata in presenza di una causa di giustificazione non si profilerà mai una legittima difesa: l'art. 52 c.p. richiede infatti che il pericolo dal quale ci si può difendere abbia x oggetto un'offesa ingiusta. (es colui che sta x essere privato della libertà personale).

Cause di giustificazione e clausole di illiceità espressa

Talvolta singole norme incriminatrici contengono clausole di illiceità espressa: contengono cioè termini come ingiusto, indebitamente, arbitrariamente che non contribuiscono a descrivere il fatto penalmente rilevante, ma danno esplicito rilievo alle cause di giustificazione previste dall'ordinamento, la cui presenza nel caso concreto rende lecita la commissione del fatto penalmente rilevante.

In entrambi i casi il termine ingiusto evoca espressamente l'eventualità che un fatto di appropriazione indebita o di rapina sia invece finalizzato a conseguire un vantaggio giusto, perché ad esempio quel fatto sia commesso per legittima difesa.

La conclusione sarebbe identica se nelle norme incriminatrici dall'appropriazione indebita e della rapina il

legislatore avesse ommesso il riferimento all'ingiustizia del profitto, richiedendo invece che il soggetto agisca per procurare a sé o ad altri un profitto.

L'erronea supposizione della presenza di cause di giustificazione

Se il fatto viene commesso in assenza di una causa di giustificazione, è definitivamente anti giuridico. Tuttavia, l'agente può credere erroneamente di agire in presenza di una situazione di fatto che, se esistesse nella realtà darebbe vita ad una causa di giustificazione riconosciuta dall'ordinamento: tale ipotesi è disciplinata dall'art 59 c.p., in base al quale se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, dunque cause di giustificazione, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

L'eccesso nelle cause di giustificazione

Se il fatto è commesso in presenza di una situazione che integra la previsione di una norma scriminanti, ma la condotta dell'agente eccede i limiti segnati da tale norma, si parla di eccesso nelle cause di giustificazione. Tizio aggredito da Caio alza una mano per schiaffeggiarlo, Tizio per respingere l'offesa non si limita a neutralizzare l'aggressore colpendolo anticipatamente con un pugno ma lo ferisce con un fermacarte al capo e lo uccide. Il fatto è anti giuridico perché travalica i limiti della legittima difesa, ma per poter porre quel fatto a carico dell'agente bisognerà accertare se l'eccesso sia rimproverabile all'agente per colpa o per dolo; se invece l'eccesso è incolpevole, sarà esclusa qualsiasi forma di responsabilità penale.

Il codice penale disciplina espressamente l'eccesso colposo a norma dell'art. 55 c.p. quando nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli artt 51,52,53,54 si eccedono colposamente i limiti stabili dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

La colpa dell'agente può inanzitutto riguardare un'erronea valutazione della situazione scriminanti. (es l'agente ha creduto di vedere nelle mani dell'aggressore un coltello che non c'era, incorrendo in un errore in cui non sarebbe corsa nessuna persona ragionevole l'errore ha carattere colposo).

La colpa può inoltre radicarsi nella fase esecutiva della condotta, in particolare in un cattivo controllo dei mezzi esecutivi, che comporta un risultato più grave di quello voluto dall'agente. (l'agente estrae un arma con lo scopo di intimorire l'aggressore che stava per percuoterlo ma maldestramente fa partire un colpo che uccide l'aggressore, risponderà di omicidio colposo).

Esula dalla sfera dell'art. 55 c.p. un errore che abbia per oggetto non la situazione ma la norma scriminanti, lasciando sussistere di regola la responsabilità per dolo (es se l'agente cagiona la morte dell'aggressore ben rendendosi conto che è in pericolo solo la sua integrità fisica, ma ritenendo per errore che la legittima difesa non contempli il limite della proporzione, risponderà di omicidio doloso).

Si tratta di eccesso doloso quando l'agente si sia rappresentato esattamente la situazione scriminanti, abbia pienamente controllato i mezzi esecutivi e abbia consapevolmente e volontariamente realizzato un fatto anti giuridico che eccede i limiti della causa di giustificazione.

Nessuna responsabilità penale sorge invece nel caso di eccesso incolpevole: quando cioè l'errore in cui è incorso l'agente, non sia dovuto a colpa, perché non sarebbe stato evitato da parte di un uomo ragionevole che si fosse trovato ad agire nelle stesse circostanze di tempo e luogo.

3. Il consenso dell'avente diritto. (art. 50 c.p.)

Fondamento della causa di giustificazione

Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre. E' una causa di giustificazione a portata limitata: possono essere giustificati solo i fatti penalmente rilevanti che ledono o pongono in pericolo diritti individuali che le norme penali proteggono nell'esclusivo interesse del titolare. Talora un diritto individuale è tutelato penalmente, oltre che nell'interesse del singolo, anche nell'interesse della collettività e dello stato. Altre volte invece lo stato si preoccupa solo di garantire il pacifico godimento di un diritto da parte del titolare: i diritti individuali tutelati nell'esclusivo interesse del titolare rappresentano il campo di applicazione della scriminante del consenso dell'avente diritto e si caratterizzano come disponibili da parte del titolare, il quale può cedere a terzi la facoltà legittima di lederli o porli in pericolo. Il fatto penalmente rilevante che lede o pone in pericolo un diritto disponibile con il consenso dell'avente diritto è dunque lecito.

I diritti disponibili

I diritti disponibili rientrano nella sfera dei diritti individuali. Tra i diritti individuali è del pari indisponibile il diritto alla vita (omicidio del consenziente).

Sono invece disponibili in via di principio i diritti patrimoniali, a meno che l'oggetto del patrimonio non soddisfi anche un interesse pubblico.

Disponibili sono inoltre anche i vari diritti personalissimi. La disponibilità della libertà personale incontra peraltro un limite di misura: il consenso è inoperante in relazione al delitto di riduzione in schiavitù.

L'integrità fisica è illimitatamente disponibile quando l'atto di disposizione del corpo sia funzionale alla salvaguardia della salute (asportazione di un organo malato). L'integrità fisica è invece disponibile solo entro i limiti fissati dall'art 5 c.c. se l'atto di disposizione va a svantaggio della salute del disponente (consenso prestato per il trapianto da vivo a vivo).

Si tratta di un duplice ordine di limiti:

→ gli atti di disposizione sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica

→ qualitativi: gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

Quanto al limite della diminuzione permanente dell'integrità fisica, non sarà superato quando il consenso riguardi l'asportazione di parti del corpo autoriproducibili, sarà invece superato ,quando riguardi un organo non autoriproducibile ,anche se doppio, posto che la mancanza di uno dei due organi comporta un permanente complessivo indebolimento della funzione espletata dall'organo donato. Al divieto degli atti di disposizione del corpo che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica ha derogato la legge 458/1967 che in presenza di una serie di condizioni, ha reso lecita la donazione di un rene, e la legge 483/1999 ha disposto in tal senso a proposito di parti del fegato.

Quanto ai limiti qualitativi è irrilevante il consenso al prelievo di sangue in cambio di denaro.

I requisiti del consenso

Legittimato a prestare il consenso è il titolare del diritto, ovvero il suo rappresentante legale o volontari. Quanto alla capacità a consentire, decisiva è la capacità naturale di chi presta il consenso, cioè la maturità e la lucidità necessaria ad intendere l'importanza del bene in gioco e a valutare l'opportunità del sacrificio. Il consenso può essere manifestato in qualsiasi forma, espressa o tacita: può essere sottoposto a condizioni o a termini; deve essere immune da vizi tra l'altro, il consenso è viziato quando abbia per oggetto un trattamento medico-chirurgico non preceduto da una adeguata informazione del paziente sui rischi tipici di quel trattamento; infine, il consenso deve sussistere al momento del fatto ed è sempre revocabile, come nei casi in cui la persona abbia prestato il consenso ad una limitazione della libertà personale ,a nulla rilevando che il soggetto si sia preventivamente obbligato a non revocare il consenso. Di scussa è la figura del consenso presunto, che si ha quando non sia stato prestato alcun consenso, ma l'agente operi nella convinzione che l'avente diritto avrebbe espresso il proprio consenso se ne avesse avuto la possibilità. La giurisprudenza lo considera irrilevante, la dottrina invece lo considera sulla base dell'analogia con la negotiorum gestio.

4. L'esercizio di un diritto

Fondamento della causa di giustificazione

L'art. 51 stabilisce che l'esercizio di un diritto esclude la punibilità. Accanto alle facoltà legittime espressamente contemplate dal codice penale, l'ordinamento giuridico prevede altre norme attributive della facoltà legittima di commettere (anche) fatti penalmente rilevanti, rendendone così lecita la realizzazione. La funzione dell'art 51 c.p. è quella, di richiamare l'attenzione dell'interprete sull'esistenza di questo indefinito numero di facoltà legittime, il cui esercizio esclude la punibilità: e la punibilità è esclusa in quanto l'esigenza di coerenza e unità dell'ordinamento impongono di considerare lecito un comportamento che, pur essendo riconducibile al tipo di reato, è al tempo stesso espressamente facoltizzato da una diversa norma dell'ordinamento.

Il concetto di diritto

L'espressione di diritto nell'art 51 c.p. viene intesa come comprensiva non solo dei diritti soggettivi in senso stretto, ma anche di qualunque facoltà legittima di agire riconosciuta dall'ordinamento: libertà costituzionali, diritti potestativi riconosciuti dal diritto civile, poteri degli organi pubblici, mere facoltà concesse al privato.

Le fonti del diritto scriminante

Facoltà di agire rilevanti ex art. 51 c.p. possono scaturire da:

- Norme costituzionali
- Norme di legge ordinaria
- Norme di fonte comunitaria
- Leggi regionali
- Consuetudine

I limiti del diritto scriminante

Per stabilire se un fatto penalmente rilevante è lecito perchè commesso nell'esercizio di un diritto, è necessario accertare previamente il contenuto della norma attributiva del diritto, in particolare è necessario accertare se tra le facoltà rientri proprio quella specifica azione o omissione realizzata dall'agente. (Ad es. tra le facoltà comprese nella libertà di manifestazione del pensiero rientra il diritto di cronaca giudiziaria in capo al giornalista).

La rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione stabilita dall'art. 59 c.p. comporta che il fatto resta lecito, in quanto realizzato nell'esercizio di un diritto, qualunque sia il fine che ha in concreto animato il soggetto nell'esercizio del suo diritto. La rilevanza del fine è circoscritta ai soli casi in cui già la norma che attribuisce il diritto ne escluda la sussistenza quando l'agente persegua una data finalità.

Due ipotesi di diritti scriminanti:

1. Libertà di manifestazione del pensiero

Questo diritto di libertà abbraccia sia la manifestazione di opinioni e convincimenti, sia l'esposizione di vicende e fatti.

Quanto alla prima sfera il diritto derivante dall'art. 21 cost. copre anche manifestazioni di opinioni non argomentate né motivate e magari formalmente scorrette: la libertà di manifestazione del pensiero non è infatti un privilegio riservato agli uomini di cultura o alle persone di buone maniere, bensì un diritto attribuito a tutti.

Quanto alla narrazione dei fatti la giurisprudenza ritiene che gli eventuali contenuti offensivi della reputazione siano giustificati solo in quanto rispondano a verità. Sembra più persuasiva la tesi secondo cui l'unico limite è rappresentato dalla verosimiglianza dei fatti narrati, che il giornalista deve accertare attraverso un controllo delle sue fonti di informazione.

Un ulteriore limite al diritto di cronaca è rappresentato dall'esistenza di un interesse pubblico alla conoscenza dei fatti riferiti dal giornalista: nel senso che deve trattarsi di fatti la cui conoscenza possa orientare le scelte dei lettori nel campo della politica, della scienza, della cultura ecc..

2. Il diritto di sciopero

Il riconoscimento nella costituzione del diritto di sciopero ha comportato la progressiva eliminazione delle molte norme penali previste nel codice Rocco che configuravano quel delitto; dopo gli interventi della corte costituzionale, realizzati rispettivamente nel 1974 e nel 1983, conservano rilevanza penale solo lo sciopero per fini non contrattuali, e la coazione alla pubblica autorità mediante sciopero, limitatamente alle ipotesi in cui siano diretti a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare.

D'altra parte, il legislatore del '90 ha depenalizzato le norme che punivano lo sciopero nei servizi pubblici essenziali sostituendo alle sanzioni penali un articolato sistema di sanzioni amministrative. Resta tuttora in vigore l'art 340 c.p. che reprime l'interruzione di un servizio di pubblica necessità: ed è in relazione a questa norma che oggi può profilarsi l'ipotesi di una rilevanza scriminante dell'esercizio del diritto di sciopero.

Infine, va sottolineato che il diritto di sciopero consiste nel diritto di astenersi collettivamente dal lavoro, esercitando eventualmente un'azione persuasiva diretta a ottenere adesioni anche da parte di altri lavoratori. Non rientrano invece nel diritto di sciopero, e quindi integrano il delitto di violenza privata, le azioni di picchettaggio violenti, cioè l'uso di violenza o minaccia per costringere i lavoratori ad aderire allo sciopero.

5. L'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica.

Fondamento della causa di giustificazione e individuazione del dovere scriminante.

L'art 51 c.p. stabilisce che l'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica, elude la punibilità.

Anche questa causa di giustificazione è espressione del postulato dalla coerenza e unità dell'ordinamento giuridico: uno stesso ordinamento non può vietare sotto minaccia di pena la realizzazione di un fatto e, al tempo

stesso, impone la realizzazione. In una situazione di questo tipo si profila un conflitto di doveri. Tale conflitto va risolto individuando quale sia il dovere prevalente e l'adempimento di tale dovere renderà lecita la violazione del dovere soccombente.

Spesso il dovere prevalente verrà individuato attraverso il criterio della specialità: così l'art 380 c.p.p. è norma speciale rispetto all'art 605 c.p. ricomprendendo tutti gli elementi costitutivi del sequestro di persona (privazione della libertà personale) e in più gli elementi specializzanti della qualità del soggetto attivo (ufficiale o agente della polizia giudiziaria) e della situazione di flagranza o quasi flagranza di reato.

Quando non sussista un rapporto di specialità tra le norme in conflitto, la prevalenza spetterà al dovere il cui adempimento soddisfa un interesse di rango superiore.

Fonti del dovere scriminante.

Le norme giuridiche che impongono un dovere scriminante possono promanare non solo dalla legge o dagli atti dotati di forza di legge ma anche da fonti sublegislative.

Quanto alle norme di ordinamenti stranieri, che impongano il dovere di commettere fatti penalmente rilevanti in base alla legge italiana, sono irrilevanti se si tratta di reati commessi nel territorio italiano, posto che l'art 6 c.p. sancisce l'incondizionata applicabilità della legge penale italiana; ove si tratta invece di fatti commessi all'estero, il principio di doppia incriminazione comporta l'efficacia scriminante dell'adempimento del dovere imposto dalla norma del paese straniero: a meno che non si tratti di uno dei delitti previsti dall'art 7 c.p. o di un delitto politico ai sensi dell'art 8 c.p. nel qual caso l'applicabilità della legge penale italiana non è subordinata al principio della doppia incriminazione.

6. L'adempimento di un dovere imposto da un ordine della pubblica autorità.

Il dovere scriminante imposto da un ordine legittimo.

Secondo il disposto dell'art 51 c.p. un dovere il cui adempimento rende lecita la realizzazione di fatti penalmente rilevanti può derivare oltre che da una norma giuridica, anche da un ordine legittimo della pubblica autorità.

La ratio di questa scriminante è evidente: l'emanazione dell'ordine ha reso concreta la volontà di una norma giuridica; l'esecuzione dell'ordine legittimo non è dunque che l'esecuzione, sia pure mediata o indiretta di quella norma.

L'ordine, in ogni caso promanato da una pubblica autorità, deve essere legittimo sia formalmente sia sostanzialmente.

È formalmente legittimo quando concorrono tre requisiti:

→La competenza dell'organo che lo ha emanato

→La competenza del destinatario ad eseguire l'ordine

→Il rispetto delle forme eventualmente prescritte e la validità dell'ordine

L'ordine è sostanzialmente legittimo quando esistono i presupposti fissati dall'ordinamento per la sua emanazione.

La responsabilità di chi emana e di chi esegue un ordine illegittimo.

L'art 51 c.p. stabilisce che se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine.

Quanto alla responsabilità di chi ha emanato l'ordine illegittimo e il fatto commesso dall'esecutore dell'ordine, l'art. 51 c.p. dà esplicito rilievo ad una normale ipotesi di concorso di persone nel reato: la responsabilità del superiore discende dal suo ruolo di istigatore, e quindi di concorrente morale nel reato commesso dall'esecutore.

Quanto invece alla responsabilità di chi ha eseguito l'ordine illegittimo, sancito dall'art 51 c.p. è senz'altro configurabile nei confronti di chi, come i pubblici impiegati non sono vincolati all'obbedienza degli ordini dei superiori: hanno anzi il preciso dovere di astenersi dall'eseguire l'ordine del superiore quando l'atto sia vietato dalla legge penale. Il pubblico impiegato ha infatti il potere-dovere di controllare la legittimità sia formale sia sostanziale dell'ordine: con la conseguenza che, ove dia esecuzione all'ordine di commettere un reato, non potrà invocare la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere.

Del pari hanno il dovere di astenersi dall'eseguire un ordine la cui esecuzione integra un reato, i privati che ricevano un ordine illegittimo di polizia.

Gli ordini illegittimi insindacabili.

L'art. 51 stabilisce che non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine.

Esistono nel nostro ordinamento ordini criminosi vincolanti, ma non si tratta mai di un vincolo assoluto. In particolare, i militari e gli appartenenti alla polizia di stato hanno il dovere di eseguire gli ordini dei superiori, ma tale dovere incontra un triplice limite:

- a) L'ordine non deve essere formalmente illegittimo;
- b) Anche se formalmente legittimo, l'ordine non deve essere manifestamente criminoso;
- c) Il subordinato non deve comunque essere personalmente a conoscenza del carattere criminoso dell'ordine.

L'esecuzione degli ordini da parte del militare o dell'appartenente alla polizia di stato non potrà ritenersi antigiuridica, costituendo l'oggetto di uno specifico dovere dell'agente: e tale dovere opererà come causa di giustificazione, fondata sulla prevalenza dell'interesse ad un pronto adempimento degli ordini dei superiori rispetto agli interessi tutelati dalle norme incriminatrici di volta in volta violate. Si tratta di una causa di giustificazione personale nel senso che la liceità riguarda la condotta del solo subordinato e non si estende né a chi ha emanato l'ordine, né al terzo che spontaneamente cooperi alla commissione del fatto da parte del subordinato.

Quanto ai limiti alla vincolatività degli ordini illegittimi si fondano sul venir meno della generale presunzione di legittimità degli ordini emanati dai superiori gerarchici. Tale presunzione viene meno sia in caso di illegittimità formale dell'ordine, sia in caso di manifesta criminalità dell'ordine, sia quando il subordinato abbia la personale consapevolezza dell'inesistenza dei presupposti di legittimità sostanziale dell'ordine.

Venendo meno in questi casi la presunzione di legittimità dell'ordine e il correlativo dovere di obbedienza, ci esegue l'ordine risponde del reato commesso, in concorso con chi ha emanato l'ordine.

L'errore di fatto sulla legittimità dell'ordine.

Non risponde a titolo di dolo il subordinato che dia esecuzione ad un ordine illegittimo, qualora egli ritenga per un errore di fatto di eseguire un ordine illegittimo.

ES: agente di polizia che esegue un provvedimento di custodia cautelare materialmente falsificato in tutti i suoi elementi costitutivi. Il fatto di sequestro di persona non è giustificato trattandosi di un ordine illegittimo, ma il reato di sequestro di persona non è integrato perché l'errore dell'agente escluderà il dolo. D'altra parte, qualora l'errore in cui è caduto l'agente sia inescusabile perché dovuto a colpa, non si configurerà nei suoi confronti alcuna responsabilità penale perché la legge non prevede un'ipotesi colposa di sequestro di persona.

7. La legittima difesa.

Fondamento della causa di giustificazione.

L'art. 52 stabilisce che non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

L'ordinamento attribuisce al cittadino la facoltà legittima di autotutelare i propri diritti quando corrano il pericolo di essere ingiustamente offesi da terzi e lo stato non sia in grado di assicurare una tempestiva ed efficace tutela attraverso i suoi organi. E la deroga si estende anche ai casi in cui siano ingiustamente messi in pericolo i diritti individuali di un terzo.

I presupposti della legittima difesa: a) la nozione di pericolo

La legittima difesa esige come presupposto che un diritto proprio o altrui corra il pericolo attuale di essere ingiustamente offeso.

Pericolo deve essere accertato dal giudice sulla base di una prognosi postuma in concreto: cioè deve accertare se al momento del fatto vi era la probabilità del verificarsi di un'offesa a un diritto dell'agente o di un terzo, probabilità che andrà accertata utilizzando tutte le leggi scientifiche o le massime di esperienza disponibili al momento del giudizio.

b) La fonte del pericolo.

Il pericolo deve scaturire da una condotta umana, si tratti di un'azione o omissione.

Quanto all'omissione potrà rilevare in primo luogo, l'omesso impedimento di un evento lesivo ex art. 40 c.p.: il mancato attivarsi, ad esempio, da parte di chi aveva l'obbligo giuridico di controllare una fonte di pericolo per impedire il prodursi di eventi lesivi.

In secondo luogo, rileveranno le omissioni costitutive di reati omissivi propri, quando si violi il dovere giuridico di rimuovere un pericolo imminente su un diritto individuale.

c) L'attualità del pericolo

Il riferimento al pericolo attuale contenuto nell'art 52 esclude che la legittima difesa possa sussistere quando il pericolo è ormai passato, o perché si è tradotto in danno o perché il pericolo è stato definitivamente neutralizzato o si è altrimenti dissolto. In tutti questi casi non si tratterebbe dell'autotutela di diritti, bensì di una sorta di sanzione che il cittadino infliggerebbe in luogo dello stato nei confronti di chi ha minacciato o leso un suo diritto. La causa di giustificazione non sussiste quando si tratti di pericolo futuro: non è dunque consentita la difesa preventiva nei confronti di pericoli che non sono ancora sorti, ma che si profilano solo a distanza di tempo.

La formula pericolo attuale abbraccia invece due classi di ipotesi:

1. quelle in cui la verifica dell'offesa sia temporalmente imminente
2. è attuale il pericolo perdurante, cioè che si verifica quando l'offesa è già in atto ma non si è ancora esaurita.

d) L'offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui

Oggetto del pericolo rilevante ex articolo 52 del codice penale deve essere un'offesa ingiusta ad un diritto dell'agente o di un terzo. L'espressione di diritto abbraccia qualsiasi interesse individuale espressamente tutelato dall'ordinamento come diritto soggettivo o come facoltà legittima: diritti della personalità, diritti patrimoniali. Titolare del diritto patrimoniale, a tutela del quale si può agire in legittima difesa, può essere non solo una persona fisica, ma anche una persona giuridica, privata o pubblica. Tra i diritti individuali della personalità ai fini dell'articolo 52 del codice penale va ricompresa anche l'incolumità pubblica, espressione sintetica che designa la vita e l'integrità fisica di un'indeterminata pluralità di persone: con la conseguenza che agisce per legittima difesa chi percuote o lede una persona che si accinga ad appiccare un incendio o a collocare un ordigno esplosivo. Non sono invece suscettibili di legittima difesa gli autentici beni collettivi: né i beni a titolarità diffusa, né i beni istituzionali, facenti capo cioè allo Stato come espressione della collettività organizzata o ai suoi singoli poteri o organi o ad altri enti pubblici, centrali e periferici. La tutela dei beni collettivi è affidata in via esclusiva ai competenti organi dello Stato.

Esigendo che il diritto corra il pericolo di un'offesa ingiusta, l'ordinamento subordina la sussistenza di una situazione di legittima difesa al requisito dell'antigiuridicità dell'offesa minacciata o non impedita dall'altrui condotta: non ci si potrà pertanto difendere di fronte a pericoli creati nell'esercizio di una facoltà legittima o nell'adempimento di un dovere giuridico.

Ai fini dell'ingiustizia dell'offesa è d'altra parte irrilevante il carattere colpevole o punibile della condotta umana che ha creato il pericolo. Nella legittima difesa è dunque invocabile anche contro condotte realizzate senza dolo e senza colpa, ovvero realizzate da un soggetto non imputabile, ovvero non punibile.

I requisiti della difesa: a) la necessità

La condotta difensiva deve essere inanzitutto necessaria e il legislatore esalta l'importanza di tale requisito dicendo che l'agente deve essere stato costretto dalla necessità di difendersi.

Ciò significa due cose: che il pericolo non poteva essere neutralizzato né da una condotta alternativa lecita, né da una condotta meno lesiva di quella tenuta in concreto.

Bisogna dunque in primo luogo, che l'agente non avesse altra via per sventare il pericolo, e in particolare non potesse realizzare la tutela del bene senza commettere un fatto penalmente rilevante. La difesa non è altresì necessaria quando sia possibile un *modus dicessus*, cioè quando la persona minacciata nei propri diritti possa sottrarsi al pericolo senza esporre al rischio la sua integrità fisica.

Poco importa che si tratti magari della fuga disonorevole: la vita l'integrità fisica di un uomo non può essere sacrificata per salvare l'onore.

Quando non vi sia la possibilità di neutralizzare il pericolo attraverso la condotta alternativa lecita, può accadere che il pericolo possa essere sventato attraverso una serie di fatti penalmente rilevanti tutti egualmente efficaci: in tal caso il requisito della necessità comporta che la condotta difensiva adottata in concreto debba essere la meno lesiva tra quelle praticabili.

b) La proporzione

Oltre che necessaria, la difesa deve essere proporzionata all'offesa. Con questo requisito l'articolo 52 del codice penale, apponendo un limite etico sociale all'autotutela del singolo, impone una valutazione comparativa tra il

bene dell'agredito esposto a pericolo e il bene dell'aggressore sacrificato dall'azione difensiva. Ciò che si chiede non è la prevalenza del bene difeso rispetto a quello sacrificato, né l'equivalenza tra i due i beni: l'agredito può ledere un bene anche di rango superiore, sempre che il divario di valori tra i due beni non sia eccessivo.

Per la valutazione comparativa dei beni, si farà riferimento alle valutazioni etico sociali dei beni in conflitto, eventualmente rispecchiate dalla costituzione: è dalla costituzione, ad esempio, che si ricava il superiore valore del bene vita, rispetto al bene patrimonio, che la costituzione considera solo strumentale e sottopone al limite dell'utilità sociale.

Le legittima difesa nel domicilio e negli esercizi commerciali.

Con la legge del 13 febbraio del 2006 n. 59, il legislatore ha inserito due nuovi commi nell'articolo 52 del codice penale, dedicati ad ampliare i limiti della legittima difesa per i casi in cui il fatto venga posto in essere nel domicilio, o in altri luoghi di privata dimora, o, ancora, nei luoghi in cui venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Questo è il tenore del nuovo articolo 52 comma 2: nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo, se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati, usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: la propria incolumità; i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è il pericolo di aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

L'applicazione di questa disciplina presuppone che vi sia stata una violazione di domicilio, che potrà realizzarsi in tutte le forme previste nell'articolo 614 del codice penale. Per fugare ogni dubbio, il legislatore ha incluso espressamente tra i luoghi in cui sarà lecito difendersi entro questi più ampi limiti anche ogni altro luogo in cui venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Il delitto di violazione di domicilio deve essere stato consumato: non basta dunque che l'aggressore abbia tentato di entrare in uno di questi luoghi.

L'aspetto più rilevante della disciplina contenuta nell'articolo 52 comma 2 del codice penale riguarda il requisito della proporzione. La legge stabilisce infatti una presunzione assoluta di proporzione tra il bene messo in pericolo e il bene lesa dalla reazione difensiva, anche se chi si difende usa un'arma. Infatti, il fatto posto in essere in difesa della propria o altrui incolumità è giustificato, qualunque sia l'entità del pericolo per l'incolumità, anche se chi si difende con un'arma o altro mezzo provoca la morte dell'agredito.

È giustificata anche la commissione di un fatto di omicidio doloso perfino se il bene o i beni che corrono il pericolo di aggressione sono solo beni patrimoniali di colui che si difende o di un terzo che si trovino nel domicilio o negli altri luoghi indicati dalla norma.

A proposito di questa ultima ipotesi, in dottrina si cerca di riparare i danni provocati dalla legge sostenendo che il pericolo debba riguardare contemporaneamente sia i beni patrimoniali, sia l'incolumità della persona: quest'ultimo bene entrerebbe in gioco in quanto la legge parla di pericolo di aggressione. Benché lodevole questo sforzo non convince, in primo luogo perché la formula pericolo di aggressione è sinonimo di pericolo di offesa x una gamma indeterminata di beni; in secondo luogo le legge non evoca in nessun modo che il pericolo debba riguardare l'incolumità individuale; infine questa lettura dell'art. 52 co. 2 lett. b. renderebbe superflua tale previsione, giacché tutte le ipotesi indicate alla lettera b sono già ricomprese nella lettera a.

Anche nel quadro di questo limite permane il limite della necessità della difesa: cioè bisogna che la persona non possa difendere il bene minacciato attraverso un comportamento penalmente irrilevante, ma egualmente efficace per la difesa; se non esiste un'alternativa lecita, bisogna inoltre che la difesa venga realizzata nella forma meno lesiva per l'aggressore.

Altro limite è rappresentato dal venir meno del pericolo inizialmente creato: bisogna che il potenziale ladro non abbia desistito dalla esecuzione del reato. Dicendo che la difesa è legittima quando non vi è desistenza, la legge, esplicita il requisito generale dell'attualità del pericolo.

L'art. 52 co. 2 c.p. richiede infine che l'arma usata per la difesa sia legittimamente detenuta, evitando così che il cittadino vada in cerca di armi clandestine. Questo requisito comporta che l'uso di un'arma non legittimamente detenuta sarà sottoposto alla disciplina ordinaria della legittima difesa, a norma dell'art. 52 co. 1 c.p.

Il risultato complessivo della recente riforma della legittima difesa è ben compendiato nella formula, licenza di uccidere.

Si tratta di una disciplina in aperto contrasto con la costituzione, nella parte in cui l'art. 52 co. 2 e 3 c.p. autorizza l'uso delle armi o di altri mezzi di coercizione per difendere beni patrimoniali messi in pericolo. Dalla costituzione si ricava in primo luogo il superiore valore del bene vita rispetto al bene patrimonio, che la costituzione considera solo strumentale e sottopone al limite dell'utilità sociale: non si può perciò uccidere per

difendere un qualsivoglia interesse patrimoniale. Ne la costituzione tollera che si ferisca per difendere il patrimonio: il bene salute, ai sensi dell'art. 32 cost è infatti un fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Restano aperte due strade. L'una è quella della sottoposizione dell'art. 52 c.p. al controllo di legittimità della corte costituzionale per contrasto con gli artt. 2,3 32 co. 1 e 42 co. 2 cost. L'altra è quella di una interpretazione conforme alla costituzione da parte del giudice ordinario, che in via sistematica legga la norma come se legittimasse la difesa con armi, entro i limiti della necessità, soltanto in presenza di un pericolo che investa sia l'incolumità fisica sia il patrimonio.

8. L'uso legittimo delle armi.

I presupposti e i limiti dell'uso illegittimo dei mezzi di coercizione fisica trovano nell'art. 53 c.p. una disciplina che si articola in tre ipotesi:

→Quella in cui l'uso dei mezzi di coercizione sia necessario x respingere una violenza o vincere una resistenza all'autorità

→Quella in cui la coercizione fisica sia necessaria x impedire la consumazione di una serie di gravissimi delitti (strage, omicidio volontario...)

→Le ulteriori ipotesi, previste da altre norme legislative, in cui è consentito un uso più largo delle armi o degli altri mezzi di coazione fisica.

L'uso delle armi per respingere una violenza o vincere la resistenza all'autorità: autonomia e fondamento della causa di giustificazione.

L'art. 53 co. 1 c.p. stabilisce che ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'autorità.

L'articolo 53 c.p. evidenzia che questa causa di giustificazione occupa uno spazio autonomo rispetto sia alla legittima difesa, sia all'adempimento di un dovere. Si tratterà di legittima difesa se l'agente della forza pubblica faccia uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, ma lo faccia per difendere un diritto proprio o altrui del pericolo attuale di un'offesa ingiusta e la difesa sia necessaria e proporzionata.

Si tratterà invece di adempimento di un dovere quando l'uso delle armi rappresenti una modalità, anche soltanto eventuale, dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità. Lo spazio autonomo dell'uso legittimo delle armi è dunque quello in cui la forza pubblica fa uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica essendovi costretta dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'autorità. Quanto al fondamento di questa causa di giustificazione, si tratta di una manifestazione radicale della visione dei rapporti individuo- autorità che è proprio di uno Stato autoritario, come quello italiano degli artt. 30: il potere di coercizione dello Stato può esercitarsi anche attraverso l'uso delle armi, di qualsiasi specie, in dotazione o no al pubblico ufficiale, o di altri mezzi di coazione fisica, sfollagente, candelotti lacrimogeni, forza fisica nelle cariche in servizi di ordine pubblico, quando sia necessario rimuovere ostacoli che, in forma di violenza o resistenza, vengano frapposti alla pubblica autorità. L'inserimento di questa norma nel quadro costituzionale impone peraltro, in via interpretativa, di apporre il limite della proporzione a questa forma estrema di coercizione diretta da parte dello Stato.

I soggetti legittimati all'uso delle armi

Legittimati a fare uso delle armi sono non tutti pubblici ufficiali, ma soltanto quelli tra i cui doveri istituzionali rientra l'uso della coercizione fisica diretta con armi o con altri mezzi: nel linguaggio del nostro ordinamento per designare questa categoria di pubblici ufficiali si parla di forza pubblica; la categoria comprende gli ufficiali ed agenti della polizia di Stato, dell'arma dei carabinieri, della guardia di finanza. Non rientrano invece nella forza pubblica né gli agenti della polizia municipale né le guardie giurate in servizio di vigilanza e di investigazione privata. Nei loro confronti opera invece la disciplina prevista dall'articolo 53 co. 2 c.p.: possono cioè beneficiare della causa di giustificazione in quanto prestino assistenza alla forza pubblica non spontaneamente, ma sulla base di una legale richiesta.

La legge richiede che il pubblico ufficiale agisca al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio. Questa previsione, oltre a delimitare la gamma di soggetti legittimati all'uso delle armi, esprime la necessità che l'uso delle armi sia oggettivamente rivolto a raggiungere lo scopo per il quale è concesso e avvenga entro i limiti,

anche temporali, in cui il pubblico ufficiale esercita le sue funzioni, sono irrilevanti le motivazioni personali della gente, che eventualmente coesistono nel caso concreto con il fine istituzionale.

I presupposti dell'uso delle armi: necessità, proporzione, violenza o resistenza all'autorità.

1) il pubblico ufficiale deve essere costretto dalla necessità di far uso delle armi ciò comporta:

- Che l'uso delle armi non è consentito quando il pubblico ufficiale può respingere la violenza o vincere la resistenza all'autorità con mezzi diversi dall'uso di un qualsivoglia mezzo di coazione fisica;
- Tra i diversi mezzi di coazione, tutti egualmente efficaci, l'agente deve scegliere il meno lesivo.

2) per essere legittimo il ricorso a un dato mezzo di coazione fisica deve essere, oltre che necessario, proporzionato, nel senso che si tratta di stabilire caso per caso se l'interesse pubblico che la coazione amministrativa mira ad affermare sia prevalente rispetto all'interesse individuale sacrificato. Il limite della proporzione, e imposto dall'interpretazione della norma in conformità alla costituzione: in particolare, il principio di imparzialità, al quale la pubblica amministrazione deve ispirare la sua attività ai sensi dell'articolo 97 della costituzione, impone alla pubblica amministrazione, di tener conto di tutti gli interessi in gioco. D'altra parte il carattere di diritti fondamentali che la costituzione riconosce alla vita e all'integrità fisica pone questi diritti in una posizione tendenzialmente preminente rispetto alla gran parte degli interessi perseguiti dell'attività amministrativa.

3) in terzo luogo deve essere in atto una violenza o una resistenza nei confronti dell'autorità. L'ipotesi della violenza ricorre quando taluno, per impedire o ostacolare l'attività pubblica, faccia uso di qualsiasi forma di energia fisica che cada sulle persone, ledendone l'integrità o la salute, ovvero sulle cose, distruggendo le o rendendole in tutto o in parte inservibili. Di resistenza può invece parlarsi in relazione alle sole ipotesi di resistenza cosiddetta attiva, cioè quelle in cui la resistenza non si limita all'inerte impedimento fisico dell'attività pubblica, ne consiste nel mero allontanamento dal luogo in cui la pubblica autorità abbia intimato di fermarsi.

Questa lettura restrittiva della formula resistenza nell'articolo 53 c.p. è imposta da considerazioni sistematiche: tale articolo rinvia ad altre leggi per l'individuazione di altre ipotesi nelle quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica; or bene, quando in tali norme speciali il legislatore ha voluto dare rilievo alla resistenza passiva o alla fuga, quali presupposti per l'uso legittimo delle armi, lo ha detto espressamente. Si parla infatti di resistenza anche passiva dell'ordinamento penitenziario quando si autorizza il personale di custodia a fare uso della forza fisica; mentre in materia di contrabbando si legittima l'uso delle armi sia contro il contrabbandiere che si dia alla fuga senza abbandonare il carico, sia contro l'automezzo il cui conducente non abbia ottemperato ad un'intimazione di alt.

L'uso delle armi per impedire la consumazione di gravissimi delitti.

L'articolo 53 c.p. nella versione introdotto dall'articolo 14 della legge reale prevede la non punibilità dell'agente della forza pubblica che faccia uso ordini di far uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica quando vi sia costretto dalla necessità di impedire la consumazione dei delitti di strage, naufragio, sovversione, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona. Si tratta di un'ipotesi in cui l'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica è del tutto svincolato dal presupposto originario di questa causa di giustificazione, cioè dell'esigenza di respingere una violenza o vincere una resistenza all'autorità. La ratio di questa nuova scriminante è di imporre alla forza pubblica l'uso della coercizione fisica, fino al limite delle armi, come strumento di tutela di una varietà di beni offesi da alcune, ben individuate tipologie di delitto doloso.

Questa figura di uso legittimo delle armi sottostà un triplice limite.

→ In primo luogo, l'uso delle armi deve essere necessario: non è cioè consentito quando si possa impedire la consumazione di quei delitti con mezzi diversi, e tra i diversi mezzi di coazione, tutti egualmente efficaci, l'agente deve scegliere il meno lesivo.

→ In secondo luogo, la coazione fisica deve essere proporzionata, nel senso che la sua legittimità è subordinata al bilanciamento di tutti gli interessi in gioco: su un piatto della bilancia deve essere posto il bene messo in pericolo da chi sta tentando di realizzare uno dei delitti contemplati dalla norma, mentre sull'altro piatto vanno collocati, oltre al bene della vita o dell'integrità fisica di chi sta commettendo uno di quei delitti, i beni della vita dei singoli o della molteplicità di persone innocenti che possono essere lesi dall'uso delle armi: non si può

sparare al sequestratore se si pone in pericolo la vita del sequestrato, né si può sparare a rapinatore a mano armata se corrono il rischio di essere uccise le persone che si trovano nella banca teatro della rapina. Il requisito della proporzione appone un importante limite garantistico ad una disciplina che resta comunque foriera di gravi pericoli per i cittadini innocenti.

→ In terzo luogo, l'ulteriore limite si ricava in via interpretativa dalla formula impedire la consumazione dei delitti di strage ecc. Il concetto di consumazione è strettamente correlato a quello di tentativo, cosicché il momento in cui può essere impedita la consumazione è quello in cui già sussistano gli estremi del tentativo di uno dei delitti contemplati dall'articolo 53 co 1. c.p.

Le ipotesi di un uso legittimo delle armi previste dalle leggi speciali

Più ampie ipotesi di uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica sono previste ed alcune leggi speciali alle quali fa rinvio all'ultimo comma dell'articolo 53.

In primo luogo, si tratta delle ipotesi contemplate dalla legge 4 marzo 1958 n. 100 in materia di repressione del contrabbando. Tra l'altro i militari, gli agenti di ufficiali di polizia giudiziaria addetti alla repressione del contrabbando nelle regioni di frontiera possono fare uso delle armi quando il contrabbandiere sia palesemente armato, ovvero il contrabbando sia compiuto di notte, o il contrabbandiere agisca in un gruppo di almeno tre persone. In tutti questi casi l'uso delle armi è consentito anche quando il contrabbandiere si dia alla fuga a meno che non abbandoni carico. La legge citata autorizza inoltre gli stessi soggetti a fare uso delle armi contro gli autoveicoli quando il conducente non ottemperi all'intimazione di fermo e non vi sia la possibilità di raggiungerlo.

Ulteriori ipotesi speciali di uso legittimo delle armi attengono alla vigilanza interna ed esterna degli istituti penitenziari e ai passaggi abusivi di frontiera.

9. Lo stato di necessità

Causa di giustificazione o scusante?

L'articolo 54 co. 1 c.p. stabilisce che non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se od altri dal pericolo attuale di un danno grave la persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo; nel secondo comma si soggiunge che questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo; infine, al terzo comma si legge che la disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo. Si discute se lo stato di necessità vada inquadrato tra le cause di giustificazione ovvero tra le scusanti, cioè si tratti di una facoltà legittima il cui esercizio rende lecita la commissione di un fatto penalmente rilevante ovvero di un'ipotesi in cui l'ordinamento ritiene che non si possa muovere un rimprovero a chi ha commesso un fatto antigiuridico, avendo agito sotto la pressione psicologica di una circostanza che rendeva inesigibile l'astensione da quel fatto.

La disputa riguarda soltanto una delle ipotesi di stato di necessità, cioè quella prevista al primo al secondo comma dell'articolo 54 c.p. non è infatti contestabile che abbia natura di scusante l'ipotesi dello stato di necessità determinato da altri minaccia prevista nel terzo comma.

I presupposti dell'azione di salvataggio ex articolo 54 comma 1 e 2 c.p.: a) il pericolo attuale e non volontariamente causato.

La fonte del pericolo può risiedere sia in un accadimento naturale, sia in un comportamento dell'uomo. Quanto all'attualità del pericolo il pericolo è attuale sia quando al verificarsi del danno è imminente (la persona si rifugia in una casa altrui, commettendo un fatto di violazione di domicilio, per sfuggire ad un aggressore che sta per ucciderlo) sia quando il danno è già in atto, ma ancora non esaurito (pericolo perdurante: è il caso di un automobilista, che è dopo essere riuscito a salvare la propria vita dalla minaccia di un fiume straripato, e poi costretto a lasciare la propria auto, e per sfuggire alle acque che salgono di livello, è costretto a entrare in un'abitazione altrui magari rompendo i vetri di una finestra, commettendo così un fatto di danneggiamento).

La legge pone un ulteriore limite al pericolo rilevante ai fini dello stato di necessità, esigendo che il pericolo non sia stato volontariamente causato. Resta quindi esclusa per esempio, l'ipotesi in cui il pericolo sia stato creato intenzionalmente o previsto e accettato come una conseguenza certa o seriamente possibile della propria condotta: non potrà invocare lo stato di necessità chi, avendo volontariamente incendiato l'edificio, si ponga in salvo travolgendo le persone ammassate sull'uscita, così da provocarne la morte. La lettera dell'articolo 54 comma

1 c.p. non autorizza invece a escludere dall'ambito dell'esimente i casi in cui il pericolo sia stato creato colposamente: la colpa infatti si caratterizza per l'involontarietà dell'evento, e dunque l'ipotesi della causazione colposa dell'evento giace al di fuori di tutti possibili significati letterali dell'espressione pericolo volontariamente causato. Tuttavia, l'orientamento prevalente è nel senso di considerare la formula volontariamente, come sinonimo di colpevolmente abbracciando così anche l'ipotesi in cui il pericolo sia stato cagionato da una condotta colposa.

b) Il danno grave alla persona

Questa esimente ha un ambito applicativo più ristretto di quello della legittima difesa: oggetto del pericolo deve essere infatti un danno grave alla persona dell'agente o di un terzo. Il bene minacciato può consistere nella vita, l'integrità fisica o in altri beni di natura personalissima, come libertà personale e la libertà sessuale. Può consistere anche in uno di quei beni collettivi che rappresentano la sintesi di beni di singole persone: il caso dell'incolumità pubblica e della salute pubblica.

Per contro sono pacificamente esclusi non solo i beni individuali che non hanno carattere personalissimo, come beni patrimoniali, ma anche beni istituzionali, cioè quei beni che fanno capo allo Stato o ad altri enti pubblici. Giustamente è stato perciò escluso lo stato di necessità in un caso in cui alcuni agenti di polizia, per individuare gli autori di un reato e quindi per salvaguardare il bene istituzionale dell'amministrazione della giustizia, avevano commesso fatti di violenza privata e lesioni ai danni di un imputato che si ostinava a tacere nomi dei complici. Controversa è la riconducibilità alla previsione normativa in esame della cosiddetta necessità abitativa: cioè se possono considerarsi non punibili ex articolo 54 comma 1 c.p. di autori di fatti di invasione di edifici, quando si tratti di persone indigenti che agiscano per soddisfare il bisogno di un alloggio. Secondo l'orientamento presente soprattutto in giurisprudenza è condiviso anche da una parte della dottrina, non è punibile l'occupazione di un alloggio quando l'agente sia spinto dalla necessità di salvare se stesso o membro della famiglia del pericolo attuale di un danno grave alla salute connesso al permanere in un'abitazione malsana. Entro questi limiti ciò che acquista rilievo non è un problematico diritto all'abitazione, bensì il personalissimo diritto all'integrità fisica, ovvero il diritto alla salute. Quanto al requisito della gravità del danno alla persona, va accertato in relazione sia al rango del bene esposto pericolo, sia in relazione all'intensità delle lesioni incombenti.

I requisiti dell'azione di salvataggio: a) necessità dell'azione e inevitabilità del pericolo.

Ai fini dello stato di necessità, da legge richiede in primo luogo che la commissione del fatto penalmente rilevante sia necessaria per fronteggiare il pericolo di un danno grave alla persona: ciò comporta l'assenza di alternative illecite o meno lesive egualmente efficaci per neutralizzare il pericolo. In secondo luogo, l'articolo 54 comma 1 c.p. richiede che il pericolo sia inevitabile, e cioè che il pericolo non possa essere neutralizzato neppure attraverso un comportamento che cagioni un pericolo personale per l'agente. Mentre nella legittima difesa l'azione difensiva non è lecita quando sia possibile un *modus discessus*, cioè quando l'agredito abbia un'alternativa praticabile che non comporti rischi per la sua integrità fisica, dello stato di necessità invece l'esistenza di alternative anche rischiose per il soggetto agente esclude l'operatività dell'esimente.

b) La proporzione tra fatto e pericolo

L'articolo 54 comma 1 c.p. esige che il fatto penalmente rilevante sia proporzionato al pericolo sventato con la commissione del fatto. Con questo requisito alla legge impone una valutazione comparativa tra il bene personale esposto pericolo è il bene dell'innocente sacrificato dall'azione di salvataggio. Ciò che si richiede non è necessariamente la prevalenza del bene salvato rispetto a quello sacrificato, né è l'equivalente tra i due beni. Si può sacrificare un bene anche di rango superiore rispetto al bene in pericolo che viene salvato, sempre che il divario di valore tra i due beni non sia eccessivo: così la proporzione può sussistere anche nel fatto di chi uccide per salvare il bene della libertà personale.

La costrizione

perché possa parlarsi di stato di necessità il soggetto deve essere costretto dalla necessità di commettere il fatto penalmente rilevante.

Il significato da attribuirsi alla formula costrizione ha un peso decisivo ai fini del problema di inquadramento: cioè se lo stato di necessità vada annoverato tra le cause di giustificazione ovvero tra le scusanti. Si tratta di una locuzione aperta due possibili letture:

- una prima secondo la quale la costrizione starebbe a denotare soltanto l'oggettiva impossibilità di salvare il bene in pericolo senza sacrificare il bene di un terzo innocente;

- una seconda lettura che identifica la costrizione con l'esclusione o con una restrizione della libertà di agire, ciò che presuppone la consapevolezza del pericolo e un effettivo turbamento psicologico in chi commette il fatto. La prima lettura ponendo in risalto un mero bilanciamento di beni in conflitto porterebbe a inquadrare lo stato di necessità tra le cause di giustificazione; la seconda lettura invece, suggerisce di inquadrare lo stato di necessità tra le scusanti, cioè tra l'ipotesi nelle quali la ragione della non punizione sta nell'assenza di colpevolezza di chi abbia agito sotto l'influenza di una pressione psicologica che, agli occhi del legislatore, rendeva inesigibile un comportamento rispettoso della legge penale. A sostegno di questa seconda lettura parlano diversi argomenti. In primo luogo, solo attraverso la lettura de requisito della costrizione che dia risalto al turbamento motivazionale dell'agente si evita di ricondurre allo stato di necessità una serie di casi che nessuno considererebbe i meritevoli di pena.

In secondo luogo, i casi tradizionalmente e universalmente ricondotti sotto lo stato di necessità sono tutti caratterizzati da un'effettiva pressione psicologica provocata dalla natura o dall'uomo, che addirittura chiama in causa l'istinto di conservazione.

Un terzo argomento riguarda l'ipotesi dello stato di necessità determinato da altrui minaccia che integra una scusante. La vittima della minaccia si trova in effetti di fronte all'alternativa, che necessariamente limite alla sua libertà di scelta; d'altra parte l'articolo 54 stabilisce che del fatto commesso della persona minacciata risponde chi l'ha costretta commetterlo: il che ha senso solo se quel fatto non è lecito, ma sono scusato nei confronti di chi è vittima dall' altrui minaccia. Si aggiunga che, secondo l'inequivoco tenore letterale dell'articolo 54 c.p. la natura dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia e la stessa dell'ipotesi generale di stato di necessità disciplinata dal primo comma: cambia soltanto la fonte del pericolo, che è rappresentata nella prima ipotesi da un evento naturale o da una qualsivoglia condotta umana, nella seconda ipotesi da una condotta umana che abbia la fisionomia di una minaccia. In tutti i casi si tratta dunque di una scusante, e quindi il giudice dovrà sempre accertare che l'autore del fatto abbia subito un effettivo turbamento motivazionale.

Da questa ricostruzione imposta dalla complessiva disciplina dello stato di necessità, deriva un importante conseguenza in tema di soccorso di necessità, cioè nei casi in cui la gente commetta un fatto penalmente rilevante per salvare altri del pericolo attuale di un danno grave alla persona. Potrà essere scusato il soccorso del terzo solo in quanto la rappresentazione del pericolo che incombeva su di lui abbia prodotto l'effettivo turbamento del processo motivazionale dell'agente, il che è potrà accadere non solo quando il terzo sia il coniuge, il figlio, il prossimo congiunto, ma anche quando si tratti di altre persone vicine all'agente come il fidanzato, il convivente, un amico.

Dall'inquadramento dello stato di necessità tra le scusanti, oltre alla necessaria conoscenza del pericolo e al conseguente effetto di costrizione psicologica, deriva la possibilità di esercitare la legittima difesa contro chi agisce in stato di necessità. Inoltre, lo stato di necessità può essere applicato ai concorrenti nella realizzazione di un fatto di reato solo se si accerti relazione ad ogni singolo concorrente la consapevolezza del pericolo e l'effetto di coazione psicologica.

Il particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo

la legge esclude che possa essere applicato lo stato di necessità a chi ha una particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. Questo limite l'applicazione dello stato di necessità è del tutto coerente con la sua natura di scusante. L'ordinamento può scusare il comune cittadino, ma non chi, avendo ricevuto uno specifico addestramento e magari disponendo di un idoneo equipaggiamento, è particolarmente attrezzato per fronteggiare quel pericolo: a condizione che si tratti proprio del tipo di pericolo che l'agente al dovere giuridico di affrontare e all'ulteriore condizione che l'agente si trovi ad affrontare un mero pericolo e non la prospettiva di una morte certa.

CAPITOLO 8: " LA COLPEVOLEZZA "

1. La colpevolezza: nozione, fondamento e rilevanza costituzionale.

La **colpevolezza** è il terzo elemento del reato, dopo il fatto e l'antigiuridicità, ed esprime l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto antigiuridico (nell'art. 27, 1 comma cost. questi requisiti vengono definiti con la formula di "**responsabilità personale**").

Questi requisiti sono:

A) dolo o colpa;

B) assenza di scusanti (cioè normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto);

C) conoscenza o almeno conoscibilità della legge penale violata;

D) capacità di intendere e di volere.

Una svolta storica c'è stata alla fine degli anni 80 quando la giurisprudenza della corte costituzionale ha riconosciuto, in base all'art. 27, 1 comma cost., che responsabilità personale è sinonimo di **responsabilità per un fatto proprio colpevole**; tra gli argomenti che la corte, nella sentenza 364 del 1988, ha portato a sostegno di questa tesi, c'è l'inquadramento del principio di personalità della responsabilità penale nell'intero sistema costituzionale: in primo luogo la corte collegando il 1 al 3 comma dell'art. 27 ha messo in risalto l'esigenza di interpretare l'espressione "responsabilità personale" alla luce della funzione rieducativa assegnata alla pena, infatti non avrebbe senso la rieducazione di chi, non sentendosi in colpa per il fatto, non ha certo bisogno di essere rieducato; in secondo luogo la corte ha stabilito il collegamento tra il principio di personalità della responsabilità personale coi principi di legalità e irretroattività della legge penale sanciti nell'art. 25, 2 comma cost.: il sistema costituzionale, allo scopo di attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, impone di fondare la responsabilità penale su congrui elementi subiettivi; nelle leggi penali il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato, e quindi sono necessarie le leggi precise, chiare e che contengono direttive di comportamento riconoscibili. Quindi il principio di colpevolezza è indispensabile per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione, cioè che sarà chiamato a rispondere penalmente per azioni che può controllare e mai per comportamenti che producono conseguenze penalmente vietate in modo fortuito, e comunque mai per comportamenti realizzati a causa della "non colpevole" ignoranza del precetto. Quindi il principio di colpevolezza costituisce il secondo aspetto del principio garantista, di legalità che vige negli Stati di diritto.

Il principio di colpevolezza rappresenta uno stadio avanzato della civiltà giuridica contrapponendosi:- alla responsabilità oggettiva, cioè alla responsabilità per fatto proprio, ma realizzato senza dolo e colpa,-alla responsabilità penale di chi abbia commesso il fatto volontariamente o colposamente, ma ignorando senza colpa l'illiceità penale del fatto,-alla responsabilità penale attribuita a chi abbia agito in situazioni anormali e che hanno reso inesigibile un comportamento diverso da quello tenuto dall'agente,- all'incapacità di intendere o di volere. Così la corte costituzionale nel 1988 ha riconosciuto **rango costituzionale** al principio di colpevolezza e, nella sentenza 364, ha dichiarato l'art. 5 c.p. costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, di conseguenza oggi vige la regola secondo cui "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale dovuta a colpa", cioè l'agente non è responsabile quando, anche usando la dovuta diligenza, non poteva sapere che il fatto doloso o colposo da lui commesso era previsto da una norma incriminatrice; inoltre nella sentenza 1085 del 1988 la corte ha affermato che il principio che ispira la responsabilità oggettiva (cioè qui in re illicita versatur respondit etiam de casu) contrasta con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, infatti secondo la corte perché l'art. 27, 1 comma cost. Sia pienamente rispettato è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, cioè siano investiti dal dolo o dalla colpa. La corte costituzionale ha poi di nuovo ribadito questo insegnamento nelle sentenze 2 e 179 del 1991.

Nella Costituzione la responsabilità personale sancita dall'art. 27 al 1 comma è responsabilità del fatto commesso, in base all'art. 25, 2 comma cost., cioè tutti i criteri su cui si basa la colpevolezza dell'agente vanno collegati al singolo fatto antiggiuridico da lui commesso, quindi:

-La rappresentazione e la volizione necessarie per l'esistenza del dolo devono avere per oggetto tutti gli estremi del fatto antiggiuridico;

-La negligenza, l'imprudenza o l'imperizia necessarie per l'esistenza della colpa devono abbracciare l'intero fatto antiggiuridico;

-le circostanze anormali che possono escludere la colpevolezza devono avere influenzato la dolosa o colposa commissione del fatto;

-l'ignoranza non colposa della legge penale deve avere per oggetto la norma che incrimina il fatto commesso dall'agente;

-la capacità di intendere e di volere deve sussistere al momento della commissione del fatto.

A) DOLO E COLPA

2. Dolo e colpa: rilevanza nei delitti e nelle contravvenzioni.

Per quanto riguarda i **delitti** il criterio di attribuzione della responsabilità di regola richiesto dal legislatore è il

dolo, cioè la forma più grave di responsabilità, mentre la **colpa** rileva solo in via di **eccezione espressa**, infatti l'art. 42, 2 comma c.p. dice che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non lo ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto colposo espressamente preveduti dalla legge".

Per quanto riguarda invece le **contravvenzioni**, esse possono essere commesse indifferentemente sia con dolo e sia per colpa, cioè **basta la colpa**, infatti il 4 comma dell'art. 42 dice che "nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia esso la dolosa o colposa". Eccezionalmente però ci sono delle contravvenzioni che devono essere commesse necessariamente con dolo, come alcuni reati societari (ad esempio le false comunicazioni sociali, l'illegale ripartizione degli utili e delle riserve) contravvenzioni che devono essere commesse necessariamente per colpa (ad esempio la rovina di edifici o di altre costruzioni da cui sia derivato un pericolo per le persone); infatti l'art. 43, 2 comma c.p. dice che "la distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica anche alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico", questa disposizione non riguarda solo i casi in cui il dolo o la colpa sono richiesti in astratto per configurare una contravvenzione, ma anche i casi in cui è necessario l'accertamento in concreto che una data contravvenzione sia stata commessa dolosamente o colposamente (ad esempio la dichiarazione di contravventore professionale può essere pronunciata solo nei confronti di chi abbia commesso dolosamente una pluralità di contravvenzioni, perché quella dichiarazione dipende dal fatto che l'agente viva abitualmente, anche solo in parte, dei proventi del reato). Inoltre, l'accertamento in concreto che una data contravvenzione sia stata commessa dolosamente o colposamente è importante per la commisurazione della pena, perché il carattere doloso o colposo rende la contravvenzione più o meno grave.

3. Il dolo.

Nozione.

La realizzazione con **dolo** di un fatto antiggiuridico comporta la forma più grave di responsabilità penale. Affinché il dolo esista è necessario un duplice coefficiente psicologico: la rappresentazione e la volizione del fatto antiggiuridico; infatti l'art. 43 c.p. dice che "il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione". Inoltre l'art. 47 c.p. esclude il dolo per difetto di rappresentazione del fatto, cioè quando l'agente è caduto in un errore sul fatto che costituisce reato a causa di una falsa rappresentazione della realtà o per la difettosa interpretazione di una norma giuridica. Infine l'art. 59, 4 comma c.p. dice che "se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui", cioè il dolo è escluso se l'agente pensando di agire in presenza di una causa di giustificazione non si è reso conto del carattere antiggiuridico del fatto.

Il momento rappresentativo del dolo e l'errore sul fatto.

Innanzitutto c'è una responsabilità per dolo quando il soggetto si sia **rappresentato** il fatto antiggiuridico (ad esempio il soggetto si era reso conto che avrebbe danneggiato una cosa altrui ma non è stato fermato da questa rappresentazione e ha realizzato un fatto costitutivo del delitto di danneggiamento).

Invece la rilevanza dell'errore sul fatto deriva dall'impossibilità che il soggetto venga trattenuto dall'agire (ad esempio il soggetto non si rende conto che la sua azione danneggerà una cosa altrui, di conseguenza non si renderà conto di commettere un fatto di danneggiamento). Ugualmente la rilevanza dell'erronea supposizione di agire in presenza di una causa di giustificazione dipende dal fatto che non potrà essere trattenuto dal commettere persino un fatto di omicidio chi, per errore, ritenga di trovarsi in presenza di un aggressore che sta per ucciderlo, così che risulti inevitabile l'autotutela della sua vita anche a costo della vita altrui.

Nel momento in cui il soggetto inizia l'esecuzione dell'azione tipica, il momento rappresentativo del dolo esige la **conoscenza effettiva di tutti gli elementi rilevanti del fatto concreto**, e non invece una conoscenza meramente potenziale che rileva solo per la sussistenza della colpa, quando l'agente non si rende conto di quello che fa ma potrebbe rendersene conto usando la dovuta diligenza. Comunque è necessario che la conoscenza effettiva sia presente nel momento in cui l'agente inizia l'esecuzione dell'azione tipica, mentre non è importante che la rappresentazione del fatto sia presente nella mente del soggetto per tutto il tempo dell'azione (ad esempio nel caso del dolo di violenza sessuale su una persona che si trova in condizioni di inferiorità fisica o psichica, è necessario che l'agente sappia che si tratta di una persona minorata, ma non è necessaria che l'agente abbia sempre presente quello stato della vittima durante la violenza sessuale).

Anche nei casi di **dubbio** il momento rappresentativo del dolo si considera integrato, perché chi agisce in stato

di dubbio (ad esempio chi sottrae una cosa mobile altrui ma è in dubbio se si tratti di una cosa propria o altrui) ha un'esatta rappresentazione di quel dato della realtà. Invece il dubbio è incompatibile con il dolo quando, eccezionalmente, la legge richiede una conoscenza piena e certa dell'esistenza di un elemento del fatto (ad esempio nei delitti di calunnia e autocalunnia si richiede, rispettivamente, che l'agente incolpi di un reato una persona che egli sa innocente, o incolpi se stesso di un reato che egli sa che non è avvenuto).

La conoscenza di alcuni elementi del reato può avvenire attraverso i *sensi*: si tratta degli **elementi descrittivi**, cioè degli elementi del fatto individuati attraverso concetti descrittivi (ad esempio i concetti di morte, uomo, atto sessuale); l'individuazione di altri elementi del fatto può poi avvenire anche attraverso concetti che esprimono qualità giuridiche o sociali di un dato della realtà, si tratta degli **elementi normativi** (ad esempio i concetti di cosa altrui, matrimonio avente effetti civili) per la cui conoscenza non bastano i sensi ma è necessaria anche la mediazione di una norma giuridica o sociale. In tutti questi casi non si pretende che la persona abbia una conoscenza da esperto ma basta la conoscenza propria del profano, cioè del comune cittadino (ad esempio nel dolo di furto basta che l'agente sappia che la cosa che sfila dalla tasca di altri non è sua, mentre è irrilevante che abbia una conoscenza da esperto del concetto di proprietà).

La rappresentazione del fatto antigiuridico viene meno in caso di **errore sul fatto**, previsto dall'art. 47 c.p., cioè quando non viene rappresentato almeno uno degli elementi del fatto come conseguenza o di un'errata percezione sensoriale (si tratta dell'**errore di fatto**, ad esempio un ragazzo lancia un sasso verso la chioma di un albero per colpire e far cadere un nido di uccelli e non si accorge che sotto quell'albero un uomo sta leggendo un giornale, il sasso ricadendo verso il suolo colpisce e ferisce l'ignaro lettore; ciò che l'agente ha cagionato è una lesione personale, quel che si è rappresentato è la caduta di un nido di uccelli. Però può comunque restare una responsabilità per colpa, perché all'agente si può muovere il rimprovero di non aver impiegato la diligenza e l'attenzione che gli avrebbe consentito di rendersi conto di commettere quel fatto, quindi ad esempio si sarebbe accorto che sotto l'albero c'era un uomo, infatti il 1 comma dell'art. 47 dice che "se si tratta di un errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo") oppure di un'errata interpretazione di norme giuridiche o sociali, si tratta dell'**errore di diritto** previsto dal 3 comma dell'art. 47, il quale dice che "l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato (ad esempio le varie norme che, delineando delitti contro il patrimonio, come furto o appropriazione indebita, richiedono che oggetto dell'azione delittuosa sia una cosa altrui, cioè una cosa che non è di proprietà dell'agente; tuttavia l'agente può ritenere che la cosa mobile di cui si è impossessato sottraendola al detentore sia di sua proprietà, e quindi può non rendersi conto di commettere un fatto di furto se ad esempio dalla lettura di un contratto è arrivato alla sbagliata convinzione di aver solo dato in prestito la cosa al detentore, conservandone la proprietà). L'errore su un elemento normativo del fatto può derivare anche da un'*errata percezione sensoriale* (ad esempio il viaggiatore che, in aeroporto, dai nastri trasportatori per la distribuzione dei bagagli una prende una valigia altrui, scambiandola con la propria, perché molto simile).

La **giurisprudenza**, svuotando di contenuto la previsione dell'art. 47, 3 comma c.p., ritiene che tutti gli errori di interpretazione di norme giuridiche siano altrettanti errori sulla legge penale, riconducibili alla disciplina dell'art. 5 c.p., e non possano mai cagionare un errore sul fatto, quindi di conseguenza l'errore su una legge diversa dalla legge penale rilevarebbe solo se inevitabile, cioè non è dovuta colpa. Tuttavia questo orientamento è errato, perché una cosa è ignorare che è vietato sottrarre le cose mobili altrui, un'altra cosa è non rendersi conto che nel caso concreto il bene che l'agente ha sottratto era altrui e non di sua proprietà. Il primo tipo di errore è un **errore sulla legge penale** (cioè un errore sul precetto "non appropriarsi della cosa mobile altrui"), invece il secondo tipo di errore è un **errore sul fatto** che costituisce il reato descritto e vietato dal precetto (il soggetto sa benissimo che è vietato rubare, ma a causa di un errore di interpretazione delle norme civilistiche che decidono se una data cosa è propria o altrui, non si rende conto nel caso concreto che la cosa sottratta appartiene ad altri).

Il momento volitivo del dolo.

Il dolo non si esaurisce nella rappresentazione del fatto perché, affinché il soggetto sia in dolo, deve aver **voluto** la realizzazione del fatto antigiuridico che si era preventivamente rappresentato, cioè deve aver deciso di realizzarlo in tutti i suoi elementi. In particolare, il momento volitivo del dolo consiste nella **risoluzione di realizzare l'azione**, che deve essere presente nel momento in cui il soggetto agisce, rappresentandosi tutti gli estremi del fatto descritto dalla norma incriminatrice. Quindi nel nostro ordinamento non c'è spazio per le vecchie figure di:

-*dolo antecedente* (cioè non c'è dolo di omicidio se Tizio decide di uccidere Caio all'ora X., ma ne provoca volontariamente la morte prima di quell'ora pulendo sbadatamente il fucile, infatti in questo caso ci sono solo gli estremi di un omicidio colposo);

-*dolo susseguente* (cioè non c'è dolo di ricettazione nel caso in cui una persona acquisti una cosa proveniente da delitto, ma si accorga di questa provenienza illecita solo dopo l'acquisto e non dia immediato avviso all'autorità, infatti in questo caso l'agente risponderà solo della contravvenzione di omessa denuncia di cose provenienti da delitto);

-*dolo generale* (cioè non c'è dolo di omicidio nel caso in cui Tizio, ritenendo di aver già realizzato il fatto con una certa azione, compia una seconda azione, soltanto con la quale lo realizza, come nel caso in cui Tizio impicca Caio, che ritiene di aver già ucciso, per simulare un suicidio e ne provoca la morte solo in questo modo, infatti in questo caso l'agente risponderà di tentato omicidio in relazione alla prima azione in concorso con omicidio colposo nel caso in cui si possa muovere il rimprovero di non essersi reso conto, per negligenza, che la vittima era ancora in vita al momento dell'impiccagione).

La risoluzione, in cui consiste il momento volitivo del dolo, può essere la conseguenza immediata di un improvviso impulso ad agire, si tratta del **dolo d'impeto**, che si manifesta nei casi in cui la spinta ad agire ha radici affettive, come l'ira o la gelosia, oppure può essere presa e tenuta ferma fino al compimento dell'azione per un'apprezzabile lasso di tempo senza soluzione di continuità, si tratta del **dolo di proposito** che, per alcuni reati come l'omicidio e le lesioni personali, viene chiamato dal legislatore come **premeditazione** e integra una circostanza aggravante.

I gradi del dolo: dolo intenzionale, dolo diretto e dolo eventuale.

A seconda dell'intensità sia del momento rappresentativo che del momento volitivo, il dolo può assumere tre gradi:

- A) dolo intenzionale;
- B) dolo diretto;
- C) dolo eventuale.

A) Il dolo intenzionale si configura quando il soggetto agisce allo scopo di realizzare il fatto (ad esempio sparare e uccidere, avendo come scopo la morte di quell'uomo). Non è necessario che la realizzazione del fatto rappresenti lo scopo ultimo perseguito dall'agente, perché può essere anche uno scopo intermedio (ad esempio si provoca intenzionalmente la morte della guardia del corpo di un uomo politico, all'ulteriore scopo di procedere al sequestro di quest'ultimo); inoltre non è necessario che la causazione dell'evento perseguito dall'agente sia probabile, perché basta la mera possibilità di successo (quindi ad esempio c'è il dolo intenzionale di omicidio anche se la persona uccisa, e che si voleva uccidere, si trovava a una distanza ai limiti della portata balistica dell'arma impiegata dall'agente). La presenza del dolo intenzionale è importante solo per la commisurazione della pena, sotto il profilo dell'intensità del dolo, perché di regola la legge, per la responsabilità dolosa, non richiede che il fatto sia stato realizzato intenzionalmente perché bastano le forme meno intense di dolo diretto ed eventuale. Altre volte però la legge esige il dolo intenzionale, cioè che l'agente si animato da particolari finalità in relazione a questo o quell'evento; in alcuni casi l'evento che l'agente deve prendere di mira deve realizzarsi per la consumazione del reato (ad esempio nel delitto di abuso d'ufficio la legge punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nello svolgimento delle sue funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o arreca ad altri un danno ingiusto).

Nei *reati a dolo specifico*, dove nel dettato normativo ci sono formule come "al fine di", "allo scopo di", il legislatore richiede che l'agente commetta il fatto avendo di mira un risultato ulteriore, il cui realizzarsi non è necessario per la consumazione del reato (ad esempio commette sequestro di persona a scopo di estorsione chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto come prezzo per la liberazione, in questo caso l'agente deve avere di mira il conseguimento di un riscatto, ma il reato è consumato anche se il riscatto non viene conseguito). Nei reati a *dolo generico* le finalità che l'agente persegue con la commissione del fatto sono irrilevanti per l'esistenza del dolo (ad esempio il dolo di omicidio consiste e si esaurisce nella rappresentazione e volizione di cagionare la morte di un uomo, mentre le finalità eventuali perseguite dall'agente potranno rilevare solo ai fini della commisurazione della pena).

B) Il dolo diretto si configura quando l'agente non persegue la realizzazione del fatto, ma si rappresenta come certa o come probabile al limite della certezza l'esistenza di presupposti della condotta o il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione. Nel caso del dolo diretto relativo ad un *presupposto della condotta*, un esempio

è quello dell'antiquario che sapeva per certo che un determinato quadro è stato sottratto da una collezione e, con questa piena consapevolezza, decide di acquistare il quadro; nel caso inverso del dolo diretto relativo all'*evento*, un esempio è quello dell'armatore che, per conseguire un indennizzo da parte di una compagnia di assicurazione, faccia collocare su una propria nave una bomba a orologeria, tarata per esplodere durante una traversata, in questo caso la morte dei membri dell'equipaggio non rappresenta il fine perseguito dall'agente, ma è presente nella sua mente come una conseguenza certa della sua azione; ciò integra il dolo di omicidio nella forma del dolo diretto. Non solo non è necessario che l'agente persegua come scopo la realizzazione del fatto, ma non è richiesto neanche che si rappresenti la realizzazione del fatto come certa, quindi basta il dolo eventuale. Eccezionalmente però la legge richiede una conoscenza piena e certa dell'esistenza di un elemento del fatto (ad esempio nei delitti di calunnia e autocalunnia si richiede rispettivamente, che l'agente incolpi di un reato una persona che egli sa innocente, o in colpi se stesso di un reato che egli sa che non è avvenuto).

C) Il dolo eventuale (o dolo indiretto) si ha quando il soggetto si rappresenta come seriamente possibile (non come accerta) l'esistenza di presupposti della condotta o il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare all'azione e ai vantaggi che se ne ripromette, accerta che il fatto possa verificarsi, quindi il soggetto decide di agire costi quel che costi, mettendo cioè in conto la realizzazione del fatto (ad esempio esiste il dolo eventuale di omicidio se l'agente, animato dalla finalità di creare panico nella collettività, colloca in una piazza una bomba programmata per esplodere a tarda notte: a quell'ora la presenza di passanti è possibile (non certa) ma la decisione dell'agente di collocare e far scoppiare la bomba è stata presa accettando l'eventualità che l'esplosione provochi la morte di un eventuale passante).

Un'opinione diffusa, ma *contra legem*, è quella per cui il dolo eventuale è caratterizzato dall'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento, ma porre ad oggetto dell'accettazione non l'evento ma il pericolo del verificarsi dell'evento trasforma i reati di evento in reati di pericolo del verificarsi dell'evento, invece perché ci sia il dolo eventuale, ciò che l'agente deve accettare è proprio l'evento.

Il dolo eventuale delinea i **confini della responsabilità penale** per quanto riguarda i fatti che sono previsti nella sola forma del delitto colposo (ad esempio i fatti di danneggiamento si possono benissimo realizzare anche per colpa, come accade anche nella circolazione stradale, ma la legge li punisce solo se commessi con dolo); la giurisprudenza ha previsto ciò per i casi in cui non esiste una corrispondente ipotesi colposa, cioè si tende a considerare rappresentati e accettati dall'agente fatti che al massimo la gente poteva e doveva rappresentarsi ma che in effetti non si è rappresentato, quindi si rimprovera titolo di dolo un fatto che l'agente ha realizzato per colpa, ma che non può fondare una responsabilità penale, perché quel fatto non è previsto dalla legge come delitto colposo. In secondo luogo, nei casi in cui il reato è punito sia per dolo che per colpa, il dolo eventuale segna il **confine del dolo dalla colpa**, in particolare il dolo eventuale va distinto dalla colpa con previsione dell'evento (o cosiddetta "colpa cosciente"), essi infatti hanno in comune l'elemento della previsione dell'evento ma presentano anche caratteristiche molto diverse: nella colpa con previsione l'agente si rappresenta il possibile verificarsi di un evento, ma ritiene per colpa che non si realizzerà nel caso concreto perché per leggerezza, sottovaluta la probabilità del verificarsi dell'evento o sopravvaluta le proprie capacità di evitarlo; mentre agisce con dolo eventuale chi ritiene seriamente possibile la realizzazione del fatto e agisce accettando questa eventualità (ad esempio un camionista che effettua un sorpasso vedendo arrivare in direzione opposta un'autovettura e prevede la possibilità di una collisione con esito letale per il conducente di quella vettura; la collisione si verifica e l'automobilista muore. Il camionista risponderà di omicidio colposo aggravato dall'aver agito nonostante la previsione dell'evento se ha ritenuto per colpa che la collisione non si sarebbe verificata, o perché ha valutato imprudentemente la distanza tra i due veicoli e quindi ha sottovalutato il pericolo di collisione, o perché ha sopravvalutato imprudentemente la sua capacità di evitare il sinistro aumentando la velocità del veicolo da lui condotto. Invece risponderà di omicidio doloso il latitante che, incappato in un posto di blocco, dopo aver fatto finta di fermare la propria auto, accelera speronando un'auto della polizia e provocando la morte di un milite che si trovava all'interno. Si potrà ipotizzare un dolo eventuale se ci sono prove che il bandito, pur di sfuggire al blocco che avrebbe determinato la sua cattura, ha accettato persino la morte del poliziotto).

L'oggetto del dolo.

La rappresentazione e la volizione devono avere per oggetto non gli elementi descritti in astratto dalla norma incriminatrice (che l'agente può anche ignorare o interpretare erroneamente), ma il **fatto concreto** che l'agente vuole consapevolmente realizzare, e che corrisponde alla previsione di quella norma, cioè un fatto tipico (ad esempio per l'esistenza del dolo non è importante che l'agente ignori che nel nostro paese è vietata la bigamia ma, perché il dolo esista, rileva solo che l'agente decida di sposarsi sapendo di essere già sposato).

A seconda dell'ampiezza dell'oggetto del dolo si distinguono due forme di dolo: generico e specifico. Nei **reati a dolo generico** l'oggetto della rappresentazione e della volizione è solo il fatto concreto che corrisponde a quello descritto dalla norma incriminatrice, e non invece eventi ulteriori, perseguiti come conseguenza del fatto tipico, che rilevano solo come motivi che aggravano o attenuano la pena (ad esempio nell'omicidio è necessario e sufficiente che l'agente abbia voluto cagionare la morte di un uomo, mentre non rileva per l'esistenza del dolo di omicidio, che l'uomo sia stato ucciso per motivi abietti come ottenere l'eredità in anticipo, o motivi di valore morale come far cessare il dolore di un malato terminale che, rispettivamente, aggraveranno o attenueranno la pena).

Nei **reati a dolo specifico** l'oggetto del dolo è più ampio: abbraccia sia il fatto concreto che corrisponde a quello descritto dalla norma incriminatrice e sia un risultato ulteriore che l'agente deve perseguire come scopo, ma la cui effettiva realizzazione è irrilevante ai fini della consumazione del reato (ad esempio nel sequestro di persona a scopo di estorsione l'agente deve rappresentarsi e volere la privazione della libertà personale della vittima, perseguendo, come scopo del sequestro, il conseguimento di un riscatto come prezzo della liberazione, ma il riscatto è irrilevante per la consumazione del reato).

E' sorto il quesito su cosa debba intendersi per "fatto concreto" ai fini dell'oggetto del dolo, cioè quale parte del fatto concreto debba essere oggetto di rappresentazione e da quale parte debba invece farsi astrazione (ad esempio ci si chiede se per l'esistenza del dolo di omicidio l'agente deve conoscere l'identità della persona contro la quale indirizza l'azione omicida. La risposta è negativa. Infatti per il dolo di omicidio è necessario e sufficiente che l'agente voglia spegnere la vita di un qualsiasi essere umano, non rileva che egli si ponga o no il problema dell'identità della vittima, o che ritenga per errore che la persona verso la quale indirizza il colpo di fucile e che uccide sia Mario Bianchi, l'amante della moglie, mentre in realtà si tratta dello sconosciuto Giovanni Rossi, infatti lo scambio rileva solo ai fini delle circostanze aggravanti o attenuanti). Per quanto riguarda poi il decorso causale che deve essere rappresentato dall'agente nei reati di evento, è necessario e sufficiente che l'agente abbia attribuito alla sua azione l'attitudine a causare in concreto quell'evento, mentre è irrilevante che abbia previsto un decorso causale diverso da quello che poi si è verificato (la cosiddetta aberratio causae), ad esempio se un killer professionista spara per uccidere la vittima designata colpendola alla testa, e invece la uccide colpendola al cuore, la divergenza tra il decorso causale effettivo e quello che il soggetto si è rappresentato non rileva ai fini del dolo. Dire che **oggetto della rappresentazione e della volizione necessarie ai fini del dolo è un fatto**

concreto che corrisponde al modello di una specifica figura di reato equivale a dire che l'agente deve rappresentarsi e volere tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato:

-per quanto riguarda i **presupposti della condotta**, il soggetto deve rappresentarsi la loro esistenza come certa o come possibile, accettando l'eventualità della loro esistenza (ad esempio nel delitto di atti osceni il dolo si configura se l'agente è pienamente consapevole che gli atti sessuali possono essere visti da terzi, perché vengono compiuti su una panchina in un giardino pubblico);

-per quanto riguarda gli **elementi negativi del fatto**, sarà necessaria ad esempio la consapevolezza dell'assenza del consenso della donna nel reato di procurato aborto.

Nell'oggetto del dolo è inclusa anche la **qualità del soggetto attivo**, giuridica o di fatto, che caratterizza i **reati propri**, e che concorre a delineare il fatto come specifica forma di offesa a un bene giuridico; infatti si tratta di una posizione del soggetto che riflette un particolare rapporto con il bene che può essere attaccato solo da chi appartenga a una determinata cerchia di soggetti. Perché il dolo si configuri è necessario che l'agente abbia una conoscenza da profano della sua qualità giuridica (ad esempio chi si lascia corrompere deve sapere che riveste una funzione non privata, ma pubblica, e non importa che sappia esattamente se è un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio. L'intrusione della qualità del soggetto attivo nell'oggetto del dolo dei reati propri è confermata anche dalla disciplina del *concorso di persone*. Infatti la regola generale dice che il soggetto privo della qualifica richiesta dalla norma incriminatrice, cioè l'estraneo, risponde di concorso doloso nel reato proprio se sapeva che la persona da lui agevolata o istigata alla commissione del reato rivestiva la qualità richiesta dalla norma incriminatrice (ad esempio l'estraneo risponderà di concorso in corruzione propria solo se ha istigato un pubblico ufficiale a lasciarsi corrompere per compiere un atto contrario ai doveri del suo ufficio, sapendo che si trattava di un pubblico funzionario.). Però un'*eccezione* è prevista dall'art. 117 c.p. che rende responsabile di concorso nel reato proprio anche l'estraneo che ignorava la qualità della persona istigata o agevolata, nel caso in cui l'estraneo volesse comunque concorrere a realizzare un fatto penalmente rilevante e la presenza della qualità a lui ignota comportasse solo l'integrazione di una diversa figura di reato (ad esempio chi istiga una persona ad appropriarsi di una somma di denaro da lei posseduta ignorando che la persona istigata è un pubblico funzionario e che possiede quella somma a causa del suo ufficio; mentre secondo le regole generali del dolo l'estraneo

dovrebbe rispondere di concorso in appropriazione indebita, secondo l'art.117 risponderà invece di concorso in peculato, che è una particolare forma di appropriazione indebita realizzata dal pubblico funzionario).

Il dolo e l'erronea supposizione della presenza di cause di giustificazione.

L'**erronea supposizione** di trovarsi in una situazione che, se esistesse realmente, integrerebbe gli estremi di una causa di giustificazione riconosciuta dall'ordinamento **esclude il dolo** (ad esempio l'agente può ritenere erroneamente che una persona che si avvicina di notte in una strada buia e malfamata non gli voglia chiedere un'informazione ma aggredirlo, mettendo quindi a repentaglio la sua vita, così pensando di doversi difendere, egli colpirà il presunto aggressore con un bastone procurandogli lesioni gravissime. Il fatto di lesioni non sarà giustificato perché non ricorrevano in realtà gli estremi della legittima difesa, ma l'erronea supposizione di trovarsi in una situazione che, se fosse realmente esistita, avrebbe integrato gli estremi di quella causa di giustificazione escluderà il dolo, perché ciò che il soggetto si è rappresentato e ha voluto è un fatto diverso da quello reale, e che l'ordinamento considera lecito). Se però l'erronea supposizione della presenza di una causa di giustificazione è stata determinata da colpa, perché nessuna persona ragionevole sarebbe caduta in quell'errore, il fatto antiggiuridico viene addebitato all'agente a titolo di colpa, sempre che si tratti di un fatto previsto dalla legge come delitto colposo. Questa erronea supposizione della presenza di una causa di giustificazione, chiamata **causa di giustificazione putativa**, è prevista dall'art. 59, 4 comma c.p., il quale dice che "se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

Il dolo nei reati omissivi.

Nei reati omissivi, sia propri che impropri, le caratteristiche del fatto influiscono nella configurazione del dolo per quanto riguarda l'oggetto della rappresentazione e della volizione.

Per quanto riguarda il **momento rappresentativo**, il soggetto che ha l'obbligo di agire innanzitutto deve essere a conoscenza, anche in forma dubitativa, dei presupposti di fatto dai quali scaturisce il dovere dell'agente, e ciò vale sia per i reati propri che impropri (ad esempio il dolo di omissione di soccorso, che appartiene ai reati omissivi propri, e esige che il soggetto si renda conto di trovarsi di fronte a un fanciullo minore di anni 10 o a una persona incapace di provvedere a se stessa che siano stati abbandonati o smarriti; oppure nel disastro ferroviario realizzato in forma omissiva, l'addetto agli scambi della stazione ferroviaria deve rendersi conto che sta per arrivare un treno che potrebbe scontrarsi con altri treni se non viene da lui avviato su un certo binario e che il transito del treno si verificherà durante il suo turno di lavoro). In secondo luogo il soggetto **deve sapere qual è l'azione da compiere** (ad esempio chi si imbatte nel minore o nell'incapace deve sapere che deve avvertire la pubblica autorità; oppure il dipendente delle ferrovie deve sapere come manovrare gli scambi e verso quale binario avviare il treno in arrivo). Invece non è necessario che il soggetto sappia che il mancato compimento dell'azione doverosa è penalmente rilevante. Nei reati omissivi impropri, che esigono anche il verificarsi di una evento come conseguenza dell'omissione, inoltre il garante deve rendersi conto che il **compimento dell'azione per lui doverosa potrebbe impedire il verificarsi dell'evento**, neutralizzando così il decorso causale che potrebbe produrlo (ad esempio il ferroviere deve rendersi conto che, azionando correttamente lo scambio, eviterà la collisione pericolosa per la pubblica incolumità).

Per quanto riguarda il **momento volitivo** del dolo, è necessario che il soggetto decida di non compiere l'azione doverosa; inoltre nei reati omissivi impropri il momento volitivo esige che il soggetto abbia posto a base di quella decisione l'intenzione di non impedire l'evento o la certezza o l'accettazione dell'eventualità del verificarsi di un evento che sarebbe stato impedito dal compimento dell'azione doverosa (ad esempio se il dipendente delle ferrovie è un terrorista potrebbe operare con dolo intenzionale: la sua decisione di non manovrare lo scambio all'approssimarsi del treno mirerà proprio al verificarsi di un disastro ferroviario che, come sapeva, sarebbe stato evitato se avesse azionato gli scambi).

L'accertamento del dolo.

Particolarmente difficile è l'**accertamento del dolo**, infatti i fattori psichici che lo compongono, cioè la rappresentazione e la volizione, non possono essere accertati attraverso i sensi, ma possono essere desunti solo da dati esteriori, con l'aiuto di **massime di esperienza**, le quali però possono condurre a risultati inaccettabili, ad esempio non si può pensare che Tizio abbia previsto un dato evento solo perché di regola quell'evento era prevedibile da una persona ragionevole, in questo modo si trasformerebbe il dolo (che consiste nell'effettiva rappresentazione e volizione del fatto) nella colpa (per cui basta la possibilità di rappresentarsi la realizzazione

del fatto). Quindi le massime di esperienza vanno utilizzate con prudenza e tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, ad esempio:

-le modalità dell'azione che hanno caratterizzato ad esempio l'uccisione di un uomo parlano nel senso della rappresentazione e volizione della morte quando l'arma usata era micidiale, ad esempio un fucile di precisione, o è stata usata a breve distanza dalla vittima, o è stata orientata a colpire parti vitali del corpo;

-la condotta susseguente al reato che può assumere valore di indizio della rappresentazione e volizione del fatto, ad esempio la fuga dal luogo del delitto, la cancellazione delle tracce, l'occultamento dell'arma;

-la personalità dell'agente e gli interessi che lo animavano, ad esempio rilevano nell'accertamento del dolo eventuale l'interesse che l'agente si riproponeva di soddisfare con una determinata condotta;

-Il movente che ad esempio potrebbe aver spinto Tizio a commettere il fatto, e che ha un ruolo sussidiario rispetto all'accertamento del dolo raggiunto autonomamente, perché il movente è un mero indizio, ad esempio il romanzo giallo vede una molteplicità di personaggi tutti dotati di validi motivi per uccidere, ma uno solo di loro è l'assassino.

Per quanto riguarda poi l'**errore**, sia sul fatto che sulle cause di giustificazione, la sua credibilità non può fondarsi solo sulle affermazioni dell'agente, ma deve basarsi anche su circostanze emerse nel processo, come ad esempio testimonianze, documenti, modalità di realizzazione del fatto.

4. La colpa.

Nozione.

La realizzazione per **colpa** di un fatto antiggiuridico comporta una responsabilità meno grave rispetto alla realizzazione dolosa dello stesso fatto; ad esempio per l'omicidio: per chi cagiona dolosamente la morte di un uomo l'art.575 c.p. stabilisce che la pena minima è di 21 anni di reclusione; per chi invece cagiona la morte per colpa l'art.589 c.p. stabilisce che la pena massima è di 5 anni di reclusione. La colpa è un criterio di attribuzione della responsabilità che ha una struttura diversa dal dolo, come risulta dall'art.43.1 comma c.p., il quale stabilisce che "*il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*". La colpa quindi ha un requisito negativo e un requisito positivo: il primo è l'assenza di dolo, cioè il fatto deve essere stato realizzato involontariamente; il secondo è quello che la legge descrive come *negligenza o imprudenza o imperizia, o inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*.

Le varie forme di colpa si fondano su un **giudizio normativo**, cioè sul contrasto tra la condotta concreta dell'agente e il modello di condotta imposto da regole di diligenza, prudenza o perizia. La **negligenza** è l'omesso compimento di un'azione doverosa; l'**imprudenza** è la violazione di un divieto assoluto di agire o del divieto di agire con particolari modalità; mentre l'**imperizia** è una carenza di cognizioni o di abilità esclusive nello svolgimento di attività tecniche o professionali. Il tratto comune di queste regole è una **finalità preventiva o cautelare**, cioè la finalità di evitare che dalla condotta dell'agente possono derivare eventi dannosi o pericolosi prevedibili (si impone di tenere la condotta A o si vieta di tenere la condotta B per evitare che si verifichi l'evento C); questa finalità deve avere un carattere esclusivo, cioè non può fondare un rimprovero di colpa rispetto alla morte di un uomo per percosse o lesioni, la violazione delle norme che reprimono le percosse o le lesioni e che hanno come scopo la tutela dell'integrità fisica, non possono avere come scopo esclusivo la tutela preventiva della vita.

La colpa specifica come inosservanza di regole cautelari "codificate".

Le regole di diligenza, prudenza e perizia possono essere "**codificate**", cioè contenute in norme di fonte pubblica o privata.

La colpa per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline è la **colpa specifica**. Nella seconda metà del XX secolo, l'aumento delle attività rischiose socialmente utili (ad esempio lo sviluppo della produzione industriale) ha reso necessario l'intervento di norme giuridiche emanate dai poteri legislativo (=> **leggi**) ed esecutivo (=> **regolamenti**), ad esempio il legislatore e il potere esecutivo hanno emanato e aggiornato il codice della strada e i relativi regolamenti, con il fine di ridurre i rischi tipici della circolazione stradale. Anche altre pubbliche autorità possono emanare atti (**ordini**), la cui inosservanza dà vita a colpa, che contengono divieti o comandi necessari per prevenire eventi dannosi o pericolosi per la vita o l'integrità fisica (es.: i vigili urbani mentre regolano il traffico). Infine, regole cautelari possono trovare la loro fonte in atti emanati da singoli soggetti privati che esercitano un'attività pericolosa (**discipline**), ad esempio le norme che l'imprenditore detta per tutelare l'integrità dei lavoratori dai rischi che possono derivare dai processi

produttivi in una determinata azienda.

Essendo la finalità preventiva o cautelare il tratto che individua tutte le regole di condotta rilevanti ai fini della colpa, rientrano nel concetto di leggi (regolamenti, ordini o discipline) la cui inosservanza dà vita a colpa non tutte le leggi, ma solo le **leggi che impongono o vietano una data condotta all'esclusivo scopo di neutralizzare, o ridurre, il pericolo** che da quella condotta possano derivare eventi dannosi o pericolosi importanti riguardo a una fattispecie di reato colposo: **si comanda o vieta di tenere la condotta A, al solo scopo di prevenire che si verifichi l'evento B come conseguenza della condotta in contrasto con quel comando o divieto**; quindi deve trattarsi di leggi con funzione preventiva nei confronti di eventi tipici. Quindi ad esempio non sono leggi la cui inosservanza dà vita a colpa le leggi con finalità risarcitoria o tributaria, come quelle che impongono al possessore di un veicolo di assicurarlo contro danni a terzi o di pagare una tassa per contribuire alle spese di costruzione o manutenzione delle strade pubbliche; invece dà vita a colpa l'inosservanza della norma penale che vieta di cagionare dolosamente ad altri una lesione personale, come stabilisce l'art. 582 c.p., infatti è un divieto che ha la finalità esclusiva di tutelare la salute fisica o psichica altrui dalle aggressioni inferte dolosamente, e non la finalità di prevenire la morte come possibile conseguenza delle lesioni.

Le leggi la cui inosservanza può fondare il rimprovero di colpa possono essere variamente sanzionate: con sanzione amministrativa (come la maggior parte delle norme del codice della strada) o anche con sanzione penale (ad esempio la legislazione antinfortunistica, se viene violata una norma cautelare che comporta una sanzione penale e si verifica la morte di un lavoratore a causa dell'omissione della misura antinfortunistica prescritta da quella norma, la violazione di essa integrerà un autonomo reato che concorrerà con l'omicidio colposo).

La colpa generica come violazione di regole cautelari non "codificate".

Il fenomeno della codificazione delle regole di diligenza, prudenza e perizia incontra una serie di **limiti**. Infatti non tutto può essere oggetto di regole di diligenza (ad esempio nella circolazione stradale capita spesso che si verifichino situazioni di pericolo inaspettate che possono essere neutralizzate con manovre di emergenza non descrivibili a priori, se ad esempio il conducente di un'auto trova sul proprio tragitto un motociclista caduto, per evitare di travolgerlo dovrà sterzare a destra o a sinistra a seconda dello spazio disponibile, del sopraggiungere di altri veicoli, ecc.: il legislatore non può descrivere in termini generali la manovra da eseguire per fronteggiare situazioni così varie); ci sono poi le attività rischiose socialmente utili in cui un intervento del legislatore per imporre le regole di diligenza è indesiderabile (ad esempio se venissero codificati i risultati del sapere e le abilità consolidate in campo medico-chirurgico, si bloccherebbe la ricerca o comunque il sanitario non potrebbe utilizzare misure più avanzate se non sono ancora comprese in quelle regole scritte); infine ci sono poi molte attività pericolose che l'uomo normale compie tutti i giorni per le quali non potrebbero mai essere dettate norme giuridiche scritte a contenuto cautelare (ad esempio non è pensabile che il legislatore detti le regole di diligenza a cui deve attenersi chi si difende da un aggressore per evitare che le cagioni un evento lesivo sproporzionato rispetto al pericolo da neutralizzare). Perciò accanto alle regole codificate, c'è un ampio spazio per regole la cui individuazione grava sul giudice: è lo spazio della **colpa generica**, quella che il codice penale designa come colpa per negligenza o imprudenza o imperizia.

Il giudice non è libero di individuare a suo piacimento le regole di diligenza o di prudenza o di perizia che andranno rispettate dall'agente nel singolo caso concreto: per individuare quelle regole il giudice non farà riferimento a quel che si usa fare, ma a quel che si doveva fare in un dato momento. Una volta si invitava il giudice ad assumere un unico modello di riferimento: la tradizionale figura del buon padre di famiglia, l'uomo medio, un uomo accortissimo dotato di tutto il sapere del suo tempo. Ma l'adozione di un unico modello è in contrasto con l'enorme varietà dei pericoli che l'uomo deve affrontare, perciò oggi si fa capo ad una pluralità di modelli, cioè tipi ideali di uomo tratti dall'esperienza, ai quali si attribuiscono certe conoscenze, abilità: si tratta quindi del modello di uomo o donna che conosce e sa dominare i rischi per la vita familiare; il pedone modello; l'automobilista modello; ecc.

Le regole di diligenza vanno ritagliate sulla persona del singolo agente; questo processo di personalizzazione incontra però un limite logico: non si può tener conto dell'assenza nell'agente delle conoscenze o delle capacità psico-fisiche necessarie per fronteggiare i pericoli della vita di relazione, si possono prendere in considerazione solo le menomazioni fisiche.

Le conoscenze e le abilità del singolo agente superiori rispetto a quelle dell'agente modello non possono fondare, in linea di principio, un più elevato dovere di diligenza (ad esempio il campione di formula uno è abilitato alla guida nelle gare automobilistiche e quando vi partecipa si potrà pretendere da lui che adotti i comportamenti necessari per chi gareggia ad altissima velocità in situazioni di rischio elevato per la vita degli altri piloti e del pubblico, ma quando il pilota si inserisce nella normale circolazione stradale non si può pretendere da lui niente di meno e niente di più di quanto si pretende da un normale automobilista). Quindi conoscenze e abilità superiori rileveranno solo in quanto portino a delineare un diverso modello di agente, relativo ad una specifica attività.

I rapporti tra colpa specifica e colpa generica.

E' molto importante la distinzione fra **norme giuridiche a contenuto rigido** e **norme giuridiche a contenuto elastico**: le prime impongono al destinatario una regola di condotta fissata in modo preciso (ad esempio fermarsi quando il semaforo è rosso), le seconde fanno invece dipendere l'individuazione della regola di condotta dalle circostanze del caso concreto (ad esempio la velocità sarà limitata o eccessiva a seconda delle condizioni ambientali, come quando c'è una strada bagnata o innevata).

Ci si chiede se l'inosservanza di una regola cautelare codificata a contenuto rigido sia sufficiente a fondare la colpa. Questa domanda ha senso per le sole regole cautelari a contenuto rigido: l'inosservanza dà vita a colpa, a meno che siano presenti circostanze concrete tali da rendere il rispetto della norma fonte di un aumento del rischio della realizzazione di un fatto che integra un reato colposo: in questa evenienza l'inosservanza della norma giuridica è irrilevante perché la regola di diligenza da osservare sarà quella che l'agente modello avrebbe tenuto nelle circostanze concrete per evitare che quel maggiore rischio si traducesse in un evento lesivo (ad esempio come accade per la condotta imposta dalle manovre di emergenza per cui il conducente di un'auto per evitare di investire un motociclista che, cadendo, sta per finire sotto le ruote dell'auto, sarà tenuto a spostarsi a sinistra nonostante il normale obbligo di tenere la destra).

I reati colposi di evento: i contenuti del dovere di diligenza.

Il legislatore ha assunto come prototipo dei reati colposi il **reato colposo di evento**: ha infatti stabilito che *il delitto è colposo quando l'evento si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, o per inosservanza di leggi*: in questa classe di reati le regole di diligenza, prudenza e perizia sono rivolte al futuro: sono cioè finalizzate a prevenire che dalla condotta dell'agente possa derivare un evento offensivo di beni giuridici. Deve essere colposa sia la condotta sia l'evento che ne è derivato.

La condotta colposa.

Nei reati colposi di evento, il dovere di diligenza, prudenza o perizia - qualunque sia la fonte da cui deriva - ha un duplice contenuto, vincolante al momento in cui si inizia o si continua ad agire:

A) riconoscere il pericolo o i pericoli del realizzarsi del fatto antiggiuridico, che può e deve essere ottenuto dall'agente coi sensi, con gli strumenti apprestati dalla tecnica per potenziare i sensi, e attraverso l'applicazione al caso concreto delle regole di esperienza oggettive note all'agente modello.

B) neutralizzare o ridurre il pericolo o i pericoli che si realizzi il fatto antiggiuridico; l'adempimento di questo dovere può comportare la totale astensione dall'agire o dalla prosecuzione dell'agire; mentre altre volte si impone di agire con particolari modalità.

In definitiva il carattere colposo della condotta può derivare dal mancato riconoscimento del pericolo di realizzazione del fatto che l'agente modello sarebbe stato in grado di riconoscere nel momento in cui l'agente concreto ha iniziato o continuato ad agire o, di fronte a un pericolo ormai riconosciuto, dalla mancata adozione dei comportamenti necessari per neutralizzare o ridurre il pericolo che in quel momento avrebbe tenuto l'agente modello. Per stabilire il **momento** a partire dal quale un dato pericolo è **riconoscibile** dall'agente modello, bisogna basarsi sulle conoscenze che in un dato momento costituiscono un patrimonio diffuso, mentre non sono importanti le conoscenze che ha solo una cerchia di specialisti. Inoltre le **misure da adottare** per neutralizzare o ridurre un pericolo riconoscibile vanno individuate a partire dal momento in cui quelle misure sono fattibili utilizzando ad esempio le tecnologie disponibili sul mercato.

Il principio di affidamento.

Molte attività pericolose vengono svolte da una pluralità di persone, ciò può avvenire nella forma della collaborazione necessaria (cioè il lavoro in equipe), oppure nella forma di attività individuali che possono intersecarsi reciprocamente (ad esempio le analisi mediche effettuate da un laboratorio su richiesta del medico curante). In tutti questi casi opera il **principio di affidamento**, in base al quale ciascuno degli agenti può confidare che il comportamento dell'altro sia conforme alle regole di diligenza, prudenza e perizia (ad esempio il medico che ha prescritto le analisi potrà confidare sull'esattezza dei risultati delle analisi. Un primo limite del principio di affidamento è che le circostanze del caso concreto lascino riconoscere la possibilità di un altrui comportamento colposamente pericoloso, cioè si può confidare nel diligente comportamento altrui, a meno che le circostanze del caso concreto non facciano ritenere che è una fiducia infondata. I criteri che fondano i doveri di diligenza vanno sempre commisurati alla condotta che, nelle circostanze del caso concreto, avrebbe tenuto il modello di agente (ad esempio il medico, a cui il paziente consegna delle analisi con dei risultati che sono lontanissimi dai parametri di riferimento oppure che provengono da un laboratorio noto al medico per inattendibilità, dovrà far ripetere le analisi, indirizzando il paziente a un diverso e affidabile laboratorio).

Un secondo limite può essere presente nei casi, previste dall'art. 42, 2 comma c.p., in cui l'agente abbia l'obbligo

giuridico di impedire eventi lesivi dell'altrui vita o integrità fisica, il cui rispetto comporta, come dovere di diligenza, il controllo e la vigilanza dell'operato altrui, infatti non potrà fare affidamento sul corretto comportamento altrui quando la diligenza da rispettare gli imponeva proprio di controllare che quel comportamento non fosse colposo (ad esempio nell'attività medico-chirurgica, la giurisprudenza maggioritaria esaspera i doveri di controllo del primario, accollandogli le condotte colpose del sanitario delegato, anche quando nulla lasciava prevedere che si sarebbe comportato in modo negligente o imperito). Il principio di affidamento opera anche rispetto ai **reati dolosi** commessi da altri, infatti non solo si può confidare che gli altri consociati non agiranno colposamente, ma siamo anche autorizzati a confidare che non agiranno dolosamente. In questo ambito il principio di affidamento ha una portata più ampia, per due ragioni: in primo luogo, per le caratteristiche del nostro sistema penale, solo in via di eccezione sono previsti delitti di agevolazione colposa di un fatto dannoso, contenuti nel codice penale comune e nei codici penali militari di pace e di guerra. In questi casi non ha importanza l'affidamento che altri non agiranno dolosamente, perché la commissione di quei delitti viene rimproverata sulla base della colpa, per non aver previsto ciò che era astrattamente prevedibile.

In secondo luogo in astratto è prevedibile che coltelli, martelli, quando vengono venduti a terzi, potranno essere utilizzati come strumenti per commettere omicidi dolosi; ma nessuno si sogna di proibire la vendita di quegli oggetti; quindi deve sottostare a condizioni più stringenti l'esclusione dell'affidamento, e quindi la configurabilità di una responsabilità per colpa ad esempio a titolo di omicidio colposo, per aver contribuito alla commissione da parte di altri di un omicidio doloso. Tra le varie soluzioni, prevale quella che individua un'autonoma responsabilità per colpa nell'aver favorito con la propria condotta l'altrui riconoscibile inclinazione o propensione a commettere un fatto doloso, in presenza di indizi concreti che rendano riconoscibile quella inclinazione o propensione (ad esempio è imprudente che un cacciatore lasci il suo fucile da caccia carico nell'anticamera di un ristorante, e gli costerà il rimprovero di colpa per la morte causata da uno sventato ragazzo che, maneggiando il fucile, procuri involontariamente la morte di un cameriere. Ma se ad usare l'arma è un uomo che spara e uccide deliberatamente un avventore del ristorante con cui ha una colluttazione, ci sarà la responsabilità dell'omicidio colposo del cacciatore se c'erano indizi concreti che rendevano conoscibile il pericolo di una rissa tra i frequentatori del ristorante che poteva degenerare in un omicidio doloso commesso utilizzando l'arma lasciata incustodita dal cacciatore).

Il nesso tra colpa e evento.

Nei reati di evento la colpa deve abbracciare sia l'azione sia l'evento: si doveva agire diversamente perché, agendo come si è agito, si poteva cagionare un evento che il legislatore vuole impedire. Il **nesso tra colpa ed evento** è richiesto dalla stessa definizione legislativa del delitto colposo: " l'evento che è il risultato dell'azione o dell'omissione deve infatti verificarsi a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline" (art. 43.1 comma c.p.); e questo nesso compare anche nella descrizione dei singoli delitti colposi di evento, come ad esempio l'omicidio colposo (chiunque cagiona, per colpa, la morte di una persona). La violazione della regola di diligenza, prudenza o perizia deve caratterizzare come colposa tanto l'azione, quanto l'evento che è conseguenza dell'azione. Il nesso che deve intercorrere tra colpa e evento è **duplice**.

In primo luogo, l'**evento concreto** dev'essere **realizzazione del pericolo** (o di uno dei pericoli) **che la norma violata mirava a prevenire**, ad esempio la regola di diligenza che impone all'automobilista di accorgersi del semaforo rosso e di fermarsi ha la finalità esclusiva di evitare la collisione con altri veicoli o l'investimento di pedoni nell'area dell'incrocio, con la conseguente messa in pericolo della vita o integrità fisica altrui.

È problematico se tra gli sviluppi causali riconducibili al pericolo colposamente creato dall'agente vadano

ricompresi i comportamenti colposi del terzo (ad esempio se l'errore diagnostico o terapeutico del sanitario che aggrava una ferita colposamente cagionata possa essere considerato come uno sviluppo causale prevedibile della condotta colposa, e probabilmente lo è). Il primo nesso tra colpa ed evento va accertato non in relazione all'evento astratto descritto dalla norma incriminatrice, ma in relazione all'evento concreto penalmente rilevante che rappresenta la realizzazione dello specifico rischio o di uno dei rischi che la norma violata mirava a prevenire.

Il secondo nesso tra colpa ed evento consiste nel fatto che, accertato che l'evento è la realizzazione del pericolo colposamente creato dall'agente, bisogna appurare **se la condotta rispettosa delle regole di diligenza avrebbe evitato nel caso concreto il verificarsi dell'evento** (ad esempio un anestesista che somministra al paziente un anestetico diverso da quello prescritto dalle regole dell'arte medica, cagionando la morte del paziente. Però si accerta che quel paziente non tollerava nessun tipo di anestetico: quindi la sua morte non potrà essere rimproverata per colpa all'anestesista perché l'evento non sarebbe stato evitato in concreto neanche se fossero state rispettate le regole dell'arte medica). Normalmente le regole di diligenza impongono di agire in un determinato modo per evitare eventi lesivi di beni giuridici; in via di eccezione questa regole non tendono ad evitare ma a ridurre il rischio del verificarsi dell'evento,

e ciò accade quando gli sviluppi della ricerca scientifica o della tecnica mettono a disposizione dell'agente solo delle cautele in grado di minimizzare i rischi, senza poterli neutralizzare del tutto (ad esempio la normativa in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti dall'esposizione ad agenti cancerogeni, che richiede ai datori di lavoro di fare in modo che il livello di esposizione dei lavoratori sia ridotto al più basso valore tecnicamente possibile). L'insussistenza del nesso tra colpa ed evento esclude che chi ha tenuto la condotta colposa possa essere assoggettato alla pena prevista per la causazione colposa di questo o quell'evento; rimane aperta invece la possibilità che la condotta colposa venga punita di per sé con una sanzione diversa e meno grave - penale, amministrativa o disciplinare - prevista dall'ordinamento giuridico (ad esempio in materia di circolazione stradale la maggior parte delle condotte imprudenti sono previste dal codice della strada, che prevede sanzioni pecuniarie e amministrative e, nei casi più gravi, sanzioni interdittive, come la sospensione o il ritiro della patente).

La colpa nei reati omissivi impropri.

La **responsabilità per l'omesso impedimento di eventi costitutivi di delitti colposi** si configura nei confronti di chi è destinatario di obblighi di protezione o di controllo dei pericoli che possono incombere sui più diversi beni. In questo gruppo di reati la colpa può consistere: **a)** nell'inottemperanza del dovere di attivarsi per riconoscere la presenza dei pericoli che i garanti hanno il dovere di sventare; **b)** nel mancato compimento delle azioni necessarie per neutralizzare o ridurre quei pericoli (ad esempio il bagnino, obbligato per contratto a proteggere la vita dei bagnanti di uno stabilimento o di una piscina, risponderà per colpa della morte per annegamento di uno di costoro se per disattenzione non si è reso conto che un bagnante era in difficoltà o se, resosi conto del pericolo, è stato imperito nel prestare soccorso). Anche nei reati omissivi impropri l'evento non può essere addebitato a colpa se il soggetto non poteva evitarlo nemmeno compiendo le azioni che la diligenza o la perizia gli imponevano di compiere (ad esempio il bagnino di uno stabilimento balneare non risponderà della morte del bagnante se l'annegamento è avvenuto a una distanza tale dalla riva da precludere ogni efficace azione di salvataggio).

I reati colposi di mera condotta.

Sia tra i delitti, sia tra le contravvenzioni, compaiono **reati colposi di mera condotta**, cioè reati colposi nei quali il fatto si esaurisce nella realizzazione di una condotta, in presenza di dati presupposti, senza che debba verificarsi un evento (ad esempio la legge punisce chi somministra per colpa dei medicinali diversi da quelli indicati nelle ordinazioni mediche). In questo tipo di reati le regole di diligenza che l'agente deve rispettare sono finalizzate non a prevenire eventi futuri, ma ad assicurare che l'agente assuma le informazioni necessarie o compia i controlli necessari nel momento in cui esegue l'azione (ad esempio è dovuta a colpa la somministrazione di un medicinale diverso da quello prescritto dal medico se il farmacista non ha letto attentamente la ricetta esibita dal cliente).

Il grado della colpa.

Nell'ordinamento italiano la colpa si configura quando la condotta concreta è difforme dal modello di condotta prescritto da una regola di diligenza, prudenza o perizia, codificata o non codificata. Il **grado della colpa** - cioè il divario tra la condotta concreta ed il modello di condotta che l'agente doveva rispettare - è irrilevante ai fini della realizzazione per colpa di questa o quella figura di reato colposo: rileverà invece ai fini della commisurazione della pena, che dipende, tra l'altro, dal grado della colpa, come stabilisce l'art. 133, 1 comma n.3 c.p. (ad esempio in un omicidio colposo sarà elevato il grado della colpa, che quindi comporterà una pena superiore al medio edittale, se il datore di lavoro ha completamente ommesso di adottare le misure di sicurezza imposte dalla legge a protezione dei lavoratori. Invece sarà minimo il grado della colpa nel caso ad esempio dell'automobilista che abbia investito ed ucciso un pedone avendo superato di un solo chilometro all'ora il limite massimo di velocità nei centri urbani). Vi sono inoltre figure di reato la cui integrazione esige un elevato grado di colpa (es.: bancarotta semplice prevista dall'art.217, 1 comma n.31 legge fall., per la quale la legge richiede che l'imprenditore abbia compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento).

Una forma più grave di responsabilità per colpa si configura, per i delitti, nei casi di **colpa con previsione**, cioè nei casi in cui l'agente per leggerezza sottovaluta la probabilità del verificarsi dell'evento che ha previsto o sopravvaluta le proprie capacità di evitarlo. L'art. 61 n.3 c.p. prevede come circostanza aggravante, nei delitti colposi, l'aver agito nonostante la previsione dell'evento.

5. Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per dolo misto a colpa

La responsabilità oggettiva: nozione e incompatibilità con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale.

Il codice penale del 1930 prevede una serie di ipotesi di **responsabilità oggettiva**, cioè ipotesi nelle quali un elemento

del fatto di reato o l'intero fatto di reato viene addossato all'agente senza che sia necessario accertare la presenza del dolo o, almeno, della colpa: la responsabilità si fonda solo sull'oggettiva esistenza di questo o quell'elemento, o sulla mera oggettiva causazione. Si tratta però di una disciplina in contrasto con la Costituzione: il principio di colpevolezza ha il rango di principio costituzionale, come ha affermato la Corte Costituzionale in due sentenze del 1988, la seconda delle quali (la n. 1085), ha messo in risalto che dal 1° comma dell'art. 27 Cost risulta indispensabile il collegamento (almeno nella forma della colpa) tra soggetto agente e fatto. Secondo la corte la responsabilità oggettiva, cioè la responsabilità senza dolo e senza colpa "contrasta con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale".

In realtà la corte costituzionale ha potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina dettata dall'art. 626, 1° comma n.1 c.p. per il furto d'uso, che attribuiva rilevanza alla mancata restituzione della cosa sottratta, anche se dovuta al caso fortuito o alla forza maggiore; di conseguenza la previsione della responsabilità oggettiva è tuttora formalmente presente nell'ordinamento sia in una norma di parte generale, l'art. 42, 3° comma c.p., sia in numerose disposizioni di parte generale e speciale, che individuano tre gruppi d'ipotesi: a) responsabilità oggettiva in relazione all'evento; b) responsabilità oggettiva in relazione ad elementi del fatto diversi dall'evento; c) responsabilità oggettiva in relazione all'intero fatto di reato.

In attesa di un intervento del legislatore il giudice deve interpretare le norme che prevedono la responsabilità oggettiva in conformità alla costituzione, perciò deve leggerle e applicarle come s'è già contenessero il limite della colpa.

Responsabilità oggettiva in relazione all'evento.

Un primo gruppo di ipotesi, in cui è l'evento l'elemento del fatto sottratto all'oggetto del dolo e della colpa, è rappresentato dai **delitti aggravati dall'evento**, cioè figure delittuose per le quali la legge prevede un aggravamento della pena al verificarsi di una conseguenza naturalistica del reato, già integrato in tutti i suoi elementi costitutivi: ad esempio i maltrattamenti in famiglia, l'abbandono di persone minori o incapaci, che sono puniti con una pena più grave quando dal fatto consegue la morte o la lesione personale.

Alla luce del principio costituzionale di colpevolezza, la pena maggiore che la legge ricollega al verificarsi dell'evento potrà essere applicata solo se, alla luce di tutte le circostanze concrete, l'evento era uno sviluppo prevedibile ed evitabile, con la diligenza esigibile da un uomo ragionevole, del fatto concreto volontariamente realizzato dall'agente.

L'evento viene posto dalla legge a carico dell'agente sulla sola base del rapporto di causalità anche nei casi di **delitto preterintenzionale** cioè nei casi in cui dall'azione od omissione deriva un evento più grave di quello voluto dall'agente (come stabilisce l'art. 43, 1° comma). L'unica figura di reato che il legislatore ha espressamente qualificato come preterintenzionale è l'omicidio come stabilisce l'art. 584 c.p.: "risponde di tale delitto chi, con atti diretti a percuotere o a cagionare una lesione personale, cagiona la morte di un uomo". Anche se manca un'espressa qualificazione legislativa, ha la struttura del delitto preterintenzionale anche la figura dell'aborto, risponde di questo delitto "chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare le lesioni alla donna" (come stabilisce l'art. 18, 2° comma della legge 194 del 1978").

Per il legislatore del 1930 la preterintenzione darebbe vita non a un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma di responsabilità colpevole. Infatti nell'art. 42 c.p. la rubrica contrappone la responsabilità obiettiva alla responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale; il secondo comma accosta la responsabilità preterintenzionale a quella dolosa e colposa, mentre della responsabilità oggettiva si parla nel terzo comma, come responsabilità accollata all'agente "altrimenti", cioè non per dolo, né per colpa, né per preterintenzione. Anche secondo una parte della giurisprudenza la responsabilità preterintenzionale sarebbe una responsabilità per dolo mista a colpa. Doloso sarebbe ad esempio nell'omicidio preterintenzionale il compimento di atti diretti a percuotere o a cagionare una lesione personale, mentre l'evento più grave della morte sarebbe attribuibile a colpa dell'agente. Però come ritiene un'altra parte della giurisprudenza e la dottrina dominante, nel delitto preterintenzionale l'evento più grave è posto a carico dell'agente solo sulla base del rapporto di causalità con l'azione o l'omissione dell'agente: quindi si tratta di responsabilità oggettiva; infatti non può parlarsi di colpa per inosservanza di leggi, perché le leggi la cui violazione dà vita a colpa sono solo quelle che vietano di agire o impongono di agire con determinate modalità esclusivamente allo scopo di prevenire il verificarsi di eventi lesivi. In definitiva, attraverso un'interpretazione secondo Costituzione si può rimodellare il delitto preterintenzionale secondo lo schema della responsabilità colpevole, subordinando l'applicazione della norma incriminatrice alla possibilità di rimproverare a colpa dell'agente la causazione dell'evento: chi con atti diretti a cagionare percosse o lesioni ha provocato la morte di un uomo risponderà di omicidio preterintenzionale solo se un uomo ragionevole poteva rappresentarsi l'intervento del fattore causale (ad esempio un vizio cardiaco) che ha fatto degenerare le percosse o le lesioni nella morte della vittima.

Responsabilità oggettiva in relazione ad elementi del fatto diversi dall'evento.

La responsabilità oggettiva si configura anche quando elementi del fatto diversi dall'evento vengono posti a carico

dell'agente anche se rispetto ad essi non vi sia né dolo né colpa, e quindi solo perché oggettivamente esistono. Come accade in primo luogo per la disciplina dei **reati contro la libertà sessuale in danno di un minore di anni quattordici**: secondo quanto dispone l'art. 609 sexies c.p. "il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa" (ad esempio Tizio compie atti sessuali con una tredicenne, il cui sviluppo fisico e i cui atteggiamenti lascino credere che abbia invece un'età superiore ai 14 anni). In base al tenore del 609 sexies, tale errore lascerebbe in ogni caso sussistere la responsabilità dell'agente per il delitto configurato dall'art.609 quater comma 1 n. 1 c.p. Viceversa, interpretando il 609 sexies in conformità alla Costituzione, la responsabilità dell'agente potrà essere affermata solo quando l'ignoranza dell'età dell'offeso, o l'erronea supposizione di un'età superiore agli anni quattordici, sia dovuta a colpa dell'agente (quindi la responsabilità andrà esclusa se un uomo ragionevole in quelle circostanze non sarebbe stato sfiorato dal dubbio di trovarsi in presenza di una tredicenne).

L'art.117 c.p., che contiene la disciplina relativa al **concorso di persone nel reato proprio**, introduce una deroga alla disciplina generale del concorso di persone nel reato per i casi in cui, in assenza della qualità richiesta dalla norma che configura il reato proprio, il fatto integrerebbe un diverso reato: l'estraneo che, ignorando la qualità dell'intraneo, lo istiga o lo aiuta a commettere un fatto che integrerebbe il reato diverso, risponde in base all'art.117 c.p. come concorrente nel reato proprio: si tratta di responsabilità oggettiva. Letto secondo Costituzione, l'art.117 impone di ritenere l'estraneo responsabile di concorso nel reato proprio solo se l'ignoranza o l'errore sulla qualifica soggettiva del concorrente sia dovuta a colpa (ad esempio chi istiga il possessore di una somma di denaro ad appropriarsene a profitto proprio o dell'istigatore, ignorando che l'istigato è un pubblico ufficiale che possiede quel denaro in ragione dell'ufficio, risponderà non di concorso nel reato da lui voluto, ma di concorso nel più grave reato proprio di peculato, solo se un uomo ragionevole al suo posto si sarebbe reso conto che colui verso il quale rivolgeva l'istigazione era un pubblico funzionario).

Un'ulteriore ipotesi di responsabilità oggettiva, nella quale un elemento del fatto si trova al di fuori del dolo, è configurata dall'art.82, 1 comma c.p.: si tratta dell' **aberratio ictus monolesiva**, cioè dell'ipotesi in cui per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato o per un'altra causa è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta (ad esempio un teppista il quale da un cavalcavia che sovrasta un'autostrada, lancia un sasso con l'intento di ferire un motociclista e per un errore di mira o per un improvviso cambiamento di direzione del motociclista ferisce invece un operaio che sta facendo lavori di manutenzione sul ciglio della carreggiata).

In presenza di una divergenza tra ciò che il soggetto ha voluto e ciò che ha realizzato, la legge fa ricorso ad una "finzione", considerando realizzata dolosamente l'offesa cagionata a danno di una persona diversa da quella presa di mira: dispone infatti l'art.82, 1 comma che " *il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere*".

L'ipotesi di *aberratio ictus* è diversa da quella dell'**error in persona**: in quest'ultima ipotesi la persona offesa è quella contro cui materialmente si dirigeva l'azione e che si voleva offendere, e ciò che diverge tra volizione e realizzazione attiene solo all'identità della persona offesa. Nell'*aberratio ictus monolesiva*, invece, si voleva offendere un determinato uomo e non lo si è offeso: si è offeso un altro uomo che l'agente non voleva offendere. L'82 2 comma c.p. contempla l'ipotesi in cui oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, si tratta dell'**aberratio ictus plurilesiva** disponendo che il colpevole soggiace alla pena prevista per il reato più grave, aumentata fino alla metà. Interpretando l'82 secondo Costituzione, in tutti i casi di *aberratio ictus* (monolesiva o plurilesiva) l'agente risponderà solo se l'offesa a persona diversa sia dovuta a colpa, cioè l'agente, come chiunque altro al suo posto, potesse prevedere, in quelle circostanze concrete, che l'offesa da lui progettata si sarebbe verificata nei confronti di una persona diversa (*aberratio monolesiva*) o anche di una persona diversa (*aberratio plurilesiva*) dalla vittima designata (nel caso del ferimento dell'operaio addetto alla manutenzione della strada invece del motociclista, l'agente risponderà delle lesioni inferte all'operaio se era riconoscibile a un osservatore modello la presenza di quest'ultimo nell'area sottostante il ponte al momento del lancio del sasso, invece non risponderà se l'operaio è sbucato all'improvviso da un'impalcatura che lo nascondeva alla vista di chiunque).

Responsabilità oggettiva in relazione all'intero fatto di reato.

Nel codice penale è presente una disposizione che accolla all'agente l'intero fatto di reato secondo lo schema della responsabilità oggettiva. Si tratta dell'art.116 c.p., secondo il quale "qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione" (ad esempio Tizio paga il sicario Caio perché penetri nella casa di Mevio e lo uccida; Caio però non trova la vittima designata e scorgendo un prezioso quadro appeso a una parete, lo sottrae e se ne impossessa, Caio commette un furto e, in base all'art. 116, del furto rispondere anche Tizio, anche se il reato commesso, cioè il furto, è diverso da quello da lui voluto, cioè l'omicidio).

Sull'art. 116 si è pronunciata la Corte Costituzionale nel 1965, fornendo una lettura della disposizione in esame secondo la quale il reato diverso deve poter rappresentarsi alla psiche dell'agente come uno sviluppo logicamente prevedibile di

quello voluto, e in questa prevedibilità logica la corte ha identificato un "coefficiente di colpevolezza". Una volta riconosciuto il rilievo costituzionale del principio di colpevolezza, l'art. 116 dice che il reato doloso diverso sarà addebitabile a chi non lo ha voluto solo se era incolpa, cioè solo se una persona ragionevole, sulla base delle circostanze concrete conosciute o conoscibili, poteva prevedere che sarebbe stato commesso un reato diverso (quindi Tizio avendo consegnato a Caio una pistola giocattolo per compiere una rapina e non potendo prevedere la sostituzione dell'arma giocattolo con un'arma vera, non risponderà di concorso in omicidio doloso perché il reato diverso da quello da lui voluto non era concretamente prevedibile).

Alcune ipotesi di responsabilità per colpa (non di responsabilità oggettiva).

Lo schema della responsabilità oggettiva a volte era adottato nel codice del 1930 non solo per l'evento ma anche per le **circostanze aggravanti**, cioè per gli elementi che non sono richiesti per l'esistenza del reato, ma la cui presenza incide sulla sua gravità, comportando un aumento della pena.

Secondo l'originario dettato dell'art.59, 1 comma c.p., le circostanze aggravanti venivano valutate a carico dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti: bastava cioè la loro oggettiva esistenza. Il legislatore ha successivamente armonizzato tale disciplina col principio di colpevolezza richiedendo la presenza almeno della colpa: secondo l'art. 59, 2 comma le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute od ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Nel 1958 il legislatore aveva riformulato la disciplina dei reati di stampa, sostituendo all'originaria responsabilità oggettiva del direttore, del redattore responsabile etc. una responsabilità a titolo di colpa per l'omesso controllo atto ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati (come stabilisce l'art.57 c.p.). La norma configura una vera e propria responsabilità per colpa: quindi è necessario accertare caso per caso se, nelle circostanze del caso concreto, il direttore responsabile poteva, con la dovuta diligenza, rendersi conto ed evitare che col mezzo della pubblicazione da lui diretta venisse commesso un reato.

La formula "a titolo di colpa" compare anche nell'art.83 c.p. a proposito dell'**aberratio delicti**, cioè l'ipotesi in cui per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione o per un'altra causa si cagiona un evento diverso da quello voluto (ad esempio Tizio scaglia un sasso per infrangere la vetrina di un negozio, ma il sasso non raggiunge la vetrina perché lungo la traiettoria si interpone un passante che rimane ferito). Non si tratta di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma di un'ipotesi di **responsabilità per colpa**: perciò sarà necessario accertare caso per caso se un uomo ragionevole al posto dell'agente si sarebbe reso conto che il sasso scagliato per infrangere la vetrina poteva colpire il passante. Quest'interpretazione dell'art.83 decide anche del fondamento della responsabilità nell'ipotesi di "morte o lesioni come conseguenza di altro delitto" (come stabilisce l'art.586 c.p.), per la cui disciplina - che interessa tutte le figure di delitto doloso per le quali non siano espressamente previste ipotesi aggravate dagli eventi "morte" o "lesione personale" - la legge stabilisce che si applicano le disposizioni dell'art. 83. La morte o la lesione di una persona che conseguano alla commissione di un fatto preveduto come delitto doloso saranno poste a carico dell'agente solo se cagionate per colpa, solo cioè se si tratti di conseguenze prevedibili da un uomo ragionevole. L'art. 586 ha una portata residuale rispetto alle norme che prevedono delitti aggravati dall'evento morte o dall'evento lesione personale, cioè abbraccia le ipotesi in cui la morte o le lesioni siano conseguenza di un delitto doloso diverso da quelli, come ad esempio i maltrattamenti in famiglia, che prevedono la morte o le lesioni come evento aggravante. Le **condizioni obiettive di punibilità**, prevista dall'art. 44 c.p., operano indipendentemente dal dolo e dalla colpa, ma ciò non contrasta col principio di colpevolezza, trattandosi di elementi del reato estranei al fatto.

B)ASSENZA DI SCUSANTI

6. La normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto.

La nozione di scusante.

Per considerare colpevole l'agente non basta che abbia commesso un fatto antigiuridico con dolo o con colpa: un compiuto rimprovero di colpevolezza non può muoversi quando l'agente ha commesso il fatto in presenza di scusanti, cioè di circostanze anormali che, nella valutazione legislativa, hanno influito in modo irresistibile sulla sua volontà o sulle sue capacità psicofisiche. Il tratto comune di queste ipotesi viene espresso col concetto di inesigibilità, nel senso che da chi ha agito sotto la pressione di quelle circostanze anormali non si poteva pretendere un comportamento diverso.

Il carattere tassativo del catalogo delle scusanti.

Solo in via di eccezione espressa gli ordinamenti danno importanza all'umana fragilità per scusare il compimento di ingiustificati fatti offensivi di beni giuridici commessi con dolo o per colpa. Il giudice non può appellarsi ad un generale

principio di inesigibilità per scusare la commissione di fatti di reato nè può andare al di là del **catalogo tassativo delle scusanti** espressamente previste dalla legge. Eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore, e non dal giudice in via analogica.

Le scusanti dei reati dolosi.

Tra le principali ipotesi di scusanti, cioè la provocazione nei delitti contro l'onore: l'art. 599, 2 comma c.p. stabilisce che non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 594 e 595 - cioè i fatti dolosi di ingiuria e diffamazione - nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso. Inoltre è scusato chi commette fatti antigiuridici dolosi di falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione, favoreggiamento personale, ecc. per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé stesso o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore (come stabilisce l'art. 384, 1 comma c.p.). Infine non è colpevole chi agisce in stato di necessità determinato da forze della natura (art.54.1 comma c.p) o dall'altrui minaccia (art.54.3 comma c.p), essendo costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona. Ad esempio è scusato chi, in un cinema invaso dalle fiamme, spinto dall'istinto di conservazione, travolge e uccide un altro spettatore.

Le scusanti dei reati colposi.

Anche sul terreno dei reati colposi il legislatore italiano prevede delle **circostanze anormali** che scusano la violazione di una regola di diligenza, perché la loro presenza influisce in modo irresistibile sulle capacità psicofisiche dell'agente, impedendo anche all'agente modello di rispettare la regola di diligenza violata. Si tratta di una gamma **tassativa** di circostanze, sia interne che esterne:

A) i reati commissivi colposi rilevano come scusanti in base all'art. 45 c.p. sul **caso fortuito**, circostanze interne come l'insorgenza di un malore rapido e improvviso che colpisce chi è alla guida di un'auto, il cui quadro clinico può essere il più diverso, e il cui sbocco comportamentale può essere il compimento di una manovra di guida in contrasto con una regola oggettiva di diligenza (ad esempio il mancato arresto allo stop); in questi casi la violazione delle regole di diligenza è incontestabile, così come è incontestabile che la violazione è stata realizzata in circostanze anormali imprevedibili, fortuite, che lasciano;

B) scusano la violazione di una regola di diligenza, come prevede l'art. 42, 1 comma c.p. sulla coscienza e volontà dell'azione o dell'omissione, circostanze interne come le reazioni di terrore o spavento, che paralizzano le normali funzioni di controllo della coscienza e volontà (ad esempio il sangue freddo e presenza di spirito sono doti necessarie perché il conducente possa far fronte ai normali pericoli del traffico, ma una pietra lanciata da un cavalcavia che manda in frantumi il parabrezza di un'auto ferendo il conducente, sono accadimenti che provocano in qualunque conducente terrore e spavento, spingendo a manovre insensate, come deviare la corsa da destra verso sinistra fino ad occupare la corsia opposta della strada, dove la macchina deviata può urtare una macchina proveniente in senso inverso, il cui conducente morirà nell'urto). In questo caso è incontestabile la violazione della regola di diligenza che imponeva di marciare sulla destra, così come è incontestabile che la violazione è stata realizzata in presenza di circostanze anormali che hanno paralizzato le normali funzioni di controllo della coscienza e volontà dell'azione, rendendo scusabile per qualunque conducente la violazione della regola di diligenza;

C) circostanze anormali esterne che possono scusare la violazione di una regola di diligenza, sono la **forza maggiore**, prevista dall'art. 45 c.p. (ad esempio la caduta di un masso dalla montagna che sovrasta la strada, contro il quale va a sbattere un'auto, riportando gravi danni, questa circostanza esterna rende impossibile l'arresto dell'auto in tempo utile per evitare la collisione con un altro veicolo fermo ad uno stop) e il **costringimento fisico**, previsto dall'art. 46 c.p. (se ad esempio un rapinatore in fuga, salito a forza su un'automezzo a fianco del conducente, esercita con il proprio piede un'enorme pressione sul piede del conducente posato sull'acceleratore, determinando un'accelerazione della corsa, ciò può comportare che l'automezzo non si arresti nel tempo utile per evitare la collisione con una macchina ferma per incolonnamento);

D) anche i reati omissivi colposi comprendono circostanze concomitanti anormali, interne ed esterne, che scusano l'oggettiva violazione di un dovere di diligenza (ad esempio il bagnino realizzerà certamente un'omissione in contrasto con il dovere oggettivo di diligenza se avrà tralasciato l'azione di salvataggio di un bagnante in pericolo; tuttavia non risponderà di omicidio colposo se l'omissione dell'azione di salvataggio era dovuta alla presenza concomitante di situazioni di caso fortuito, un improvviso svenimento, o di costringimento fisico, si trovava legato da rapinatori, o di forza maggiore). Sono ipotesi di "assenza di dolo", cioè assenza di rappresentazione o volizione del fatto;

E) la scusante dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, prevista dall'art. 54, 3 comma c.p., trova applicazione anche per i reati colposi (ad esempio è scusato un automobilista che cagiona per colpa la morte

di un passante essendo stato costretto da una altrui minaccia alla sua vita a tenere la condotta colposa sfociata nell'evento morte).

C) CONOSCENZA O CONOSCIBILITÀ DELLA NORMA PENALE VIOLATA.

7. Nozione e disciplina.

Il **principio di colpevolezza** richiede che, al momento della commissione del fatto, l'agente sapesse o potesse sapere che quel fatto era previsto dalla legge come reato. Infatti non ha senso in un diritto penale basato sul principio di colpevolezza punire chi non era in grado di scegliere tra il rispetto e la violazione della legge penale, ignorando senza colpa che la sua azione avrebbe realizzato un fatto preveduto dalla legge come reato. Per molto tempo questo corollario del principio di colpevolezza è stato contraddetto dal legislatore italiano che, nel codice del 1889 all'art. 44, e in quello del 1930 all'art.5, enunciava la regola "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale".

La Corte costituzionale nella sentenza 364 del 1988 ha esaminato la legittimità della disciplina dettata dall'art. 5 c.p. dichiarandola costituzionalmente illegittima nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile": di conseguenza oggi vige la regola secondo cui **nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale dovuta a colpa**. Se invece l'agente usando la dovuta diligenza poteva rendersi conto che quel fatto violava una norma incriminatrice risponderà a titolo di dolo se ha commesso il fatto con dolo e il fatto è previsto dalla legge come reato doloso; invece risponderà a titolo di colpa se ha commesso il fatto per colpa e si tratta di un fatto previsto dalla legge come reato colposo. Può essere scusato chi ignora l'esistenza della norma incriminatrice o chi né da un'interpretazione erronea, non invece chi al momento della commissione del fatto si trova in una situazione di **dubbio** sull'esistenza o sui i contenuti della norma penale: in questo caso il soggetto è tenuto ad astenersi dall'azione.

L'oggetto dell'errore.

L'oggetto dell'ignoranza o della conoscenza errata previsto dall'art. 5 c.p. può essere in primo luogo la rilevanza penale del fatto commesso dall'agente: l'agente si rende conto di quello che fa ma ignora che quel fatto è penalmente rilevante, ignorando l'esistenza della norma incriminatrice o avendone erroneamente interpretato la portata (ad esempio la corte costituzionale ha considerato non colpevole chi ignora di commettere un fatto vietato da una norma incriminatrice, avendo ricevuto assicurazioni erronee sulla liceità del fatto da parte degli organi amministrativi competenti a vigilare sull'osservanza delle norme).

L'ignoranza o l'errata conoscenza può inoltre riguardare l'antigiuridicità del fatto: l'agente può ritenere lecito il fatto da lui realizzato o in quanto supponga esistente una norma che lo autorizza o lo impone non prevista dall'ordinamento, oppure in quanto ritenga che la norma che prevede la causa di giustificazione abbia limiti più ampi di quelli fissati dall'ordinamento (ad esempio una persona che interpreta erroneamente una clausola di un contratto d'appalto che anche il più esperto interprete leggerebbe come attributiva all'appaltatore della facoltà di abbattere una parte di un edificio di proprietà dell'altro contraente; qualora il giudice ritenga tale facoltà non ricompresa nel contratto, l'agente potrà invocare a propria scusa l'errore sull'antigiuridicità del fatto di danneggiamento, avendo ritenuto di averlo commesso nell'esercizio di un diritto, e andrà assolto in base all'art. 5 c.p.).

D) CAPACITÀ DI INTENDERE E DIVOLERE.

8. Nozione.

Ulteriore condizione perché un fatto possa essere oggetto di un rimprovero personale è che l'autore, al momento della commissione del fatto, fosse **imputabile**, cioè capace di intendere e di volere: cioè capace di comprendere il significato sociale e le conseguenze dei propri atti (**capacità di intendere**), nonché di autodeterminarsi liberamente (**capacità di volere**).

L'art.85 c.p. dice che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile, inoltre è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere". C'è una serie di ipotesi la cui disciplina rappresenta una mera applicazione di tale principio: è il caso del vizio di mente, della cronica intossicazione da alcool o da stupefacenti e del sordomutismo, che escludono l'imputabilità quando l'infermità comporta l'incapacità di intendere o di volere; è il caso dell'età minore di anni quattordici, per la quale il legislatore stabilisce una presunzione assoluta di incapacità di intendere e di volere; ed è il caso, infine, dell'età compresa fra i quattordici e i diciotto anni (non ancora compiuti), che esige l'accertamento caso per caso della capacità di intendere e di volere. Questo elenco di cause di esclusione della capacità di intendere e di volere non ha carattere tassativo. Per

escludere l'imputabilità in casi come quello di una persona segregata dalla nascita da parte dei familiari per nascondere qualche deformità fisica, o come quelli della suggestione ipnotica o della suggestione in veglia, si può applicare direttamente la regola generale dell'art. 85 c.p. Però il legislatore ha apportato una serie di deroghe al principio previsto all'art. 85: nella maggioranza dei casi in cui il soggetto ha commesso il fatto sotto l'azione dell'alcol o di sostanze stupefacenti, il legislatore ha stabilito l'esistenza dell'imputabilità in capo a soggetti incapaci di intendere o di volere al momento del fatto; in altri casi ha spostato all'indietro rispetto alla commissione del fatto il momento in cui deve essere presente la capacità di intendere e di volere; infine ha escluso che gli stati emotivi e passionali possano assumere rilievo scusante.

Il vizio di mente.

Come stabilisce l'art. 88 c.p., che reca in rubrica "**vizio totale di mente**", "non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in uno stato di mente tale da escludere la capacità di intendere o di volere". Aggiunge l'art.89, sotto la rubrica "**vizio parziale di mente**": "chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in stato di mente tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita". Per quanto riguarda il **vizio parziale di mente** non basta un'infermità che abbia diminuito la capacità intellettuale o volitiva dell'agente, ma è necessario che la diminuzione di quelle capacità sia molto seria. Al centro della disciplina del vizio di mente c'è il concetto di **infermità**; in primo luogo al giudice si chiede di accertare la presenza di un'infermità, in secondo luogo di stabilire l'influenza che nel caso concreto quell'infermità ha avuto sulla capacità di intendere o di volere dell'agente.

Il concetto di infermità previsto dagli artt.88 ed 89 c.p. ricomprende sia malattie di tipo psichico, sia malattie di tipo fisico, purché tali da incidere sulle capacità intellettive o volitive della persona.

Per l'accertamento del vizio di mente è sempre necessaria una **perizia psichiatrica**.

La persona riconosciuta affetta da vizio totale di mente al momento del fatto viene prosciolta per difetto di colpevolezza e quindi non viene sottoposta a pena; inoltre se viene ritenuta socialmente pericolosa, ed il fatto commesso integra un delitto doloso punito con la reclusione superiore nel massimo a due anni, l'agente verrà sottoposto ad una misura di sicurezza: precisamente, al ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario (come prevede l'art.222 c.p.) o, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 253/2003, alla libertà vigilata (come stabiliscono gli artt.228 ss.c.p.).

In caso di vizio parziale di mente, l'agente viene invece sottoposto ad una pena diminuita in misura non eccedente un terzo (secondo la regola dettata dall'art. 65 n.3 c.p.: il vizio parziale di mente integra infatti una circostanza attenuante riconducibile alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, come stabilisce l'art. 70, 2 comma c.p. Ove il soggetto sia ritenuto socialmente pericoloso, viene inoltre ricoverato in una casa di cura e di custodia (come stabilisce l'art.219 c.p.) ed il ricovero verrà di regola eseguito dopo che sia stata scontata la pena. Se si tratta di un reato per il quale la legge prevede una pena detentiva inferiore nel minimo a 5 anni, il giudice potrà disporre la **libertà vigilata**.

Il sordomutismo.

L'art.96 c.p. dispone che *non è imputabile il sordomuto che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità d'intendere o di volere. Se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita*. Questa disciplina è riferibile ad ogni forma di sordomutismo, congenito o acquisito; esulano invece il solo mutismo e la sola sordità, che invece rilevano sulla base degli artt. 88 e 89 c.p. Dato che il sordomutismo viene considerato un ostacolo che può frapporsi allo sviluppo della psiche, il legislatore fa obbligo al giudice di accertare **caso per caso se il sordomuto sia capace di intendere e di volere nel momento della commissione del fatto**. Il sordomuto prosciolti per difetto di imputabilità o condannati a pena diminuita sino a un terzo in quanto la sua capacità di intendere o di volere era grandemente scemata - se ritenuto socialmente pericoloso - potrà essere sottoposto alle misure di sicurezza rispettivamente del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, dell'assegnazione ad una casa di cura e di custodia o della libertà vigilata.

La minore età.

Il codice penale individua **tre fasce d'età rilevanti ai fini dell'imputabilità**:

A) al di sopra dei 18 anni: il compimento del diciottesimo anno di età al momento del fatto segna il limite oltre il quale il soggetto si considera imputabile;

B) al di sotto dei 14: chi al momento della commissione del fatto non aveva ancora compiuto i quattordici anni è considerato sempre non imputabile;

C) tra i 14 ed i 18: la legge in questo caso subordina la dichiarazione di imputabilità all'accertamento caso per caso della capacità di intendere e di volere del minore al momento del fatto, infatti l'art. 98, 1 comma

c.p. stabilisce che "è imputabile chi è, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i 14 anni, ma non aveva ancora i 18, **se aveva capacità di intendere e di volere**".

Nei confronti del minore di età compresa tra 14 e 18 anni, l'accertamento della capacità di intendere e di volere va compiuto in concreto, cioè in relazione alle caratteristiche cognitive e volitive di quel singolo agente al momento della commissione del fatto, tenendo conto anche del tipo di reato che ha commesso: infatti è possibile che il singolo minore abbia raggiunto un grado di maturità che gli consente di comprendere il disvalore di alcuni tipi di reato, e non invece quello di altri (ad esempio un quindicenne può essere pienamente consapevole del significato antisociale del furto, e nello stesso tempo, avendo rapporti sessuali con una sorellina di sei anni, può non rendersi conto del significato di questo comportamento se è cresciuto in un ambiente socio-familiare degradato).

Per quanto riguarda i **criteri** in base ai quali va condotto l'accertamento della capacità del minore, la disciplina del processo penale minorile (prevista dall'art 9 d.P.R. del 1988 n. 448) impone al pubblico ministero e al giudice di formare il suo convincimento anche sulla base di elementi relativi alle condizioni personali, familiari, sociali ed ambientali del minore, consentendo anche di assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporto con il minore e di sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità.

Può darsi che il procedimento penale si instauri a notevole distanza di tempo dalla commissione del fatto: se l'intervallo temporale è tale da rendere impossibile accertare se il minore fosse o meno imputabile al momento del fatto, dovrà essere pronunciata sentenza di assoluzione per difetto di imputabilità, ai sensi degli artt 98 e 85 c.p.

Il minore di anni quattordici non è imputabile e quindi non è assoggettabile a pena, ma ove abbia commesso un fatto previsto dalla legge come delitto e sia riconosciuto socialmente pericoloso deve essere sottoposto ad una misura di sicurezza: la libertà vigilata o, limitatamente ad una gamma di reati di particolare gravità, il riformatorio giudiziario (come stabilisce l'art. 224 c.p.). Ora questa misura viene eseguita attraverso l'affidamento coattivo del minore a una comunità educativa, pubblica o privata. Se il minore di età compresa tra i 14 e i 18 anni viene riconosciuto imputabile, gli verrà inflitta la pena per il reato da lui commesso, diminuita nella misura massima di un terzo, come stabilisce l'art. 98, 1 comma c.p. Le stesse misure di sicurezza, con la stessa disciplina ed alle stesse condizioni, si applicano a chi al momento del fatto avesse un'età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni, sia che il soggetto venga ritenuto imputabile, sia che venga ritenuto non imputabile: nel primo caso la misura di sicurezza seguirà l'esecuzione della pena, nel secondo si tratterà dell'unica sanzione penale.

L'azione delle sostanze alcoliche o stupefacenti.

Ai **rapporti tra azione di sostanze alcoliche o stupefacenti e imputabilità** il codice penale dedica una disciplina articolata prevista negli artt.91 ss., distinguendo tra ubriachezza accidentale (derivata cioè da caso fortuito o da forza maggiore), ubriachezza volontaria o colposa, ubriachezza preordinata, ubriachezza abituale e, infine, cronica intossicazione da alcol. Questa disciplina fa prevalere finalità di "difesa sociale" sulle istanze del principio di colpevolezza, infatti dà importanza, al fine di escludere l'imputabilità, solo all'ubriachezza accidentale, all'accidentale assunzione di sostanze stupefacenti e alla cronica intossicazione da alcol o da stupefacenti; mentre considera imputabile chi si era ubriacato volontariamente o colposamente, l'ubriaco abituale e colui che faccia uso di sostanze stupefacenti, per i quali prevede addirittura una pena aumentata; infine si considera imputabile, e viene punito con pena aumentata, chi è incapace di intendere o di volere al momento della commissione del fatto avendo assunto alcol o sostanze stupefacenti al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa.

La prima ipotesi contemplata dal codice penale all'art.91 c.p è quella dell'ubriachezza derivata da caso fortuito o da forza maggiore: derivata cioè o da un decadimento imprevedibile o da una forza estrema invincibile, esercitata da un altro uomo o dalla natura (ad esempio chi, avendo ingerito un cibo intollerabilmente piccante, beva da una bottiglia che in apparenza contiene acqua, mentre in realtà è stata riempita con alcol puro). In ogni caso, secondo la previsione legislativa, il soggetto non è imputabile solo se, al momento della commissione del fatto, l'ubriachezza accidentale è piena, e cioè tale da escludere la capacità di intendere o di volere; se invece l'ubriachezza non è piena, ma è tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere e di volere, il soggetto è imputabile, ma soggiace ad una pena diminuita (come di regola per le circostanze attenuanti, nella misura massima di un terzo, come prevede l'art.65 n.3). Nei confronti di chi venga prosciolto o condannato a pena diminuita in base all'art 91 c.p., non può essere disposta alcuna misura di sicurezza.

La seconda ipotesi è quella dell'ubriachezza volontaria o colposa prevista dall'art.92, 1 comma c.p.: **l'ubriachezza volontaria** consiste nell'assunzione di alcool sorretta dall'intenzione di ubriacarsi (ad esempio Tizio decide di ubriacarsi e si ubriaca per festeggiare un avvenimento, o per anestetizzare nell'alcol un dispiacere), mentre **l'ubriachezza colposa** si ha quando il soggetto assume alcool in misura superiore alla sua capacità di reggerlo, imprudentemente ignorando o sottovalutando gli effetti inebrianti che l'alcool produrrà su di lui. L'una e l'altra forma di ubriachezza non esclude né diminuisce l'imputabilità. Quanto alla natura dolosa o colposa della responsabilità, dipenderà dalla presenza

del dolo o della colpa nel momento della commissione del fatto (e non dal carattere volontario o colposo dello stato di ubriachezza).

A differenza delle altre forme di ubriachezza, l'**ubriachezza abituale** è oggetto di una definizione legislativa: a norma dell'art.94, 2 comma c.p., è considerato ubriaco abituale chi è dedito all'uso di bevande alcoliche e in stato frequente di ubriachezza.

Chi commetta un fatto di reato in stato di ubriachezza abituale non solo è considerato imputabile, ma viene anzi sottoposto ad un aggravamento di pena, nella misura massima di un terzo (come prevedono gli artt. 94, 1 comma e 64 c.p.). Lo stesso trattamento sanzionatorio è previsto per chi commetta un reato sotto l'azione di sostanze stupefacenti e sia dedito all'uso di tali sostanze (come prevede l'art.94, 3 comma c.p.).

La cronica intossicazione da alcol o da sostanze stupefacenti si caratterizza come un'alterazione patologica permanente, che incide sul sistema nervoso, per lo più nella forma di un'affezione cerebrale, alla quale conseguono psicopatie che permangono indipendentemente dall'ulteriore assunzione di alcol o di stupefacenti. La cronica intossicazione viene equiparata dalla legge al vizio di mente (totale o parziale): stabilisce l'art. 95 c.p. che *per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcol o da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli artt. 88 [vizio totale di mente] e 89 [vizio parziale di mente]*.

Gli artt 87 e 92, 2 c.p. disciplinano le ipotesi di incapacità di intendere o di volere preordinata dall'agente, cioè le ipotesi in cui il soggetto si mette in stato di incapacità al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa: l'art.87 detta una regola di portata generale, mentre il 92, 2 comma fa riferimento allo specifico caso in cui l'incapacità preordinata derivi dall'assunzione di alcol o di sostanze stupefacenti. Per quanto riguarda le finalità che devono animare l'agente nel preordinarsi lo stato di incapacità, l'una, cioè il fine di commettere il reato, presuppone che l'agente abbia bisogno, o pensi di aver bisogno, di perdere la capacità di intendere o di volere per commettere un reato che in condizioni normali non commetterebbe; l'altra, cioè il fine di prepararsi una scusa, è espressione dell'idea dell'agente che sarà scusato se commetterà il reato in stato di incapacità.

In base al dettato della legge (al fine di commettere il reato: artt. 87 e 92.2 c.p.), il reato commesso dev'essere proprio quello che l'agente si proponeva di commettere nel momento in cui si è posto in stato d'incapacità: ne segue che se viene commesso un reato diverso, nel caso in cui l'incapacità preordinata sia dovuta a cause diverse dall'alcol o dalle sostanze stupefacenti, il soggetto andrà prosciolto in applicazione della regola enunciata dall'art.85 c.p.; ove invece l'incapacità sia dovuta all'alcol o a stupefacenti, la diversità del reato commesso rispetto a quello programmato non escluderà l'imputabilità: l'agente risponderà sulla base dell'art.92, 1 comma c.p., ma non sarà applicabile la circostanza aggravante prevista dal 92, 2 comma.

La normale irrilevanza degli stati emotivi e passionali.

L'art.90 c.p. stabilisce che "gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità": gelosia, ira, paura, nelle forme estreme possono accecare, far perdere il lume della ragione, mandare una persona fuori di sé, escludendo la capacità di rendersi conto di quel che fa o annullando i freni inibitori. Il legislatore ha previsto l'irrilevanza a causa degli abusi che si erano verificati soprattutto nei processi per i reati di sangue originati dalla gelosia e decisi con sentenze assolutorie da giurie popolari suggestionate dalle arringhe dei difensori degli imputati vittime della gelosia. A ciò la dottrina e la giurisprudenza hanno però posto un limite, in via interpretativa: gli stati emotivi o passionali incidono sull'imputabilità, escludendola o diminuendola, quando siano la manifestazione estrema di un vero e proprio squilibrio mentale, anche transitorio, che abbia un carattere patologico tale da integrare un vizio totale o parziale di mente (ad esempio il caso di una morbosa gelosia che dà vita ad un vero e proprio stato delirante).

CAPITOLO 9: " LA PUNIBILITA' "

1. Nozione e fondamento.

L'ultimo elemento della struttura del reato è la **punibilità**, che consiste nell'opportunità di sottoporre a pena l'autore del fatto antigiuridico e colpevole, quindi si tratta dell'insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che fondano o escludono l'opportunità di punirlo.

L'opportunità di punire o di non punire il fatto tipico, antigiuridico e colpevole può dipendere dalle ragioni più disparate:

-ragioni politico-criminali in senso stretto (ad esempio la desistenza volontaria, prevista dall'art. 56, 3 comma c.p., che comporta l'inapplicabilità della pena prevista per il delitto tentato nei confronti di chi lo abbia già commesso, avendo iniziato con atti idonei l'esecuzione dell'azione tipica, ma volontariamente desista dal portarla

a compimento; la ragione di questa scelta legislativa è di incentivare l'abbandono del progetto criminoso);
-ragioni politiche di clemenza (ad esempio l'amnistia, previsto dall'art. 151 c.p., disposta dal legislatore in particolari situazioni per consentire che gli autori di reati di lieve entità possano rimanere nella società civile);
-ragioni di politica internazionale (ad esempio l'immunità per capi di Stati esteri che, per non turbare i rapporti tra Stati, non vengono puniti anche se commettono sul territorio italiano fatti di reato antiggiuridici e colpevoli);
-ragioni di salvaguardia dell'unità della famiglia (ad esempio non si puniscono i delitti contro il patrimonio commessi ai danni di una ristretta cerchia di familiari, come stabilisce l'art. 649 c.p., per evitare che la pubblicità del processo e l'inflizione di una pena producano danni irreversibili all'integrità della famiglia).

2. Le condizioni obiettive di punibilità.

Il legislatore decide sull'opportunità di punire un fatto antiggiuridico e colpevole sulla base di un duplice ordine di condizioni: 1) *condizioni che fondano la punibilità*; 2) *condizioni (o cause) che escludono la punibilità*.

Le condizioni che fondano la punibilità sono dette "**condizioni obiettive di punibilità**" (che la dottrina più recente chiama "condizioni estrinseche di punibilità"), previste dall'art. 44 c.p. si tratta di quegli accadimenti, menzionati in una norma incriminatrice, che non contribuiscono in alcun modo a descrivere l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma, ma esprimono solo valutazioni di opportunità in ordine all'inflizione della pena. Il nostro ordinamento prevede un numero limitato di condizioni obiettive di punibilità (ad esempio la sorpresa in flagranza, che la legge esprime con la formula "essere colto" in una serie di reati come il possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio, il possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli e la partecipazione ai giochi d'azzardo).

Le condizioni obiettive di punibilità sono del tutto **svincolate dal dolo e dalla colpa**, cioè operano anche se l'agente non si è rappresentato né ha voluto l'accadimento che integra la condizione, e anche se non lo poteva rappresentare né lo poteva evitare impiegando la dovuta diligenza, infatti l'art. 44 c.p. dice che "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 "; quindi l'evento non solo non deve essere voluto, ma neppure deve essere dovuto a colpa (ad esempio nel reato di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli la sorpresa in flagranza rileva anche se l'agente non aveva pensato, né avrebbe potuto ragionevolmente prevedere che potesse verificarsi).

3. Le cause di esclusione della punibilità.

Le condizioni che escludono la punibilità sono dette: 1) *cause personali di non punibilità*; 2) *cause sopravvenute di non punibilità*; 3) *cause di estinzione del reato*.

4. Cause personali di esclusione della punibilità.

Le cause concomitanti di non punibilità.

Le "**cause personali di non punibilità**" sono alcune situazioni concomitanti alla commissione del fatto antiggiuridico e colpevole, che incidono sulla posizione personale dell'agente o ai suoi rapporti con la vittima (ad esempio l'art. 649 c.p. che dichiara non punibile chi ha commesso la gran parte dei delitti contro il patrimonio in danno di un familiare, come il coniuge non legalmente separato, o l'ascendente o il discendente, l'affine in linea retta, l'adottante o l'adottato, il fratello o la sorella conviventi con l'autore del fatto; l'art 3 c.p. che disciplina le immunità di diritto internazionale che riguardano il sommo pontefice, i capi di Stato, i capi di governo e i ministri degli Stati esteri, gli agenti diplomatici accreditati presso il nostro Stato, i membri del Parlamento europeo, i giudici della Corte dell'Aia). Le condizioni personali di non punibilità sono **svincolate dal dolo e dalla colpa**: quindi operano a favore dell'agente se obiettivamente esistono, rendendo non punibile il fatto antiggiuridico e colpevole che ha realizzato, invece se oggettivamente non esistono non servirà a niente che l'agente abbia erroneamente supposto che fossero presenti nel caso concreto, infatti l'art. 59, 4 comma c.p. si applica alle cause di giustificazione e alle scusanti ma non alle cause personali di esclusione della punibilità, perché esse sono condizioni di punibilità rovesciate e quindi sottostanno alla regola di imputazione oggettiva stabilita dall'art. 44 (se ad esempio Tizio si appropria di una cosa mobile che si trova già in suo possesso non sarà punibile per appropriazione indebita anche se ignorava che la cosa era di proprietà del fratello che conviveva con lui, invece risponderà di appropriazione indebita se riteneva per errore che la cosa fosse di proprietà del fratello mentre in realtà apparteneva ad un soggetto estraneo alla famiglia).

Le cause sopravvenute di non punibilità.

Le "cause sopravvenute di non punibilità" consistono in comportamenti dell'agente, positivamente valutati dal legislatore, susseguenti alla commissione del fatto antigiuridico e colpevole, attraverso i quali si impedisce che la situazione di pericolo già creata si traduca nella lesione del bene giuridico, o si reintegra ex post il bene giuridico offeso. Sono cause sopravvenute di non punibilità: la desistenza volontaria che interessa chi abbia già commesso un fatto antigiuridico e colpevole di tentativo; ci sono poi quelle relative alla criminalità organizzata con finalità di eversione politica o di terrorismo, e alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia (falsa testimonianza, ipotesi colposa di procurata evasione), le falsità in monete e l'insolvenza fraudolenta (ad esempio l'art. 309, 1 comma, n. 1 c.p. che prevede la non punibilità del partecipe di una banda armata che determini lo scioglimento della banda armata; e un altro esempio è previsto dall'art. 376 c.p. che disciplina la ritrattazione delle proprie dichiarazioni false nei delitti di false informazioni al pubblico ministero, false dichiarazioni al difensore, falsa testimonianza e falsa perizia o interpretazione, in questi casi la non punibilità è dato dal fatto che l'offesa già colpevolmente arrecata all'amministrazione della giustizia viene neutralizzata ex

post da una tempestiva rivelazione del vero che consente all'autorità giudiziaria di decidere correttamente sulla base di prove non più inquinate.

Disciplina comune.

Le valutazioni politico-criminali che sono alla base sia delle cause personali di non punibilità che di quelle sopravvenute di non punibilità si riferiscono all'opportunità di punire la singola persona che ha realizzato il fatto antigiuridico e colpevole, ciò ha conseguenze importanti nel concorso di persone nel reato, infatti l'art. 119, 1 comma c.p. dice che "le circostanze soggettive per le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono" (ad esempio non si comunicherà ai concorrenti la causa personale di non punibilità prevista dall'art. 649, collegata ai rapporti di parentela tra l'autore e la vittima del fatto offensivo del patrimonio).

5. cause oggettive di esclusione della punibilità: la particolare tenuità del fatto.

Cosa succede se un uomo si introduce in un supermercato, sottrae alcuni generi alimentari di modesto valore e, nascondendoli sotto il giubbotto, cerca di uscire senza pagare ma viene fermato dal personale addetto al servizio antitaccheggio? Si integrerebbe la fattispecie di reato del "tentato furto in supermercato". In questa ipotesi il disvalore penale è tanto significativo da comportare lo svolgimento dell'intero iter processuale culminante con una pronuncia di condanna?

Ebbene il decreto legislativo 28 del 2015 si riferisce proprio a queste eventualità quando introduce nel processo penale ordinario una nuova causa di esclusione della punibilità: la particolare tenuità del fatto. Il nuovo articolo del codice penale è dunque l'art 131 bis:

"Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque 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, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale."

Dobbiamo innanzitutto chiederci quale è la finalità intrinseca del nuovo istituto: dunque tale disciplina risponde ad una principale e fondamentale esigenza di carattere sostanziale, quella di escludere la punibilità e il ricorso alla sanzione penale in tutti quei casi in cui il comportamento dell'imputato, seppur tipico, antigiuridico e colpevole, per le specifiche circostanze in cui è maturato e per gli effetti dallo stesso prodotti, è risultato concretamente privo di un effettivo disvalore penale. Questa innovazione legislativa dunque costituisce una applicazione pratica del principio per cui il processo penale si configura come "extrema ratio", ovvero una sorta di "ultima spiaggia" a cui approdare in casi di assoluta necessità. Quindi quello che mi preme sottolineare è che l'istituto non comporta alcuna depenalizzazione: il giudice, prima di decidere per la non punibilità, svolge il suo consueto compito, ovvero accerta la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato, sia oggettivi, sia soggettivi; conseguentemente la sentenza con cui si dichiara la non punibilità per particolare tenuità del fatto contiene un vero e proprio accertamento della responsabilità penale dell'imputato che però, per scelta legislativa, non è punita. In tutto questo, che ruolo ha il principio di economia processuale? Sicuramente a questa finalità si

accompagna anche la necessità di razionalizzare e rendere più efficiente il sistema processuale penale, decongestionandolo dalla trattazione di tutti quei fatti di minore rilevanza sociale e offensività.

Quali sono dunque i presupposti per consentire l'applicazione dell'istituto?

In primo luogo la "non abitualità". È proprio il terzo comma dell'articolo a definire tale caratteristica: "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, nonchè nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate." Tale concetto di abitualità è però riferito al comportamento e non al reato nella sua struttura, di conseguenza non coincide necessariamente con la unicità del comportamento, per cui non sarà ostativa all'applicazione dell'istituto la presenza di un solo precedente per un reato di indole diversa o della stessa indole che, rispetto al fatto per cui si procede, appare non indicativo di una abitualità del comportamento criminoso.

Il secondo requisito è la "la particolare tenuità". Per poter definire una condotta tenue bisogna fare riferimento a due indici: la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo cagionati. Una definizione ci è fornita in negativo dal secondo comma dell'art 131 bis: "L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità 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." Resta dunque, senza dubbio esclusa l'applicabilità della disciplina nell'ipotesi in cui la condotta abbia cagionato come conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Bisognerà infine rifarsi ad altri fondamentali criteri quali la valutazione degli effetti patrimoniali, tenuto conto delle condizioni della persona offesa, ovvero, nel caso di reati che ledano beni costituzionalmente tutelati in favore della collettività, bisognerà avere riguardo al livello di tutela assicurato al bene. Ad esempio la tenuità non sarà in ogni caso configurabile quando viene leso il bene vita.

Sorge però un dubbio angosciante: che natura ha la sentenza emessa ai sensi dell'art 131 bis del codice penale? È una sentenza di condanna o una sentenza di proscioglimento? La soluzione ci è fornita dallo stesso decreto legislativo 28 del 2015 che ha introdotto l'art 651 bis nel codice di procedura penale: "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 condannato o del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale.". Tale sentenza quindi si configura come una pronuncia di proscioglimento con cui si dichiara di "non doversi procedere" nei confronti dell'imputato per particolare tenuità del fatto. Presenta, tuttavia, una indubbia peculiarità: essa non può essere equiparata ad una sentenza di condanna perché all'imputato non viene inflitta alcuna sanzione penale né pena accessoria, ma non può nemmeno essere assimilata ad una vera e propria sentenza di assoluzione perché i fatti oggetto della sentenza, per quanto privi di un significativo disvalore, presentano tutti i requisiti del fatto di reato: devono cioè essere tipici, antigiuridici e colpevoli. Esistono poi, ulteriori effetti negativi per l'imputato, infatti il provvedimento deve essere necessariamente iscritto nel casellario giudiziale e l'accertamento fa stato nel giudizio civile e amministrativo. Per quanto la decisione non potrà essere considerata tecnicamente come una "precedente condanna" ai fini della applicazione di quegli istituti che presuppongono questo specifico elemento, potrà comunque essere ostativa alla concessione di una nuova pronuncia di proscioglimento ex art 131 bis c.p. e potrà influenzare il giudizio civile e amministrativo, nel quale si terrà conto di tutti gli elementi di prova acquisiti in sede penale. I risultati? L'istituto è di recente introduzione, dunque le applicazioni pratiche sono ancora ridotte. Solo un rischio va scongiurato: evitare l'alleggerimento del carico penale attraverso una generalizzazione ed astrazione dei comportamenti e procedimenti suscettibili di essere espunti dal sistema penale ai sensi dell'art 131 bis c.p.!

6. Le cause di estinzione del reato.

Nozione e tipologia.

Le **cause di estinzione del reato** consistono in fatti naturali o giuridici, del tutto indipendenti da comportamenti

dell'agente o che comunque non si esauriscono in un comportamento dell'agente, che intervengano dopo la commissione del fatto antigiuridico e colpevole e prima della condanna definitiva. Comportano l'inapplicabilità di qualsiasi sanzione penale prevista per quello specifico reato (pene principali, pene accessorie, effetti penali della condanna e misure di sicurezza, con la sola eccezione della confisca obbligatoria di cose intrinsecamente criminose, cioè di quelle cose alla cui fabbricazione, uso, porto o alienazione costituisce di per sé reato. L'effetto estintivo riguarda solo le sanzioni penali, invece non coinvolge le eventuali obbligazioni civili derivanti da reato, in particolare gli obblighi di restituzione e di risarcimento del danno. Sono cause di estinzione del reato: la morte del reo, l'amnistia propria, la prescrizione del reato, l'oblazione e il perdono giudiziale. Anche alcune disposizioni di parte speciale prevedono cause di estinzione del reato (ad esempio la disciplina del delitto di bigamia prevede che il reato è estinto se dichiarato nullo il matrimonio contratto precedentemente dal bigamo o se è annullato il secondo matrimonio per una causa diversa dalla bigamia; se invece c'è stata la condanna, queste vicende produrranno non l'estinzione del reato ma l'estinzione della pena.

La morte del reo avvenuta prima della condanna.

L'art. 150 c.p. stabilisce che "**la morte del reo**, avvenuta prima della condanna, estingue il reato", quindi il legislatore esclude la possibilità di applicare qualsiasi sanzione penale anche sul patrimonio del defunto, come invece era previsto in alcune codificazioni preunitarie (ad esempio nel regno di Sardegna con le Regie patenti del 1831 si stabilì che in nessun caso potrà essere ordinato il rogo del cadavere del reo di determinati delitti.

L'amnistia propria.

L'**amnistia propria**, prevista dall'art. 151, 1 comma c.p., è l'amnistia che interviene prima della sentenza definitiva di condanna, consiste in un provvedimento generale di clemenza, ispirato, almeno originariamente, a ragioni di opportunità politica (ad esempio la pacificazione sociale dopo situazioni di spaccatura nel paese come quella che si è verificata nell'ultima fase della seconda guerra mondiale), ma successivamente nella prassi è degenerato in uno strumento di periodico sfortimento delle carceri, a beneficio degli autori di reati di piccola entità. A partire dal 1992 l'istituto ha riacquisito la sua caratteristica di eccezionalità, infatti l'art. 79 cost. stabilisce che l'amnistia deve essere adottata con legge deliberata a maggioranza dei 2/3 dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale dell'intero testo. Le figure di reato interessate dall'amnistia vengono in genere individuate dalla legge con riferimento al massimo della pena edittale (ad esempio la legge di amnistia adottata nel 1990 si applicava a ogni reato per il quale è prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni); inoltre possono essere previste esclusioni oggettive, cioè per tipi di reato, infatti il provvedimento non si applica ai recidivi, quando si tratta di recidiva aggravata o reiterata, o di recidiva obbligatoria, né ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, come stabilisce il 5 comma dell'art. 151 c.p.

Per quanto riguarda i limiti temporali di applicazione dell'amnistia, l'art. 79, 3 comma cost. prevede che, per ragioni di prevenzione generale, l'amnistia non può essere applicata ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge, quindi il legislatore ordinario ha la possibilità di fissare un limite temporale ancora più arretrato (ad esempio può prevedere che l'amnistia si applichi ai reati commessi non oltre sei mesi prima della presentazione del disegno di legge).

L'amnistia

Provvedimento generale di clemenza con cui lo Stato, in presenza di situazioni oggettivamente eccezionali, rinuncia alla punizione di un determinato numero di reati commessi nel periodo precedente la concessione del beneficio. Le sue radici risalgono alla clemenza sovrana (*indulgentia principis*) che negli Stati assoluti rappresentava una forma di superiorità del potere sovrano rispetto a quello giurisdizionale. La Costituzione disciplina l'istituto dell'amnistia all'art. 79 che originariamente ne disponeva la concessione con decreto del presidente della Repubblica emanato in base alla legge di delegazione delle Camere. Il frequente ricorso a questo tipo di provvedimento ha determinato la necessità di riformare la norma. Le modifiche, introdotte dalla l. cost. n. 1/1992, concentrano la fonte dell'amnistia nella sola legge, sottoposta al particolare vincolo dell'approvazione a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera in ogni suo articolo e nella votazione finale. Nonostante il nuovo testo della norma costituzionale non abbia indicato forme tassative, in dottrina l'amnistia è considerata legittima quando si applica a fatti che in un momento successivo la loro commissione appaiono in via eccezionale carenti di disvalore sociale (cosiddetta amnistia di giustizia); quando agevola l'applicazione di una disciplina transitoria (cosiddetta amnistia strumentale); quando rimuove le conseguenze di un periodo ormai concluso di lotte e tensioni sociali (cosiddetta amnistia pacificatrice). L'amnistia è definita propria se interviene prima della sentenza di condanna ed estingue il reato e tutti i suoi effetti; impropria se viene concessa dopo la

sentenza definitiva di condanna e produce l'effetto di far cessare l'esecuzione delle pene principali, delle pene accessorie e delle misure di sicurezza diverse dalla confisca.

Il codice penale, nel disporre che l'amnistia estingue il reato e se vi è stata condanna, ne cessa l'esecuzione e le pene accessorie, riunisce le due ipotesi in un'unica norma. Il provvedimento di amnistia può essere sottoposto a obblighi e condizioni e non si applica, salvo diversa disposizione di legge, ai recidivi aggravati e ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza. In base alla sentenza n. 175/1975 della Corte costituzionale il beneficiario dell'amnistia può anche rinunciarvi. L'amnistia costituisce una causa di estinzione del reato, a differenza dell'indulto che integra una causa di estinzione della pena: con l'amnistia lo Stato rinuncia all'applicazione della pena, mentre con l'indulto si limita a condonare, in tutto o in parte, la pena inflitta, senza, però, cancellare il reato.

In quanto provvedimenti generali a efficacia retroattiva, amnistia e indulto si distinguono a loro volta dalla grazia, che rappresenta, invece, un provvedimento individuale.

La prescrizione del reato.

La **prescrizione del reato**, prevista dall'art. 157 c.p., richiede che sia trascorso, dopo la commissione del fatto di reato, un determinato periodo di tempo, la cui durata è proporzionata, in linea di principio, alla gravità del reato desunta dalla pena edittale; durante questo periodo l'autorità giudiziaria deve rimanere inerte, cioè deve astenersi dal compiere attività processuali volte alla repressione del reato (tuttavia non si estinguono per prescrizione i reati puniti con l'ergastolo).

Dopo la riforma operata nel 2005 con la legge 251, cosiddetta *ex Cirielli*, il **tempo necessario a prescrivere il reato** è pari "al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione", come stabilisce il 1 comma dell'art. 157. Una disciplina speciale è prevista per i disastri colposi, per l'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla circolazione stradale o in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, e per l'omicidio colposo con morte o lesioni di più persone, per una serie di gravi reati contemplati nell'art. 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p. (come i delitti in materia di schiavitù, associazione di tipo mafioso, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti): per questi delitti il tempo necessario a prescrivere è pari al doppio del massimo edittale.

(La disciplina precedente alla riforma "ex Cirielli" si applica tuttora ai procedimenti che al momento dell'entrata in vigore della legge erano pendenti in grado di appello davanti alla corte di cassazione o in primo grado, quando ci fosse stata la dichiarazione di apertura del dibattimento. Inoltre prima della riforma il tempo necessario a prescrivere il reato era più breve per le contravvenzioni ma molto più lungo per i delitti).

Per determinare il tempo di prescrizione per un determinato reato bisogna considerare il massimo edittale di pena, previsto per il reato consumato o tentato, senza tener conto delle circostanze attenuanti o aggravanti (come stabilisce il 2 comma dell'art. 157); invece rilevano le aggravanti che comportano una pena di specie diversa da quella ordinaria, si tratta delle circostanze autonome (ad esempio la reclusione anziché la multa), rilevano anche le aggravanti che comportano un aumento della pena superiore ad un terzo, si tratta delle circostanze a effetto speciale. Il giudice non deve mai procedere al bilanciamento delle circostanze previsto dall'art. 69 c.p., perché le circostanze attenuanti sono sempre irrilevanti.

(Nella disciplina precedente alla riforma del 2005 per determinare il tempo di prescrizione del reato bisognava considerare le circostanze, aggravanti o attenuanti, e in caso di concorso di circostanze eterogenee, si doveva procedere al giudizio di comparazione previsto dall'art. 69).

L'art. 158 c.p. stabilisce che il termine della prescrizione decorre dal giorno della consumazione del reato; per il tentativo dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente dal giorno in cui è cessata la permanenza (cioè dal giorno in cui è cessata la situazione antiggiuridica creata dalla condotta); per i reati sottoposti a condizione obiettiva di punibilità dal giorno in cui la condizione si è verificata.

L'autorità giudiziaria può anche non restare inerte ma attivarsi prima che siano decorsi i termini di prescrizione causando un'**interruzione del decorso della prescrizione**; sono atti interruttivi ad esempio l'interrogatorio dell'imputato, l'ordinanza di applicazione di misure cautelari, la richiesta di rinvio a giudizio, la sentenza di condanna non definitiva. La prescrizione interrotta ricomincia a decorrere dal giorno dell'interruzione, ma i tempi previsti dall'art. 157 non possono prolungarsi oltre un quarto; invece è previsto un prolungamento maggiore per alcune categorie di autori: il prolungamento massimo è della metà nei casi di recidiva aggravata, di due terzi nei casi di recidiva reiterata e del doppio nei casi di abitudine nel delitto e professionalità nel reato (invece la disciplina precedente alla riforma comportava un prolungamento dei termini previsti dall'art. 157 fino alla metà).

In alcune ipotesi di forzata inattività dell'autorità giudiziaria, il corso della prescrizione può anche subire una **sospensione**, come prevede l'art. 159 c.p.; ciò accade quando: è necessaria un'autorizzazione a procedere (è il caso dei procedimenti che hanno per oggetto i reati di vilipendio delle assemblee legislative o che vedono imputato un giudice della corte costituzionale), inoltre quando il giudice ordinario solleva una questione di illegittimità costituzionale o investe la Corte di giustizia delle Comunità europee, quando il procedimento e il processo penale sono sospesi per ragioni di impedimento delle parti e dei difensori o su richiesta dell'imputato o del suo difensore. Una volta che la causa di sospensione cessa, la prescrizione riprende il suo corso e il tempo decorso anteriormente alla causa di sospensione si somma al tempo decorso dopo che questa causa è venuta meno.

L'oblazione.

Mentre le altre cause di estinzione riguardano la maggior parte dei reati, l'**oblazione** è limitata solo alle contravvenzioni punite in astratto o che il giudice punirebbe nel caso concreto con la pena dell'ammenda. È possibile distinguere tra l'oblazione ordinaria e l'oblazione speciale.

L'**oblazione ordinaria**, prevista dall'art. 162 c.p., consiste nel pagamento di una somma di denaro che corrisponde ad un terzo del massimo dell'ammenda stabilito dalla legge per la contravvenzione o alla metà del massimo, quando si tratta di una contravvenzione punita alternativamente con l'arresto o con l'ammenda: il pagamento di questa somma estingue il reato. La ratio è di alleggerire i carichi di lavoro aggravanti sul giudice penale, perché così il procedimento penale si esaurisce prima dell'apertura del dibattimento, nel caso di reati di modesta gravità, e per un'esigenza economico-fiscale, perché questo istituto garantisce la riscossione da parte dello Stato di somme di denaro rapportate all'ammontare delle ammende previste dalla legge. In base all'art. 162, a fronte della domanda proposta tempestivamente dall'imputato, il giudice ha l'obbligo di ammetterlo all'oblazione.

Invece l'**oblazione speciale**, prevista dall'art. 162 bis c.p., riguarda le contravvenzioni punite con pene alternative, e il giudice deve vagliare discrezionalmente se il concreto fatto antiggiuridico e colpevole sia così poco grave da meritare solo la pena pecuniaria e non l'arresto, in questo caso accoglierà la domanda di oblazione, purché l'accoglimento non sia precluso o dai precedenti dell'agente (cioè dall'abitudine o professionalità nelle contravvenzioni) o dal permanere di conseguenze dannose o pericolose del fatto eliminabili dall'agente. Accolta la domanda di oblazione e accertato il pagamento da parte dell'imputato, il giudice dichiarerà con sentenza l'estinzione del reato.

L'estinzione del reato per condotte riparatorie

Il legislatore al fine di deflazionare e rendere più celere il sistema penale ha emanato il nuovo art. 162-ter, rubricato "Estinzione del reato per condotte riparatorie", il quale prevede che "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, inoltre, "può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo".

La disposizione di cui all'art. 162-ter c.p. è stata inserita dall'articolo 1, comma 1, L. 23.06.2017, n.103, entrata in vigore il 4 agosto 2017 ed applicata anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della suddetta legge. Il giudice dichiara l'estinzione anche quando le condotte riparatorie sono state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

Estinzione per condotte riparatorie: campo di applicazione

L'articolo 162-ter c.p. potrà operare soltanto in riferimento ai reati procedibili a querela rimettibile cioè quei delitti e contravvenzioni che realizzano un'offesa ad interessi individuali nella esclusiva disponibilità del titolare, ad esclusione quindi dei reati perseguibili d'ufficio.

Pertanto, se il soggetto titolare del bene giuridico leso riterrà, prima dell'apertura del dibattimento, di essere stato totalmente risarcito (anche mediante restituzioni), il giudice ne farà conseguire una declaratoria di estinzione del reato. Questa disposizione normativa rientra nel più ampio quadro della risocializzazione dell'imputato, quest'ultimo attraverso la riparazione come conseguenza del reato, potrà dare prova di aver compreso il disvalore

della lesione cagionata.

Come avviene la riparazione del danno

La riparazione del danno cagionato potrà avvenire:

- mediante il versamento di una somma di denaro equivalente al pregiudizio causato alla persona offesa (risarcimento)
- mediante la reintegrazione dello stato di fatto preesistente alla commissione del reato (restituzioni).

La condotta riparatoria non deve limitarsi al mero risarcimento ma deve includere la possibilità di restituzione cioè ripristino dello status quo ante mediante eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose. L'imputato deve formulare un'offerta reale ai sensi dell'articolo 1208 c.c.

Il caso di Torino sullo stalking:

In una recente decisione emessa dall'Ufficio delle Indagini preliminari di Torino n. 1299 del 02/10/2017, nel caso di specie l'imputato aveva effettuato un'offerta reale con il versamento della somma di euro 1.500.00. Tale offerta reale non è stata accettata dalla persona offesa, pertanto la somma è stata depositata su di un libretto di deposito giudiziario, il giudice ha rilevato che tale somma era congrua rispetto all'entità dei fatti, di conseguenza ha emesso sentenza di non doversi procedere ex art. 531 c.p.p., per essersi il reato estinto per condotte riparatorie. Leggi anche: Stalking: reato estinto con 1.500 euro nonostante il rifiuto della vittima

Il pagamento in forma rateale

L'articolo 162 ter prosegue al secondo e al terzo comma prevedendo anche la possibilità di un pagamento in forma rateale: "quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma. Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie".

Vi è l'obbligo per il giudice di sentire le parti: la persona offesa o la parte civile costituita, PM, imputato, ma non è vincolato alle istanze che gli vengono presentate o al loro eventuale consenso o dissenso.

Questo tipo di giudizio deve essere svolto tenendo presente i criteri previsti dagli artt. 133 c.p. (gravità del reato: valutazione agli effetti della pena) e 133-bis c.p. (condizioni economiche del reo; valutazione agli effetti della pena pecuniaria).

Sospensione del procedimento con messa alla prova

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla Legge n. 67 del 28 aprile 2014, mediante la quale sono stati inseriti nel codice penale gli artt. 168-bis, 168-ter e 168-quater.

La c.d. probation si presenta come un giano bifronte, giacché costituisce sia una causa di estinzione del reato (in virtù degli effetti derivanti dall'esito positivo della prova ex art. 168-ter, comma 2, c.p., sebbene ciò non escluda l'applicazione di eventuali sanzioni amministrative accessorie), sia un nuovo rito speciale (con i noti effetti deflattivi).

L'elemento peculiare dell'istituto in esame, tuttavia, consiste nel fatto che, nel richiedere la misura, l'interessato svolge un ruolo di fondamentale importanza, poiché deve sottoscrivere prima ed onorare poi – durante il periodo di sospensione – una serie di impegni.

Il percorso che l'indagato o l'imputato intraprende, quindi, viene plasmato sulla situazione concreta creatasi, affinché si riescano a contemperare sia le istanze di risocializzazione del reo, sia gli interessi della persona offesa, la quale spesso diviene una presenza evanescente nel processo penale.

Il procedimento di messa alla prova inizia con la proposizione di una richiesta, che, da un lato, deve soddisfare i requisiti sostanziali di cui all'art. 168-bis c.p. e, dall'altro, quelli formali previsti dall'art. 464-bis c.p.p., nel rispetto dei termini di decadenza contenuti nella norma precedente e negli articoli successivi.

Dal punto di vista sostanziale, in particolare, va detto che possono accedere alla misura gli imputati per i reati puniti con la sola pena 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'art. 550 del c.p.p.

La sospensione del procedimento con messa alla prova, tuttavia, non può essere concessa per più di una volta ed è esclusa nei casi in cui l'imputato sia stato dichiarato dal giudice delinquente abituale o per tendenza, ai sensi degli artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.

Dal punto di vista formale, la richiesta può essere proposta, personalmente o per mezzo di procuratore speciale, fino a che non siano formulate le conclusioni o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio. Nel caso in cui si fosse di fronte ad altri riti speciali, invece, si rileva che se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta deve essere formulata entro il termine e con le forme stabilite dall'art. 458, comma 1, c.p.p., mentre nel procedimento per decreto, la richiesta va presentata con l'atto di opposizione.

Gli artt. 464-bis e 464-ter c.p.p., inoltre, prevedono che alla richiesta di sospensione del procedimento venga allegato un programma di trattamento elaborato dall'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna (U.E.P.E.) competente oppure, nel caso in cui non sia stato possibile predisporre il programma, una richiesta di trattamento concordato.

Peraltro, quando l'interessato non è in grado di produrre il programma di trattamento elaborato dall'U.E.P.E., dovrà comunque allegare alla richiesta l'attestato di presentazione della relativa richiesta di trattamento: in questo caso, il giudice, se non sussistono ragioni di inammissibilità dell'istanza, concede un breve rinvio per permettere all'U.E.P.E. di elaborare il programma.

L'iter suddetto, tuttavia, non sembra praticabile quando l'interessato sia sottoposto a giudizio direttissimo, poiché i tempi contenuti di tale rito escludono che la parte possa già avere non solo il programma di trattamento, ma anche l'attestato di presentazione della richiesta all'U.E.P.E.

In questo caso, quindi, il difensore dovrà chiedere al giudice un termine a difesa e un breve rinvio al fine di consentire alla parte interessata di formulare la domanda di trattamento all'U.E.P.E. Il giudice, inoltre, in questi casi dovrà anche valutare, qualora la parte sia detenuta per questa causa, la possibilità di revocare la misura cautelare, non essendo la messa alla prova compatibile con la detenzione.

È indiscutibile che l'istituto della messa alla prova ruoti intorno all'ufficio di esecuzione penale esterna, ma ciononostante al giudice restano ampi margini di discrezionalità, sia nella fase di ammissione, sia nella fase di valutazione dell'esito della prova.

Innanzitutto, per quanto concerne la fase di ammissione, i provvedimenti che il giudice può adottare sono condizionati dal rispetto dei requisiti formali e sostanziali della domanda, nonché dalla mancanza di preclusioni, sicché solo se sussistono tutti i predetti requisiti l'autorità giudiziaria potrà vagliare "il merito" della domanda.

Soltanto nel caso in cui non ricorrano gli estremi per pronunciare una sentenza d'immediato proscioglimento ex art. 129 c.p.p. e previa verifica delle condizioni formali e sostanziali di ammissibilità della richiesta, infatti, il giudice potrà valutare, sentite le parti e la persona offesa (il giudice dovrà anche tenere in adeguata considerazione la circostanza che il domicilio dell'imputato, indicato nel programma, sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa), la sussistenza di due presupposti concorrenti:

- a) l'idoneità del programma di trattamento ad assicurare il reinserimento sociale dell'imputato;
- b) la prognosi di non recidiva.

Per la formulazione del giudizio prognostico positivo sulla rieducazione del soggetto interessato, il giudice non potrà prescindere dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi a delinquere, al fine di valutare se il fatto contestato debba considerarsi un episodio occasionale ovvero rivelatore di un sistema di vita, che faccia escludere un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità dell'imputato verso modelli

socialmente adeguati.

Per quanto attiene alla fase di valutazione dell'esito della prova, occorre segnalare che le indicazioni contenute nell'art. 464-septies c.p.p. sono piuttosto generiche, non precisando in cosa esattamente consista l'esito positivo o negativo della prova.

La verifica giurisdizionale, in particolare, dovrebbe riguardare il "comportamento dell'imputato" e il "rispetto delle prescrizioni stabilite".

Mentre il riferimento al rispetto delle prescrizioni stabilite attiene sic et simpliciter all'adempimento dei singoli punti del programma, il richiamo al comportamento dell'imputato nel corso della prova si presta ad una valutazione più flessibile, che consente al giudice di tener conto della condotta complessiva dell'imputato.

A tal proposito, alcune precisazioni sono state elaborate dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112), la quale ha sottolineato che l'esigenza di rieducazione rappresenta un beneficio non solo per l'imputato, ma per la collettività e che l'essenza dell'istituto in esame non può ricollegarsi al solo fatto materiale di consentire all'imputato di vedere estinto il reato del quale è chiamato a rispondere, ma ha radici ben più profonde (e nobili) che tendono all'eliminazione delle tendenze di condotta antiggiuridica del soggetto.

Secondo la Suprema Corte, dunque, dovrebbe essere questo l'obiettivo della prova, il raggiungimento del quale dovrà essere oggetto di valutazione da parte del giudice.

In realtà, il rischio è che la valutazione in questione finisca con l'appiattirsi sulla relazione finale dell'U.E.P.E., seppur valutata nel contraddittorio delle parti e della persona offesa.

La legge, tuttavia, non vincola il giudice ad un mero recepimento della relazione conclusiva dell'U.E.P.E., sicché, pur a fronte di una relazione non completamente positiva, il giudice potrà comunque valutare che l'esito della prova sia stato positivo, ritenendo, ad esempio, che alcuni inadempimenti siano dipesi da circostanze estranee all'imputato o non addebitabili ad un difetto di diligenza dello stesso.

Il giudice, inoltre, ha anche il potere di modificare il programma di trattamento elaborato dall'U.E.P.E. sia all'atto della decisione sulla concessione della misura, sia in un momento successivo.

Si tratta di un potere particolarmente significativo e che conferma l'autonomia del giudice procedente rispetto alle scelte compiute da altri soggetti, talvolta più "qualificati", nella proposta di programma.

L'U.E.P.E., infatti, avvia un'indagine socio-familiare finalizzata alla predisposizione del programma di trattamento che dovrà contenere indicazioni circa le modalità di coinvolgimento dell'imputato e dei familiari nel processo di reinserimento sociale, le prescrizioni comportamentali (es. obblighi relativi alla dimora, alla libertà di movimento e al divieto di frequentare determinati locali), i rapporti con l'ufficio di esecuzione penale esterna e con eventuali strutture sanitarie specialistiche, le attività di riparazione o di risarcimento del danno, e il lavoro di pubblica utilità. Quest'ultimo è di fondamentale importanza, poiché la concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova è subordinata alla prestazione di un lavoro di pubblica utilità presso enti convenzionati che l'imputato deve reperire, mediante richiesta alla cancelleria del tribunale o all'U.E.P.E.

Con la sospensione del procedimento, dunque, l'imputato viene affidato all'U.E.P.E. per lo svolgimento di un programma di trattamento che preveda come attività obbligatorie:

- l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità;
- l'attuazione di condotte riparative volte ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato;
- il risarcimento del danno cagionato e, ove possibile, l'attività di mediazione con la vittima del reato.

Durante la fase di esecuzione della prova, l'U.E.P.E. svolge gli interventi necessari con le modalità previste dall'art. 72 della Legge n. 354 del 1975 e riferisce al giudice, con cadenza almeno trimestrale, circa l'andamento del programma, il comportamento tenuto, le proposte di modifica e segnala le eventuali trasgressioni che potrebbero determinare la sospensione della prova.

L'art. 168-quater c.p. prevede tre casi tassativi di revoca anticipata della misura, con contestuale ripresa del processo.

Si tratta di ipotesi che decretano il fallimento della messa alla prova rispetto agli scopi ai quali l'istituto mira, poiché palesano una strumentalizzazione del beneficio ovvero una recrudescenza della pericolosità sociale.

La prima ipotesi attiene al «caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte».

La seconda ipotesi di revoca attiene al «rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità», presupposto indefettibile nel regime di messa alla prova.

La disposizione fa riferimento sia all'ipotesi di rifiuto espresso, sia a quello di sottrazione di fatto all'obbligo del lavoro di pubblica utilità (si pensi alla mancata osservanza delle legittime richieste del datore di lavoro).

La terza e ultima ipotesi di revoca riguarda la commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo reato, essendo in tal caso smentita dai fatti la prognosi di non recidiva (si badi che in questo caso è da ritenersi sufficiente l'acquisizione della relativa notizia criminis e l'avvio delle indagini preliminari, altrimenti il periodo di sospensione dovrebbe tollerare di essere a sua volta sospeso per un periodo di tempo a priori non determinabile).

Decorso il periodo di sospensione del procedimento, senza che l'ordinanza di sospensione sia stata anticipatamente revocata, il giudice valuta in udienza l'esito della prova ed emetterà una sentenza dichiarativa di estinzione del reato in caso di esito positivo della prova (ossia una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, a seconda della fase in cui si colloca) oppure emanerà un'ordinanza dispositiva della ripresa del processo, in caso di esito negativo.

Il perdono giudiziale.

Il **perdono giudiziale**, previsto dall'art. 169 c.p., è disposto discrezionalmente dal giudice, sulla base della prognosi che il soggetto si asterrà dal commettere ulteriori reati, e può consistere o nell'astensione dal rinvio a giudizio o, nel caso in cui il giudizio si sia già instaurato, nell'astensione dalla pronuncia della condanna; l'estinzione del reato consegue immediatamente al passaggio in giudicato della sentenza che nell'uno o nell'altro caso applica il perdono giudiziale. Questa causa di estinzione del reato è limitata solo ai minori che al momento della commissione del fatto abbiano compiuto i 14 anni e non ancora i 18. La ratio di questo istituto è la prevenzione speciale, cioè si rinuncia punire un minore, che per la prima volta e in modo occasionale si rende autore di un illecito non grave, a causa degli effetti criminogeni che potrebbero derivare dalla pena e dal processo. Per il perdono giudiziale è necessario accertare che l'agente abbia commesso un fatto antiggiuridico e colpevole; il giudice deve quantificare la pena che andrebbe inflitta nel caso concreto (ovviamente tenendo conto della diminuzione prevista per la minore età) e che deve essere inferiore a due anni di pena detentiva o a € 1549 di pena pecuniaria; inoltre è necessario che il minore non abbia riportato precedenti condanne a pena detentiva per delitto; non può trattarsi di un delinquente o un contravventore abituale o professionale; inoltre è necessario che non abbia già fruito del perdono giudiziale, perché l'art. 169 al quarto comma dice che "il perdono giudiziale non può essere concesso più di una volta"; oggi però grazie alla corte costituzionale l'istituto può essere applicato per la seconda volta se si tratta di un reato commesso anteriormente alla prima sentenza di perdono o se è unito dal vincolo della continuazione ad altri reati per i quali è già stato concesso il perdono giudiziale.

Disciplina comune.

Il campo di applicazione delle cause di estinzione del reato gode di una sorta di "**autonomia o specificità**", che si manifesta:

-rispetto ai **reati** ai quali la causa di estinzione è applicabile; infatti l'art. 170 c.p. stabilisce che: in primo luogo quando un reato è il presupposto di un altro reato, la causa che lo estingue non si estende all'altro reato (ad esempio l'estinzione per prescrizione del delitto di furto dal quale proviene la cosa oggetto di ricettazione non si estende al delitto di ricettazione); in secondo luogo la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro reato non si estende a quest'ultimo (ad esempio l'estinzione del furto non si estende al delitto di rapina del quale il furto è elemento costitutivo); infine, per quanto riguarda la circostanza aggravante prevista per chi commette un reato per eseguirne o occultarne un altro, l'estinzione di uno dei due reati non esclude l'applicabilità dell'aggravante (ad esempio se Tizio commette un omicidio per poter realizzare un furto, risponderà di omicidio aggravato anche se il furto è stato amnistiato).

-rispetto alle **persone** che ne possono beneficiare, infatti l'art. 182 c.p. dice che "l'estinzione del reato ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce, salvo che la legge disponga altrimenti"; quindi emerge il concorso di persone nel reato, cioè le cause di estinzione del reato operano solo rispetto al singolo concorrente al quale si riferisce la causa estintiva (ad esempio la morte dell'autore di un fatto antiggiuridico e colpevole non esclude la punibilità di chi lo avesse istigato o aiutato a commettere il reato, perché nei confronti di costoro la pena dovrà essere inflitta ed eseguita). L'unica eccezione in cui la causa di estinzione del reato opera

nei confronti di tutti i concorrenti, riguarda il caso di chi abbia istigato o aiutato altri a commettere un fatto di bigamia, infatti egli non è punibile se il matrimonio, contratto precedentemente dal bigamo, è dichiarato nullo o è annullato il secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia, come stabilisce l'art. 556, 3 comma c.p.

Anche nel caso in cui è presente una causa di estinzione del reato, il giudice è vincolato a rispettare l'ordine in cui sono disposti gli elementi del reato, cioè il fatto, l'antigiuridicità, la colpevolezza e la punibilità, infatti l'art. 129, 2 comma c.p.p. stabilisce che la prova evidente, che risulta dagli atti del processo, che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, oppure che il fatto non è antigiuridico o che è antigiuridico ma non colpevole, impone il **proscioglimento per l'una o l'altra di queste ragioni e non per** la presenza di **una causa di estinzione del reato**; inoltre ciò soddisfa l'interesse giuridico ed etico-sociale del cittadino a una pronuncia di assoluzione, perché una cosa è essere prosciolto nel merito (ad esempio dall'accusa di aver corrotto un pubblico ufficiale) è un'altra cosa è essere prosciolto per intervenuta prescrizione o amnistia, il che avrebbe un carattere infamante, ed è per questo motivo che la corte costituzionale, sulla base del diritto di difesa previsto dall'art. 24 cost., ha stabilito il principio per cui l'imputato può rinunciare all'intervenuta prescrizione o amnistia per essere difeso nel merito e ottenere un proscioglimento che elimini ogni ombra sul suo operato; oggi la possibilità di rinunciare alla prescrizione è prevista dall'art. 157, 7 comma c.p., nella versione della legge ex Cirielli.

Giustizia riparativa: cenni

La giustizia riparativa rappresenta una delle più significative novità del sistema penal-punitivo contemporaneo. Sulla scia di importanti esperienze straniere e seguendo la pressione del diritto di matrice sovranazionale, questo nuovo paradigma di risposta al reato ha trovato uno spazio sempre crescente anche nel sistema interno, spesso saldandosi al superamento dell'assenza della vittima dalla vicenda punitiva. Pure a fronte dell'indubbia rilevanza della riflessione sul tema, occorre ammettere il profilarsi di numerose zone d'ombra rispetto al quadro costituzionale; si pensi a come la giustizia riparativa chiama in causa la presunzione di innocenza e il diritto di difesa, la finalità rieducativa della pena e le regole in materia di giurisdizione; si pensi ancor prima alle stesse difficoltà nell'individuare, in modo certo, i suoi confini e gli istituti in cui si declina, ma anche alle modalità applicative che mostrano una intrinseca debolezza se rapportate ai principi costituzionali.

Nella consapevolezza di come l'ingresso della giustizia riparativa sia oramai una realtà consolidata nel sistema interno, il volume indaga le dinamiche costituzionali che occorre considerare, cercando di individuare una soluzione "costituzionalmente preferibile" coerente con l'impianto che la Carta fondamentale profila.

CAPITOLO 10: "IL TENTATIVO E IL CONCORSO DI PERSONE"

1. Le forma di manifestazione del reato.

In un ordinamento retto dal principio di legalità, potrebbe rispondere penalmente soltanto chi realizza un reato consumato, cioè chi compie un fatto concreto nel quale sono presenti tutti gli estremi di un dato reato. Che cerca di uccidere una persona, ma non si riesce non incorrerebbe in alcuna responsabilità penale. Per punirlo c'è bisogno della presenza nell'ordinamento di una norma che estende la responsabilità anche chi tenta senza riuscirci di realizzare un fatto delittuoso. Nell'ordinamento questa disposizione prevista dall'articolo 56 c.p., che, integrandosi con le norme di parte speciale che descrivono i singoli delitti, dà vita ad altrettante nuove figure delittuose, che sono forma di manifestazione meno grave di quei delitti: tentativo di omicidio, di furto, di rapina. Inoltre c'è bisogno di una norma anche per fondare la responsabilità di chi non realizza in prima persona è il reato, ma si limita ad aiutare o persuadere altri a commetterlo. La funzione di estendere la responsabilità a chi concorre alla commissione di un reato da parte di altri è assolta nel nostro ordinamento dell'articolo 110 c.p., che, combinandosi con le norme che prevedono la forma consumata o tentata dei singoli reati, dà vita ad una nuova forma di manifestazione di quei reati: concorso in omicidio, in furto, in rapina. Così potrà rispondere non solo chi spara al cuore della vittima e ne cagiona la morte, ma anche chi ha fornito l'arma o chi lo ha istigato a commettere l'omicidio.

A)IL TENTATIVO

2. Le scelte di fondo del legislatore italiano

a norma dell'articolo 56 comma 1, che compie atti doni, diritti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.

Da questa definizione emerge chiaramente la contrapposizione tra delitto tentato e delitto consumato. Dal corrispondente delitto consumato il tentativo, rappresenta un titolo autonomo di reato, e non una circostanza attenuante. Ne deriva una serie di conseguenze, la prima delle quali riguarda il procedimento per la determinazione della pena. Ad eccezione dell'ipotesi in cui per il delitto consumato sia prevista la pena dell'ergastolo, all'autore di un delitto tentato si applica la pena stabilita per il delitto diminuita da un terzo a due terzi. Non si tratta di una figura autonoma di reato, il tentativo, ha una propria cornice edittale di pena, che il giudice deve individuare preliminarmente rispetto alla commisurazione della pena, da operarsi però all'interno di quella cornice: in particolare la pena per il delitto tentato spazierà da un minimo pari alla pena minima prevista per il delitto consumato diminuita di due terzi e un massimo pari alla pena massima prevista per il delitto consumato diminuita di un terzo. A partire dalle pene previste per il delitto consumato, cioè si deve operare la diminuzione massima sulla pena minima e la diminuzione minima sulla pena massima.

la diminuzione di pena per il tentativo andrà operata sempre, non trovando applicazione giudizio di comparazione delle circostanze ex articolo 69. Sono le circostanze attenuanti, in caso di concorso con le circostanze aggravanti, devono essere bilanciate con queste ultime, non procedendosi alla diminuzione di pena qualora il giudice consideri le attenuanti equivalenti o soccombenti rispetto alle aggravanti.

La definizione contenuta nell'articolo 56, mostra che legislatore ha circoscritto la funzione estensiva della norma sul tentativo ai soli delitti. Dall'altra definizione del tentativo si ricava inoltre che il delitto tentato deve essere necessariamente commesso con dolo.

Quanto alla struttura del tentativo, la definizione dell'articolo 56 esprime la scelta di fondo operata dal legislatore italiano. Il legislatore ha sviluppato coerentemente l'idea non c'è un reato senza offesa ai beni giuridici: si può parlare infatti del tentativo soltanto se gli atti compiuti dall'agente sono idonei a commettere un delitto, e quindi creano la probabilità dalla consumazione del reato, e quindi creano un pericolo per il bene tutelato dalla norma incriminatrice di parte speciale coerente con il principio di aggressività e la disciplina sanzionatoria del delitto tentato. Comportando il tentativo un'offesa meno grave rispetto al reato consumato la legge fa discendere una pena diminuita: l'articolo 52 stabilisce che il colpevole del delitto tentato è punito con la reclusione non inferiore a 12 anni, se la pena stabilita per il delitto consumato è l'ergastolo; e negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto consumato, diminuita da un terzo a due terzi.

La struttura e il trattamento sanzionatorio del tentativo sono diversi a seconda che ci si ispiri ad una concezione del reato di impronta soggettivistica ovvero alla concezione del reato come offesa un bene giuridico. Nella prima ipotesi il legislatore considera responsabile di tentativo chiunque manifesti, la volontà di commettere questo o quel fatto di reato è punirà nella stessa misura chi tenta di commettere reato chi lo porta consumazione. Nella seconda ipotesi, invece, la punibilità del tentativo sarà innanzitutto fondata sulla creazione o sulla mancata neutralizzazione di un pericolo per il bene giuridico tutelato dalla norma che prevede il corrispondente reato consumato, d'altra parte, il reato tentato, comportando un'offesa meno grave al bene giuridico, sarà sanzionato con una pena obbligatoriamente più lieve.

Nel configurare la struttura del tentativo il legislatore deve peraltro compiere una seconda scelta di fondo. Infatti, il legislatore deve stabilire, preliminarmente, quali fra gli atti compiuti dall'agente, se idonei, possono rilevare ai fini del tentativo: deve cioè individuare un momento nell' iter criminis, a partire dal quale può configurarsi il tentativo di un determinato delitto. In passato il codice del 1889 individuava questo momento tracciando lo spartiacque tra atti preparatori e atti esecutivi: solo i secondi potevano rilevare ai fini del tentativo. Risponde del delitto tentato infatti colui che, al fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione.

Il legislatore del 1930 ha invece voluto anticipare gli atti punibili a titolo di tentativo dalla fase degli atti preparatori. Fu un'anticipazione ispirata da considerazioni politica infatti sembrava assurdo, che non potesse rispondere di tentato omicidio perché non era cominciata esecuzione, che era stato sorpreso mentre, munito di un fucile di precisione, si disponeva a prendere di mira la vittima. Anche se queste erano le intenzioni del legislatore, e controverso se il testo della legge e l'interpretazione sistematica dell'ordinamento rispecchino davvero quell'intenzione. La risposta a questo quesito ruota intorno al disposto dell'articolo 56, nella parte in cui richiede che gli atti debbano essere diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, nonché al disposto dell'articolo 115 del codice penale che sancisce la normale irrilevanza penale di atti preparatori, come l'accordo o l'ispirazione che abbiano per oggetto la commissione di un reato che poi non venga commesso.

3. L'inizio dell'attività punibile: atti univoci come sinonimo di atti esecutivi

Un duplice ordine di argomenti parla a favore della rilevanza dei soli atti esecutivi: in altri termini degli atti tipici, che corrispondono almeno ad una parte dello specifico modello di comportamento descritto nella norma incriminatrice di parte speciale. Sono penalmente irrilevanti a titolo di tentativo gli atti preparatori, cioè gli atti che abbiano carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata di una figura di reato: tali atti potranno rilevare solo se integrano una figura di reato a sé stante.

a) Già il tenore letterale dell'articolo 56 pone in evidenza che l'inizio dell'attività punibile coincide con l'inizio dell'esecuzione della fattispecie delittuosa. Il requisito dell'univocità degli atti, (atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto), esprime una caratteristica oggettiva della condotta: gli atti devono di per sé rivelare che l'agente ha iniziato a commettere un determinato delitto. Infatti, possono uscire dall'equivoco ed essere diretti verso un determinato delitto, solo gli atti che rappresentino l'inizio di esecuzione di quel determinato delitto: i soli atti in grado di attirare la qualifica del tentativo come forma di manifestazione di quel delitto. Lo ha sottolineato anche la corte costituzionale. Inoltre, il legislatore del 1930, per contrapporre e caratterizzare il delitto tentato rispetto al delitto consumato, usa tra l'altro la formula se l'azione non si compie: ciò significa che l'azione descritta nella norma incriminatrice non deve essere completata, ma deve essere almeno iniziata.

b) questa lettura dell'articolo 56, trova conferma, nel disposto dell'articolo 115, il quale considera non punibili sia l'accordo sia l'istigazione che abbiano per oggetto la commissione di un delitto, che poi non venga commesso. Ora, l'accordo e l'istigazione accolta dalla persona consistono nell'incontro della volontà di due o più persone, al quale normalmente si arriva attraverso una serie di atti che, al pari dell'accordo e dell'istigazione, rappresentano altrettanti atti preparatori del delitto programmato. Dell'articolo 115 discende perciò l'irrilevanza a titolo di tentativo sia dall'accordo e dall'istigazione, sia, a maggior ragione, di atti che precedono il raggiungimento dell'accordo o all'accoglimento dell'istigazione. D'altra parte, la regola dettata dall'articolo 115 ha per oggetto le attività preparatorie di un delitto realizzate da più persone, ma non è pensabile che attività dello stesso tipo, non punibili se poste in essere da più persone, siano invece punibili se compiute da un solo individuo. La disposizione in esame avvalorata il principio della normale irrilevanza degli atti preparatori nel quadro del tentativo. Questa lettura dell'articolo 115 trova conferma anche nei lavori preparatori del codice penale. L'accordo e l'istigazione non sono punibili se il reato non è commesso. Le espressioni reato commesso, commettere un reato, si riferiscono a tutto il processo esecutivo, e quindi anche al tentativo.

Non è difficile individuare l'inizio di esecuzione nella forma vincolata: esecutivi sono gli atti che corrispondono allo specifico modello di comportamento descritto nella norma incriminatrice.

Quanto ai reati in forma libera solo apparentemente, l'azione tipica non è individuata dal legislatore: libertà non significa mancanza di forma. L'azione tipica si individua in funzione del mezzo scelto in concreto dall'agente: esecutiva è l'attività che consiste nell'uso del mezzo scelto dall'agente.

un'altra lettura in chiave soggettiva del requisito dell'univocità degli atti è stata prospettata nel corso dei lavori preparatori del codice penale: l'univocità esprimerebbe l'esigenza di provare la presenza del dolo in capo all'agente. È una tesi però che oggi non trova nessun seguito in primo luogo, perché incompatibile col tenore letterale della legge, che ancora gli atti al requisito dell'univocità. Inoltre, tale requisito, sarebbe del tutto pleonastico, perché l'esigenza della prova del dolo è imposta già dalle regole generali del processo. D'altra parte, la regola che imponesse di provare il dolo sulla base dei soli atti compiuti dall'agente sarebbe assurda, perché precluderebbe l'utilizzo di altre importanti fonti di prova, come dichiarazioni dell'agente precedenti o successive, testimonianze di terzi, documenti...

L'irrilevanza degli atti preparatori ai fini del tentativo non sempre comporta la loro irrilevanza penale: l'ordinamento infatti prevede come reati a sé stanti una molteplicità di atti preparatori di altri reati. Nel quadro del concorso di persone nel reato, lo stesso articolo 115 fa salva la possibilità che la legge preveda come autonome figure di reato alcune forme di accordo e di istigazione. La previsione di atti preparatori come figure di reato a sé stanti non è esclusiva dell'attività compiuta da più persone o rivolta a più persone: infatti vengono incriminati come reati a sé stanti anche atti preparatori compiuti dalla singola persona.

La presenza nell'ordinamento di queste norme dimostra la scarsa fondatezza delle preoccupazioni politico-criminali di chi, in via interpretativa, ritiene che la punibilità del tentativo possa essere svincolata dal compimento di atti esecutivi di questo quel delitto. Si noti infine che le figure delittuose che danno autonoma rilevanza agli atti preparatori non tollerano che la soglia della punibilità sia ulteriormente spostata indietro: tali reati non ammettono dunque il tentativo.

4. L'idoneità degli atti

È necessario accertare che gli atti compiuti dall'agente siano idonei a commettere il delitto, e quindi creano la probabilità della consumazione del reato, e quindi la messa in pericolo del bene tutelato nella norma incriminatrice del corrispondente reato consumato. L'idoneità come giudizio di probabilità ha quale necessario termine di relazione la consumazione del delitto.

Nei reati che si esauriscono in un'azione o in più azioni l'idoneità andrà quindi rapportata al completamento dell'azione o delle azioni richieste dalla legge per la consumazione del reato.

Nel reato di evento l'idoneità degli atti andrà invece valutata in relazione al verificarsi dell'evento o degli eventi. Il giudizio di idoneità va formulato ex ante: il giudice cioè deve fare un viaggio nel passato, riportandosi idealmente al momento dell'inizio dell'esecuzione del delitto. Quanto ai criteri per accertare la probabilità della consumazione il giudice deve utilizzare il massimo delle conoscenze disponibili al momento in cui compie l'accertamento, comprensiva delle eventuali conoscenze ulteriori del singolo agente. In particolare, quando si tratti di accertare la probabilità del verificarsi dell'evento sulla base di un processo causale innescato da fattori meccanici o naturali, il giudice dovrà far ricorso alle leggi scientifiche note in quel momento tenendo conto anche di speciali conoscenze scientifiche di cui, al momento dell'azione, disponesse il singolo agente.

si farà invece ricorso massime di esperienza quando si tratta di accertare la probabilità del completamento dell'azione o del verificarsi di eventi incarnati in un comportamento umano.

La base del giudizio di probabilità è rappresentata non dai soli mezzi impiegati dall'agente ma anche delle circostanze concrete in cui quei mezzi sono stati impiegati. Bisogna stabilire se il giudice debba tener conto delle sole circostanze che al momento dell'azione erano conoscibili da un osservatore imparziale o erano conosciute dall'agente (prognosi con base parziale) ovvero debba tener conto di tutte le circostanze presenti in quel momento, anche se non conoscibili né conosciute al momento dell'azione, ma accertate sono successivamente (prognosi con base totale).

Questa alternativa va sciolta nel senso che il giudice deve porre a base del giudizio tutte le circostanze esistenti al momento dell'azione. Lo impone in primo luogo il principio di offensività, che vincola l'interprete nella ricostruzione delle norme. Se Tizio spara a Caio con un fucile che non può uccidere, ovvero se Tizio, spara a Caio quando questi è già morto, il bene della vita non ha corso, in entrambi i casi, il pericolo di essere leso.

A favore del giudizio di idoneità come giudizio prognostico a base totale parla anche la predisposizione del codice, l'articolo 49, che sotto la rubrica reato impossibile, stabilisce che la punibilità è esclusa, quando per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento danonoso pericoloso; dopo aver escluso la punibilità, la norma, soggiunge peraltro che il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza. La logica che sta alla base di questa disciplina risiede ancora nel principio di offensività: non si può punire chi non ha almeno esposto a pericolo il bene giuridico. D'altra parte la mancata esposizione a pericolo può essere dovuta a fattori impeditivi non conoscibili ex ante, come l'inesistenza dell'oggetto materiale ovvero l'ostacolo l'inopinato all'efficacia causale dell'azione: limitatamente a questi casi il legislatore invita il giudice a volgere lo sguardo dal fatto alla persona dell'agente, per chiedersi se non si tratti di un soggetto pericoloso, cioè non sia probabile che questo oggetto ripeta in futuro con successo solo ciò che fortuitamente non gli è riuscito questa volta. Se la prognosi di pericolosità è affermativa il giudice sottopone la persona a libertà vigilata. L'orientamento maggioritario è nel senso che il giudizio di idoneità vada formulato adottando la base parziale, tenendo conto solo delle circostanze che al momento dell'azione erano conoscibili da un osservatore imparziale o conosciute dall'agente. Risulta peraltro incoerente con questa scelta la pacifica non configurabilità del tentativo nei casi di inesistenza assoluta dell'oggetto materiale dell'azione, anche quando tale circostanza non fosse né conosciuta né conoscibile al momento dell'azione.

5. Il dolo nel delitto tentato.

per individuare il criterio d'imputazione soggettiva della responsabilità è necessario far riferimento alla regola generale dettata per tutti i delitti all'articolo 42, dalla quale si ricava che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto tentato se non lo ha commesso con dolo. Nella sfera del tentativo in assenza di un'apposita previsione, nessuno spazio compete la responsabilità per colpa.

Oggetto del dolo nel tentativo è la realizzazione del corrispondente delitto consumato. Un punto controverso è se la coincidenza tra il dolo del delitto tentato e quello del delitto consumato riguardi anche le forme del dolo: cioè se tutte le forme del dolo che rilevano nel delitto consumato possono egualmente rilevare in relazione al delitto tentato.

In particolare, si discute sulla compatibilità del dolo eventuale con la struttura del tentativo. Il quesito va risolto

in senso affermativo. La soluzione negativa accolta da una parte della dottrina e della giurisprudenza si fonda sull'assunto che il requisito dell'univocità degli atti sia incompatibile con lo stato di dubbio caratteristico del dolo eventuale: non potrebbe compiere atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto a chi agisca con uno scopo diverso dalla realizzazione del fatto delittuoso, limitandosi ad accettare l'eventualità che il fatto si verifichi. Potrà rispondere di tentato omicidio, dunque, a titolo di dolo eventuale chi, fuggendo dal luogo in cui ha commesso la rapina, spari in direzione degli inseguitori per farli desistere dall'inseguimento: spari quindi, non con il fine di uccidere bensì per quello di sottrarsi alla cattura.

La giurisprudenza esaminando casi in cui era dubbio se ricorressero gli estremi di un tentato omicidio ovvero di una tentata lesione personale, non di rado ha chiesto l'intenzione di realizzare il fatto, apparentemente come forma di dolo caratteristica indefettibile del delitto tentato per cercare di risolvere il diverso problema della prova di quel che nel caso concreto l'agente voleva cagionare con una data azione. Per risolvere questo dubbio la giurisprudenza ha sempre utilizzato tutti gli indizi dei quali è possibile inferire se il comportamento di una data azione era guidato, dalla volontà omicida, piuttosto che dalla volontà di ferire.

Ciò che l'agente deve voler realizzare, per la sussistenza del dolo di tentativo, è un fatto concreto che integri un modello di fatto descritto da una norma incriminatrice di parte speciale. Invece se l'agente realizza un fatto concreto che non corrisponde ad un modello legale di reato, supponendo erroneamente che costituisca reato, realizza un cosiddetto reato putativo per errore di fatto. D'altra parte l'erronea supposizione di commettere un reato può dipendere anche dalla soggettiva convinzione dell'agente che il fatto che intendeva realizzare fosse previsto dalla legge come reato, mentre in effetti non lo era. Anche in queste ipotesi il reato esisteva solo nella mente dell'agente, il quale non incorrerà in alcuna responsabilità, neppure a titolo di tentativo. Ancora una volta si tratta di reato putativo dovuto in questo caso a un errore di diritto penale.

Per questo ordini di considerazioni l'articolo 49 stabilisce che non è punibile chi commetta un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato.

6. Il tentativo nei reati omissivi.

In relazione alla configurabilità del tentativo, bisogna distinguere tra reati omissivi propri e reati omissivi impropri.

Il tentativo nei reati omissivi impropri.

Per i reati omissivi impropri l'inizio dell'omissione punibile ex articolo 56 si ha quando il mancato compimento dell'azione aumenta il pericolo che il garante ha l'obbligo giuridico di neutralizzare per impedire che si verifichi l'evento. D'altra parte, perché il garante risponda a titolo di tentativo è necessario che l'evento non si verifichi.

Il tentativo nei reati omissivi propri.

Controverso è la configurabilità del tentativo in questo tipo di reati. Secondo la giurisprudenza prevalente e secondo parte della dottrina il problema fu risolto in senso negativo. Elemento caratteristico dei reati omissivi propri è il mancato compimento di un'azione entro un termine, che la legge fissa talora in modo puntuale, talora con una certa approssimazione: ne seguirebbe che prima della scadenza del termine non vi sarebbe spazio per alcuna responsabilità penale, perché nessun obbligo è stato ancora violato, mentre una volta scaduto il termine, il reato omissivo sarebbe consumato. Secondo la diversa opinione invece potrebbe rispondere a titolo di tentativo chi si ponga nell'impossibilità di compiere l'azione doverosa. La tesi non pare convincente: all'impossibilità di adempiere segue necessariamente il mancato compimento dell'azione doverosa e quindi la consumazione del reato omissivo.

Piuttosto uno spazio ristretto per la configurabilità del tentativo può invece individuarsi in ipotesi in cui il soggetto non sfrutti il primo momento utile per adempiere all'obbligo di agire, ma conservi una chance ulteriore per adempiere a quell'obbligo. Se l'automobilista sfrutta questa chance e lo fa per una libera scelta, rimarrà integrato un fatto antiggiuridico colpevole di tentativo, e il soggetto non sarà punibile per aver volontariamente desistito dal portare a compimento l'omissione. Risponderà invece di tentativo di omissione di soccorso se la desistenza è stata frutto di una coazione esterna.

7. La desistenza volontaria e il recesso attivo dal delitto tentato.

La desistenza volontaria.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora

questi costituiscano per sé un reato diverso(art. 56 c.p.) .

la desistenza volontaria presuppone che sia già stato integrato un fatto antiggiuridico e colpevole di tentativo e l'effetto della desistenza volontaria è quello di renderlo non punibile: può residuare una responsabilità ad altro titolo soltanto se gli atti compiuti dall'agente integrano un diverso reato. La desistenza volontaria consta di due requisiti:

1. la condotta di desistenza;
2. la volontarietà.

Quanto alla condotta di desistenza, nei reati commissivi s'identifica con il non completare l'azione esecutiva iniziata, ma non ancora portata a compimento: è il caso di chi iniziato la sottrazione di gioielli, ma li abbandona nell'appartamento rinunciando a portarli con sé.

Nel reati omissivi, propri o impropri, desistere significa compiere l'azione doverosa inizialmente omessa, quando vi sia ancora la possibilità di un adempimento tempestivo.

Per esempio il caso dell'automobilista che, dopo essersi allontanato di pochi metri della persona ferita bisognosa di aiuto, torna indietro e la carica sulla propria macchina per portarlo all'ospedale.(reato omissivo proprio).

E' il caso dell'infermiera che, con l'intento di lasciar morire il paziente, fa decorrere l'ora fissata dal medico senza somministrare il farmaco, ma pochi minuti dopo provvede alla somministrazione.(reato omissivo improprio).

La desistenza è volontaria quando si possa dire che l'agente ha ragionato in questi termini: potrei continuare, ma non voglio; invece la desistenza non è volontaria quando l'agente ha detto se stesso: vorrei continuare ma non posso. La volontarietà della desistenza presuppone dunque la soggettiva convinzione dell'agente di poter completare l'attività esecutiva iniziata: una possibilità che non sussiste quando vi sia una coazione esterna che impone all'agente di abbandonare l'attività intrapresa, né quando agli occhi della gente non vi sia comunque la possibilità di completare con successo l'attività delittuosa iniziata. Volontarietà ai fini della desistenza dal tentativo non significa necessità di un pentimento e nemmeno necessità di un abbandono definitivo del proposito criminoso: la desistenza volontaria è anche quando si sia determinata da calcoli utilitaristici.

Il recesso attivo.

Nei reati di evento oltre alla desistenza volontaria, la legge dà rilievo ad un comportamento dell'agente tenuto dopo aver completato l'azione o l'omissione: è cioè al volontario impedimento dell'evento. Si parla in proposito di recesso attivo dal delitto tentato. Rispetto alla desistenza volontaria, diverse sono però le conseguenze che la legge penale italiana ricollega a questa forma di condotta susseguente alla realizzazione di un fatto di tentativo: non l'esclusione della punibilità, bensì un'attenuazione di pena. Infatti, l'articolo 56 stabilisce che se il colpevole volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà. Il recesso attivo ha dunque natura di circostanza attenuante, con la conseguenza di partecipare al giudizio di bilanciamento con altre circostanze concorrenti.

Da una parte l'azione dell'agente deve aver avuto l'effetto di impedire il verificarsi dell'evento; se l'agente ha cercato di impedire l'evento, ma non vi è riuscito, ci si troverà in presenza di un reato consumato. D'altra parte non è necessario che l'impedimento dell'evento avvenga ad opera esclusiva dell'agente: può benissimo realizzarsi con l'aiuto di terzi. Quanto alla volontarietà questo requisito del recesso attivo va ricostruito negli stessi termini della desistenza.

8. I rapporti tra tentativo, diritti di attentato e reati ad uno specifico.

Un comportamento che integrerebbe di estremo di un tentativo può essere configurato dal legislatore come una tipica figura autonoma di delitto: si parla di reati a consumazione anticipata.

Delitti di attentato.

I delitti di attentato sono caratterizzati da una condotta che il legislatore designa con la formula "chiunque attentava" ovvero con la formula "chiunque commette un fatto diretto a" o, ancora caratterizzate dalla presenza nella rubrica della parola "attentato".

Alla base della scelta politico-criminale di configurare diritti di attentato sta, nella maggior parte dei casi, l'esigenza di una punizione più severa di quella applicabile in base alla disciplina ordinaria dettata per il tentativo dell'articolo 56, in alcune ipotesi, la configurazione di un delitto di attentato e importa dalla natura stessa del fatto delittuoso: il reato non può sussistere che nello stadio del tentativo, poiché il raggiungimento del fine cui è diretta la volontà dell'agente assicurerebbe al colpevole la completa impunità.

secondo l'opinione unanime in giurisprudenza e dominante in dottrina, i delitti di attentato presentano entrambi i

requisiti strutturali del tentativo: l'inizio di esecuzione e l'idoneità degli atti esecutivi. Per esempio nell'attentato contro l'integrità dello Stato, la giurisprudenza richiede che, esauriti gli atti preparatori, si fosse passati agli atti esecutivi, per esempio con i primi atti terroristici. A proposito del requisito dell'idoneità in relazione a questo delitto, la giurisprudenza non ha escluso la sussistenza in caso di attività di divulgazione attraverso il lancio di manifesti del programma irredentista sudtirolese; l'idoneità invece è stata ravvisata in una serie di atti terroristici caratterizzati da simultaneità, virulenza e intensità.

La coincidenza tra la struttura dei delitti di attentato e quella del tentativo comporta che il delitto di attentato non ammettono il tentativo: il minimo necessario per dar vita a un tentativo e qui già sufficiente per la consumazione. Risultano perciò penalmente irrilevanti gli atti preparatori dei delitti di attentato, a meno che non siano eccezionalmente previsti come reati a sé stanti.

Reati a dolo specifico.

Tra i reati a dolo specifico, caratterizzati dalla presenza di una finalità la cui realizzazione non è necessaria per la consumazione del reato e tutti identificati da formule come "al fine di", "allo scopo di"..., bisogna operare una distinzione in due gruppi:

- reati a dolo specifico nei quali l'evento perseguito dall'agente non è né dannoso né pericoloso, ma a volte addirittura approvato dall'ordinamento;
- reati a dolo specifico nei quali l'evento è offensivo di beni giuridici protetti dall'ordinamento.

Esempi della prima categoria sono il furto, la rapina, l'appropriazione indebita, nei quali l'agente deve essere animato da una finalità di profitto, tendendo perciò, a conseguire un risultato che l'ordinamento di per sé non ha interesse ad impedire. Quali esempi del secondo gruppo di reati si possono invece citare il sequestro di persona a scopo di estorsione, dove l'agente deve aver di mira un'offesa al patrimonio della persona alla quale chiederà il riscatto della vittima del sequestro.

In riferimento a questo secondo gruppo di reati a dolo specifico si pone il problema se costituiscano altrettante ipotesi di delitto tentato punite come reati a sé stanti.

La lettera delle relative norme incriminatrici potrebbe autorizzare la punizione anche di chi persegua lo scopo indicato dalla legge con atti inidonei a conseguirlo. In materia di sequestro di persona a scopo di estorsione, è il caso di chi sequestra una persona credendo che si tratti di un ricco possidente, mentre in realtà è un pover'uomo, il cui riscatto non può essere estorto a nessuno. Questa interpretazione urterebbe però, contro il principio costituzionale di offensività, che reclama per tutti i reati almeno la creazione di un pericolo per il bene giuridico tutelato dalla legge quindi, in questo gruppo di reati a dolo specifico, esige l'oggettiva idoneità degli atti compiuti dall'agente a cagionare l'evento dannoso o pericoloso preso di mira. Così, non si risponderà di sequestro di persona a scopo di estorsione, essendo impossibile ottenere da chicchessia il pagamento di un riscatto.

Questi reati a dolo specifico non posseggono invece, l'altro requisito strutturale del delitto tentato, cioè l'inizio dell'esecuzione dell'attività diretta a conseguire lo scopo indicato dalla norma: non è necessario, ad esempio, che l'autore o il complice del sequestro di persona finalizzato a ottenere il pagamento di un riscatto abbia formulato la relativa richiesta.

La struttura dei reati a dolo specifico nei quali l'agente deve prendere di mira un evento offensivo di beni giuridici protetti dall'ordinamento è dunque simile, a quella del tentativo: nel senso che la legge attribuisce rilevanza penale ad atti che sono meramente preparatori di un tentativo.

Dal momento che il tentativo non è configurabile in tutte le ipotesi in cui atti preparatori sono elevati a reati a sé stanti, ne consegue che anche i reati a dolo specifico caratterizzati dal perseguimento di un evento offensivo di beni giuridici non ammettono il tentativo. Così, chi inizia a privare taluno della libertà personale, cercando per esempio di spingerlo dentro un'auto, allo scopo di chiedere il riscatto della vittima, se la vittima riesce a sottrarsi al sequestro, risponderà di tentativo di sequestro di persona, e non di tentativo di sequestro di persona a scopo di estorsione.

B) IL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO.

9. Funzione incriminatrice e funzione di disciplina delle norme sul concorso di persone.

Le norme sul concorso di persone assolvono ad una duplice funzione, che si ha in due fasi successive. In primo luogo, viene in considerazione la loro funzione incriminatrice: in un ordinamento retto dal principio di legalità,

alcune norme sul concorso di persone hanno la funzione di dare rilevanza a comportamenti atipici ai sensi delle norme che delineano i singoli reati, estendendo la responsabilità a chi non realizza in prima persona un reato consumato o tentato, ma concorre alla commissione di un reato da parte di altri. In una fase logicamente successiva, altre norme sul concorso di persone adempiono ad una funzione di disciplina del trattamento sanzionatorio, individuando la misura della pena per ciascuno dei concorrenti.

10. La struttura del concorso di persone.

Il concorso di persone nel reato consta di quattro elementi costitutivi:

1. Pluralità di persone;
2. Realizzazione di un fatto di reato;
3. Contributo causale della condotta tipica alla realizzazione del fatto;
4. Consapevolezza e volontà di contribuire causalmente alla realizzazione del fatto.

11. Pluralità di persone.

Alla realizzazione del fatto, nei reati monosoggettivi deve concorrere almeno un'altra persona (il partecipe) rispetto a quella la cui condotta è descritta dalla norma incriminatrice di parte speciale (l'autore). In relazione ai reati necessariamente plurisoggettivi, deve aggiungersi almeno un'altra persona a quella la cui condotta è già richiesta dalla struttura della norma incriminatrice di parte speciale. Nel novero dei concorrenti rientrano anche le persone non imputabili o non punibili per effetto di una causa personale di esclusione della punibilità. L'irrelevanza dell'imputabilità e della punibilità per la sussistenza del concorso di persone discende dalle disposizioni degli articoli 111 e 112, che prevedono talune circostanze aggravanti nei confronti di chi ha determinato a commettere il fatto persone non imputabili o non punibili: in particolare l'articolo 112 comma 4, stabilisce in modo inequivoco che alcune circostanze aggravanti si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile.

12. Realizzazione di un fatto di reato (consumato o tentato)

Il fondamento normativo del requisito.

Il secondo requisito del concorso di persone che sia stato realizzato nella forma tentata o consumata, il fatto di reato descritto da una norma incriminatrice di parte speciale: prima che sia integrato il fatto, il comportamento atipico e penalmente irrilevante.

Questo requisito del concorso è imposto dall'articolo 115 che sancisce la non punibilità dell'accordo per commettere un reato e dell'istigazione accolta a commettere un reato, quando il reato oggetto dell'accordo o dell'istigazione non è stato commesso. Un reato può considerarsi commesso quando il fatto è stato realizzato sia nella forma consumata sia nella forma tentata: basta quindi che l'autore realizzi un delitto tentato perché possa profilarsi un concorso di persone nel reato.

L'adesione del legislatore italiano al modello dell'accessorietà minima.

Subordinando la rilevanza delle condotte atipiche alla presenza di un fatto tipico, il legislatore italiano ha dunque modellato il concorso di persone secondo l'idea della accessorietà: il comportamento atipico rileva se e in quanto accede ad un fatto principale tipico. Si pone il problema se ai fini del concorso sia sufficiente un fatto principale tipico, se oltre che tipico il fatto debba essere anti-giuridico, ma anche colpevole o, addirittura anche punibile.

L'ordinamento ritiene sufficiente che la condotta atipica acceda ad un fatto tipico; non sono invece condizioni per la configurabilità di un concorso di persone né l'anti-giuridicità, né la colpevolezza, né la punibilità del fatto commesso da altri.

Quanto all'anti-giuridicità, di regola la liceità del fatto commesso in presenza di una causa di giustificazione opera sia nei confronti dell'autore del fatto, sia di chi lo ha istigato o agevolato. La normale estensione delle cause di giustificazione a tutti i concorrenti è sancita dall'articolo 119 il quale stabilisce che le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato. Tuttavia, questa regola ammette eccezioni: vi sono infatti cause di giustificazione cosiddette personali, che si riferiscono soltanto a cerchie limitate di soggetti, come l'uso legittimo delle armi, che giustificano il fatto limitatamente alle persone appartenenti a quella cerchia. Le cause di giustificazione personali rientrano nella categoria legislativa delle circostanze soggettive di esclusione della pena, la cui rilevanza è disciplinata dall'articolo 119: secondo tale disposizione le

circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguarda la persona a cui si riferiscono.

La disciplina dell'articolo 119 si applica anche nella sfera della colpevolezza. Se il fatto tipico è commesso da persona non imputabile, rimane ferma l'eventuale responsabilità di chi lo istigato o fornito l'arma con la quale il soggetto non imputabile ha commesso, per esempio, un fatto di omicidio: e la responsabilità del istigatore o dell'agevolatore resta ferma, anche se lo stato di incapacità di intendere di volere dell'autore è stato cagionato per lo scopo di farli commettere il reato. Del pari, se chi commette il fatto agisce senza dolo o per difetto del momento rappresentativo, essendo caduto in errore su un elemento essenziale del fatto, non risponderà del delitto di appropriazione indebita per mancanza di dolo; ne risponderà invece chi lo ha istigato a commettere il fatto se sapeva che la cosa oggetto della vendita non era di proprietà dell'istigato e magari ha provocato con l'inganno l'errore in cui è caduto all'autore del fatto: è quanto si ricava dall'articolo 48, quando dispone espressamente che in caso di errore determinato dall'altrui inganno del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo. Difetta poi il momento volitivo del dolo quando il fatto sia stato commesso per costringimento fisico: l'articolo 46 stabilisce che non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto da altri, mediante violenza fisica alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi; il che non esclude il concorso dell'autore della costrizione: l'articolo 46 comma 2, stabilisce infatti che del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza. L'irrelevanza della colpevolezza dell'autore del fatto emerge anche sul terreno delle scusanti: così non è punibile chi commette un fatto nello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, ma, in tal caso del fatto commesso dalla persona minacciata, risponde a chi l'ha costretta a commetterlo.

Infine, la disciplina dell'articolo 119 si applica anche alle cause personali di non punibilità. Chi spinga un agente diplomatico straniero ad acquistare un prezioso quadro rubato in una pinacoteca italiana risponderà di concorso di ricettazione, in quanto la causa di non punibilità di cui gode il diplomatico ha carattere personale quindi non si comunica i concorrenti.

L'esecuzione frazionata del fatto.

La realizzazione del fatto tipico può avvenire ad opera di più persone, ciascuna delle quali, d'accordo con l'altra, realizza una parte del fatto: si parla in questo caso di esecuzione frazionata e si designano come coautori coloro che eseguono congiuntamente una parte del fatto.

Perché si tratti dell'esecuzione frazionata di un unico fatto è necessario, che i soggetti agiscano sulla base di un accordo, mentre non rileva il contesto temporale nel quale si collocano le condotte dei coautori. A differenza di quanto accade in altri ordinamenti, nel codice penale italiano manca una previsione espressa dell'esecuzione frazionata di un fatto tipico, ma è pacifico che tale ipotesi sia riconducibile alla disciplina generale del concorso di persone nel reato.

13. Contributo causale della condotta atipica alla realizzazione del fatto.

Il fondamento normativo del requisito.

Non vi può essere concorso di persone se la condotta atipica non ha esercitato un'influenza causale sul fatto concreto tipico realizzato da altri: in assenza di questo collegamento causale, la condotta atipica non reca infatti nessun contributo all'offesa al bene giuridico immanente al fatto principale.

La necessità di questo collegamento emerge con chiarezza dal linguaggio del legislatore. Nell'articolo 116 la legge accolla a titolo di concorso un reato commesso da altri che il partecipe non ha voluto, a condizione che la condotta atipica abbia contribuito causalmente alla realizzazione del fatto: recita infatti la norma che, qualora il reato commesso sia diverso da quello che l'agente voleva contribuire a realizzare, queste risponde del reato diverso se è conseguenza della sua azione od omissione. Un collegamento causale è visibile anche nelle ipotesi in cui la legge, agli articoli 111 e 112, parla di chi ha determinato altri a commettere un reato.

La legge italiana non seleziona le condotte atipiche il cui contributo causale alla realizzazione del fatto da parte di altri è necessario per la sussistenza di un concorso. Pur nel silenzio della legge, la dottrina e la giurisprudenza distinguono due diverse forme di collegamento causale tra la condotta del partecipe e fatto principale: il concorso materiale e il concorso morale.

Concorso materiale.

Si ha concorso materiale quando la condotta atipica di aiuto è stata condizione necessaria per l'esecuzione del fatto concreto penalmente rilevante da parte di altri. L'aiuto materiale che ha condizionato la commissione del

fatto concreto può assumere le forme più disparate: la consegna di una pistola che poi viene utilizzata per uccidere o commettere una rapina, l'apertura di una porta che permette di accedere all'appartamento nel quale viene commesso un furto.

Ciò che differenzia questi vari contributi è che nel primo caso si tratta di una condotta in astratto sostituibile, nel senso che la pistola poteva anche essere acquistata sul mercato o fornita da altre persone, mentre l'apertura della porta è in astratto insostituibile: solo un domestico, il portiere dello stabile, un familiare della vittima potevano lasciare aperta la porta dell'appartamento.

Sul terreno causale tutte quelle condotte sono però equivalenti: quando si tratta di accertare se un fatto così come in concreto si è verificato è conseguenza o meno della condotta dell'agente, è impossibile operare una distinzione tra quelle condotte, dal momento che tutte sono state condizioni necessarie del fatto concreto.

Irrilevante ai fini della sussistenza di un contributo causale alla riduzione del fatto, la distinzione tra condotte astrattamente sostituibili o insostituibili potrà rilevare in sede di commisurazione della pena: nel senso che la condotta non sostituibile da un'altra potrà comportare una pena maggiore di quella che spetterà alla condotta che in astratto poteva essere rimpiazzata da un altro equivalente sul piano causale.

È il caso di chi abbia fornito la chiave di una cassaforte ad una persona che per commettere un furto poteva comunque aprire la cassaforte utilizzando strumenti da scasso. Se la cassaforte è stata aperta con la chiave, la condotta di chi ha fornito la chiave ha contribuito causalmente alla realizzazione del fatto di furto, mancherà invece un contributo causale se la chiave è rimasta inutilizzata perché la cassaforte stata aperta con gli strumenti da scasso. Al più l'influsso causale della condotta di chi ha fornito la chiave potrà scorgersi sul piano della causalità psicologica.

Concorso morale.

L'influenza causale nella forma del concorso morale si realizza da parte di chi, con comportamenti esteriori, far nascere in altri il proposito di commettere il fatto che poi viene commesso ovvero rafforza un proposito già esistente, ma non ancora consolidato.

talvolta in dottrina si designa come determinatore chi fa nascere il proposito, riservando il nome di istigatore a chi si limita a rafforzare un proposito preesistente, tuttavia questa distinzione non trova fondamento nel linguaggio legislativo.

Nel concorso morale il nesso causale tra condotta atipica e fatto principale si articola in un duplice passaggio:

- a. L'istigazione deve far nascere o rafforzare in capo all'istigato il proposito di commettere un determinato reato;
- b. Tale reato deve essere poi effettivamente commesso.

Questo duplice passaggio viene indirettamente evidenziata dal legislatore all'articolo 115, ove si afferma che l'istigazione deve essere accolta in secondo luogo che la persona che ha colto l'istigazione deve commettere il reato oggetto dell'istigazione: se l'istigazione non viene accolta manca il primo momento del rapporto di causalità psicologica; difetta invece secondo momento se la persona ha accolto l'istigazione, ma per una qualunque ragione non è passata l'esecuzione del reato oggetto dell'istigazione, almeno nella forma del tentativo.

L'influenza causale dell'istigazione va accertato in concreto secondo lo schema della conditio sine qua non: si tratta cioè di accertare, con l'aiuto di leggi psicologiche, che, in assenza della condotta istigatoria, l'autore non avrebbe realizzato il fatto di reato con quelle specifiche modalità. Si deve pertanto escludere la configurabilità di un concorso di persone nelle ipotesi in cui l'autore fosse già fermamente risoluto a commettere il reato.

La mera presenza sul luogo del reato non integra alcuna forma di concorso morale, a meno che non sia stata accompagnata da una chiara manifestazione esteriore di adesione al comportamento delittuoso e l'autore ne abbia tratto motivo di rafforzamento del suo proposito ovvero di rassicurazione. Fuori dai limiti del concorso morale, perché difetta ogni contributo causale alla decisione di commettere reato, è anche la cononivenza, cioè la consapevolezza che altri sta per commettere o sta commettendo un reato senza che si faccia nulla per impedirlo: potrà delinearsi in concorso nel reato soltanto nella forma del concorso omissivo, cioè quando chi non impedisce la commissione del reato aveva l'obbligo giuridico di impedirla. Rientra invece nello schema del concorso morale l'accordo, che rappresenta la comune decisione di commettere un reato come punto d'arrivo di una influenza psicologica esercitata da ciascun partecipe dell'accordo nei confronti degli altri. Anche nell'ipotesi di accordo, come impone l'articolo 115, all'incontro delle volontà deve seguire la commissione del reato che è stato oggetto dell'accordo.

14. Consapevolezza e volontà di contribuire causalmente alla realizzazione del fatto.

La responsabilità del partecipe dipende, anche dalla presenza del dolo: è la particolare struttura del fatto del concorso di persone comporta che l'oggetto del dolo abbraccia sia il fatto principale realizzato dall'autore, sia il contributo causale recato dalla condotta atipica. Così l'istigatore deve essersi rappresentato e aver voluto influenzare le scelte di comportamento della persona istigata, orientandola alla commissione del fatto concreto poi effettivamente commesso. Del pari, il concorrente materiale deve essersi rappresentato e aver voluto fornire un aiuto all'autore, agevolando o rendendo possibile la realizzazione del fatto concreto.

Il partecipe deve contribuire a realizzare un fatto che può anche arrestarsi allo stadio del tentativo: ciò che egli dovrà rappresentarsi e volere, ai fini del dolo di partecipazione, e l'apporto di un contributo causale alla realizzazione, da parte di altri, di un fatto di reato consumato. Quanto alle peculiarità del fatto concreto è sufficiente che il concorrente si rappresenti la commissione di un fatto concreto conforme a quello descritto dalla norma incriminatrice: è invece irrilevante che il partecipe conosca le concrete modalità con cui l'attore eseguirà il reato.

Chi istiga una persona a rubare un quadro in un appartamento agisce con il dolo di istigazione anche se ignora come l'autore riuscirà ad introdursi nell'appartamento e ad eludere eventuali sistemi di sicurezza che proteggono quel quadro. Del pari, che fornisce un'arma sapendo che verrà utilizzata volendo che venga utilizzata per commettere un omicidio sa e vuole tutto il necessario per concorrere dolosamente in quell'omicidio: è irrilevante che il partecipe conosca le modalità con cui poi verrà commesso l'omicidio.

Quanto l'identità della vittima, il dolo del partecipe sussiste anche se, per uno scambio di persona da parte dell'autore, viene commesso il fatto a danno di una persona diversa da quella che il partecipe volevo offendere. Questa soluzione discende dalla generale disciplina del dolo, in particolare dalla disciplina dell'errore sulla persona dell'offeso: in un omicidio realizzato in forma monosoggettiva ad integrare il dolo basta che l'agente volesse uccidere l'uomo che poi ha effettivamente ucciso, al nulla rilevando che l'identità della persona uccisa risulti diversa da quella da lui supposta.

Se invece l'autore decide, per sua autonoma scelta, di uccidere una persona diversa da quella di cui era stata commissionata la morte, il mandante non risponde di concorso in omicidio perché la scelta autonoma dell'autore ha spezzato il legame causale con la condotta del mandante.

Ai fini del dolo del concorso di persone nel reato non è necessaria una consapevolezza reciproca delle altre attività: è sufficiente il dolo di partecipazione in capo al concorrente atipico, mentre l'autore può ignorare l'altrui contributo materiale alla realizzazione del fatto.

L'eventualità che l'autore e il partecipe abbiano raggiunto l'accordo prima della commissione del fatto rileverà soltanto ai fini della commisurazione della pena: il reato commesso da più persone in esecuzione di un programma più o meno articolato presenta infatti caratteri di particolare gravità sia sul piano oggettivo, per la maggiore carica lesiva connesse ad una forma sia pure embrionale di criminalità organizzata, sia sul piano soggettivo, in quanto l'accordo comporta un più elevato grado di intensità del dolo.

15. L'irresponsabilità dell'agente provocatore.

Si designa come agente provocatore chi, appartenente alle forze dell'ordine o privato cittadino, istighi taluno a commettere un reato, volendo far scoprire e assicurare alla giustizia la persona provocata prima che il reato giunga a consumazione.

Si è cercato di motivare l'impunità dell'agente provocatore, ma la ragion assorbente è l'assenza del dolo di partecipazione in capo all'agente provocatore: ciò che il partecipe deve rappresentarsi e volere è un contributo alla realizzazione da parte di altri di un reato consumato, mentre ciò che si rappresenta che vuole l'agente provocatore è un tentativo: lo scopo perseguito dall'agente provocatore è che la consumazione del reato venga impedito dell'intervento di fattori esterni, come le forze di polizia.

Diversa invece è la figura del cosiddetto infiltrato: si tratta di chi si inserisce in un'organizzazione criminale, compiendo fatti di reato, per acquisire elementi di prova a carico dei membri dell'organizzazione. L'impunità non può essere fondata sull'assenza del dolo di consumazione, come per l'agente provocatore, bensì sulla liceità di fatti di reato commessi, nei rari casi e per le limitate classi di soggetti e di reati previste dal legislatore.

16. Una deroga alla necessità del dolo di partecipazione: la responsabilità del partecipe per un reato diverso da quello voluto.

Se il fatto concreto realizzato dall'autore integra una figura di reato diversa da quella che il partecipe voleva contribuire a realizzare, la disciplina del dolo imporrebbe di escludere la responsabilità del partecipe. Questa regola però viene infranta dall'articolo 116 il quale stabilisce che qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti anche questo nel risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione o omissione: viene addossato al concorrente a titolo di dolo un fatto di reato che egli non ha voluto, avendo soltanto contribuito causalmente alla sua realizzazione.

È una delle più vistose ipotesi di responsabilità oggettiva, che può essere armonizzata in via interpretativa con il principio costituzionale di colpevolezza, solo se si limita la sfera di applicabilità della norma alle ipotesi in cui il partecipe si esponga al rimprovero di aver contribuito per colpa alla realizzazione del reato diverso.

Anche così reinterpreta, la norma pone seri problemi di legittimità costituzionale in rapporto ai principi di proporzionalità, che attiene ai rapporti tra misura della pena e grado della colpevolezza: si punisce infatti con la pena prevista per un delitto doloso una persona alla quale può essere mosso un rimprovero solo per colpa.

L'asprezza di questa disciplina viene temperata dalla previsione di una circostanza attenuante per l'ipotesi in cui il reato commesso sia più grave di quello voluto dal partecipe: l'articolo 116 stabilisce infatti che la pena è diminuita riguardo a chi volle un reato meno grave.

17. Il concorso di persone nel reato proprio.

Può configurarsi il concorso di un estraneo in un reato proprio, cioè in un reato che può essere commesso soltanto da chi possieda determinate caratteristiche determinate relazioni con altre persone. In primo luogo, l'estraneo, deve contribuire causalmente la realizzazione del fatto costitutivo del reato proprio nelle consuete forme del concorso materiale o morale. Si discute se possa operarsi una inversione di ruoli tra l'intraneo e l'estraneo: se cioè possa essere l'estraneo a commettere il fatto tipico, relegando all'intraneo il ruolo di mero partecipe. La risposta è affermativa, accolta dalla prevalente giurisprudenza, sembra muovere dalla preoccupazione di reprimere con adeguata severità fatti che sarebbero comunque punibili, anche se in modo meno severo. A nostro avviso, l'autore di un reato proprio può essere soltanto l'intraneo: le impone il principio di legalità.

In secondo luogo, il dolo del partecipe esige la consapevolezza della volontà di contribuire alla realizzazione del fatto costitutivo del reato proprio e quindi esige anche la consapevolezza della qualità rivestita dall'intraneo, che è elemento costitutivo del fatto di reato proprio. Si tratta di un pacifico corollario della disciplina del concorso di persone nel reato, che non ha bisogno di valutazioni espresse da parte del legislatore: anche se va ricordato che nel codice della navigazione all'articolo 1081, si legge che quando per l'esistenza di un reato 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.

A questa regola deroga all'articolo 117, nel senso che non è necessario che l'estraneo conosca la qualifica soggettiva dell'intraneo, limitatamente alle ipotesi in cui la qualità dell'autore determini un mutamento del titolo del reato: in altri termini, limitatamente alle ipotesi in cui accanto alla figura del reato proprio esista una corrispondente figura di reato comune. Per tali casi l'articolo 117 dispone che muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato: questa disposizione delinea un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che alla luce del principio costituzionale di colpevolezza andrà rimodellata come responsabilità per colpa.

18. Il concorso di persone nei reati necessariamente plurisoggettivi.

si può configurare il concorso di persone in un reato necessariamente plurisoggettivo: la funzione incriminatrice assoluta dall'articolo 110 consente infatti di dare rilevanza anche alla condotta atipica di chi agevola la commissione di un reato necessariamente plurisoggettivo. Quanto ai reati necessariamente plurisoggettivi impropri o in senso ampio la funzione incriminatrice dell'articolo 110, può esplicarsi soltanto nei confronti di chi contribuisca alla realizzazione del fatto di reato tenendo la condotta atipica, cioè diversa da quella descritta nella norma incriminatrice.

Esempio: delitto di rivelazione di segreto d'ufficio, nel quale il fatto costa della condotta del pubblico funzionario che rivela la notizia coperta dal segreto è della ulteriore condotta di chi ne prende cognizione; solo la prima è sanzionata dalla legge. Il vuoto di repressione relativo alla condotta di chi riceve la notizia non può essere colmato dalla norma sul concorso di persone, la cui funzione incriminatrice abbraccia solo le condotte atipiche. La funzione incriminatrice della norma sul concorso potrà invece esplicarsi per esempio nei confronti di chi istiga il

pubblico ufficiale a rivelare la notizia coperta dal segreto.

Solo apparentemente più complesso è il problema della configurabilità di un concorso di persone all'interno di quella categoria di reati necessariamente plurisoggettivi che si designano come reati associativi. Taluno nega che sia possibile utilizzare una condotta atipica che contribuisca alla realizzazione di queste figure di reati, sostenendo che di un reato associativo potrebbe rispondere soltanto chi partecipa all'associazione, e dunque è un suo membro stabile: tutt'al più, la sola condotta atipica rilevante potrebbe essere quella di chi abbia compiuto attività di istigazione per entrare a far parte di questa o quell'associazione criminale. Questa tesi peraltro non persuade, chi occasionalmente apporti un contributo causale al mantenimento al rafforzamento delle capacità operative della banda armata, associazione per delinquere, ecc, non opera certamente da partecipe dell'associazione, nel senso che non è parte integrante della sua struttura organizzativa, ma senz'altro agevola l'esistenza dell'associazione, realizzando così in pieno gli estremi oggettivi di un concorso di persone nel reato associativo. Il concorso sarà d'altra parte integrato anche sotto il profilo del dolo se chi occasionalmente contribuisce a mantenere in vita o a rafforzare l'associazione si rende conto che la sua condotta avrà quest'efficace regolatrice dell'associazione ed è a conoscenza delle finalità alle quali l'associazione è rivolta.

La configurabilità di un concorso di persone nel reato associativo è avvalorata sul piano sistematico dalle norme che prevedono come reati a se stanti l'assistenza ai partecipi di una banda armata (articolo 307) e l'assistenza agli associati di un'associazione per delinquere o di un'associazione di tipo mafioso (articolo 418). Queste due figure delittuose, consistente nel dare rifugio o nel fornire vitto a un associato, si applicano per espressa previsione legislativa, fuori dei casi di concorso nel reato: che significa che, agli occhi del legislatore, dare rifugio o fornire vitto a un associato può anche integrare un concorso nel reato associativo, e quindi, che può aversi un concorso ex articolo 110 nei reati associativi. Più precisamente, l'aiuto all'associato verrà punito con l'autonoma pena prevista dagli articoli 307 o 418 a meno che la persona dell'associato abbia un tale ruolo e peso nella vita dell'associazione da comportare che l'aiuto sia diretto in realtà non solo al singolo, ma alla stessa associazione.

19. Il concorso mediante omissione

Un concorso di persone nel reato può realizzarsi anche in forma omissiva: nel senso che anche con un comportamento omissivo si può contribuire alla realizzazione di un reato da parte di altri.

Sono indispensabili a tale scopo due requisiti:

1. In primo luogo, deve sussistere una posizione di garanzia, cioè in capo di un soggetto deve sussistere l'obbligo giuridico di impedire la commissione del reato da parte di altri: in assenza di un tale obbligo non c'è partecipazione nel reato, bensì una mera connivenza, ma altrettanto irrilevante adesione morale, cioè l'approvazione solo interiore del reato commesso da altri.

L'obbligo di impedimento può riferirsi a qualunque tipo di reato: reati commissivi di mera condotta; reati commissivi di evento; reati omissivi, propri o impropri.

Quanto al contenuto degli obblighi di impedimento, andrà desunto dalle norme giuridiche che fondano l'obbligo di garanzia. Si discute se il generale obbligo di impedimento dei reati che incombe sulle forze di polizia sia idoneo a fondare una responsabilità penale per omesso impedimento di un reato nel caso in cui, pur potendo attivarsi con efficacia impeditiva, il poliziotto scientemente decida di rimanere inerte. Il quesito merita risposta affermativa. Non si comprende perché a fondare la responsabilità per omesso impedimento sarebbe necessario un obbligo speciale, relativo a singole figure di reato e addirittura a specifiche modalità di realizzazione di tali reati.

2. In secondo luogo, l'omissione deve essere condizione necessaria per la commissione del reato da parte dell'autore; bisogna cioè accertare se l'azione doverosa che si è omesso di compiere avrebbe impedito la realizzazione del fatto concreto da parte dell'autore.

20. Il trattamento sanzionatorio dei concorrenti nel reato.

Il legislatore del 1930 ha scelto una strada diversa da quella percorsa dal codice Zanardelli: non ha considerato astrattamente meritevole di una maggior pena l'autore rispetto alle varie figure di partecipe, bensì ha disposto che la pena per ciascun concorrente vada individuata all'interno di una comune cornice edittale: quella prevista per il reato realizzato in concorso. Nell'articolo 110, si legge che quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita. Ciò significa non che tutti i concorrenti dovranno essere puniti in concreto con la stessa pena, ma significa, che la pena per i singoli concorrenti andrà graduata

all'interno di una medesima cornice edittale, tenendosi conto dei criteri ordinari indicati all'articolo 133.

Le ragioni politico criminali di questa scelta legislativa risiedono nel giusto convincimento che la predeterminazione della pena in astratto più elevata per l'autore rispetto al partecipe farebbe spesso violenza alla realtà delle cose. In particolare, non avrebbe senso punire sempre e comunque l'esecutore del reato più severamente del mandante, posto che quest'ultimo in molti casi, tira le fila rimanendo all'ombra e si addossa la parte meno rischiosa, ma più rilevante dell'impresa criminale.

Una volta determinata la pena-base per il singolo concorrente secondo i criteri di cui all'articolo 133 il giudice deve procedere ad un'ulteriore fase della commisurazione della pena: verificare se nel caso concreto siano presenti gli estremi di una o più circostanze del reato.

Tra le circostanze aggravanti, gli articoli 111 e 112 contemplano alcune ipotesi:

1. il caso in cui il concorrente ha avuto un ruolo di spicco nella preparazione o dell'esecuzione del reato, promuovendo, organizzando o dirigendo l'attività degli altri concorrenti;
2. Ipotesi in cui concorrente ha sfruttato la propria posizione di supremazia ovvero un altro situazione di debolezza:: è il caso di chi ha determinato a commettere il reato una persona soggetta alla sua autorità, direzione, vigilanza, nonché il caso di chi ha determinato a commettere reato un soggetto non imputabili punibile, un soggetto di età compresa tra 14 e 18 anni capaci di intendere e di volere, un seminfermo di mente, ovvero si è avvalso di uno di tali soggetti per commettere reato;
3. l'ipotesi in cui sono concorso nel reato cinque o più persone, ciò che comporta una maggior probabilità di riuscita nella realizzazione del reato.

Tra le circostanze attenuanti compaiono alcune ipotesi speculari alle aggravanti contemplate nell'articolo 112:

1. l'ipotesi di chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato da parte di un soggetto che eserciti nei suoi confronti una autorità, direzione o vigilanza;
2. Il caso di chi è stato determinato a commettere reato a cooperare nel reato avendo l'età compresa tra i 14 e i 18 anni ed essendo capace di intendere e volere;
3. l'ipotesi di chi è stato determinato a commettere reato o a cooperare nel reato trovandosi in stato di infermità o di deficienza psichica.

Inoltre l'art. 114 prevede che il giudice possa diminuire la pena qualora ritenga che l'opera prestata da talune delle persone che sono concorse nel reato abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato: è il caso di chi pur avendo recato un contributo causale alla realizzazione del fatto, abbia svolto un ruolo soltanto marginale o trascurabile nell'economia complessiva del reato, il che si verifica tra l'altro ,allorché l'azione del partecipe poteva essere agevolmente sostituita con l'azione di altre persone o con una diversa distribuzione dei compiti. Per espressa preclusione legislativa, non si potrà però ritenere di minima importanza il contributo di chi si sia avvalso delle condizioni di vulnerabilità dell'autore del fatto previste dall'art. 112.

Nell'ambito del concorso di persone nel reato si pone il problema della comunicabilità o meno delle circostanze ai diversi concorrenti. In proposito l'art. 118 dispone che le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate solo riguardo alla persona a cui si riferiscono.

La sicura portata di questa disposizione è quella di escludere che si comunichino ai compartecipi una serie di circostanze soggettive, aggravanti o attenuanti, in quanto inerenti al grado di riprovevolezza personale o alla storia personale del singolo concorrente. Quando le circostanze non disciplinate dall'articolo 118, si comunicano ai concorrenti alle condizioni fissate in via generale dall'articolo 59: le circostanze attenuanti saranno valutate a favore di tutti i concorrenti per il solo fatto della loro oggettiva esistenza (articolo 59 comma 1); le circostanze aggravanti saranno invece poste a carico del concorrente a condizione che fossero da lui conosciute ovvero ignorate per colpa ovvero ritenute inesistenti per errore determinato da colpa (articolo 59 comma 2). Ne segue tra l'altro, che l'attenuante del recesso attivo dal delitto tentato risulta applicabile a tutti i concorrenti, anche a chi non ha dato un volontario contributo all'impedimento dell'evento; quanto alle aggravanti, ad esempio, l'aggravante prevista per chi ha determinato a commettere il reato una persona soggetta alla sua autorità, direzione, o vigilanza risulta applicabile anche al partecipe, purché sapesse o potesse sapere con la dovuta diligenza che un altro concorrente ha fruttato quel rapporto di supremazia. Si tratta di soluzioni discutibili sul piano politico-criminale, che parte della dottrina cerca di neutralizzare in via interpretativa.

21. Desistenza volontaria e recesso attivo nel concorso di persone

Se l'autore desiste volontariamente dal portare a compimento l'azione, non sarà punibile in forza di una causa di

non punibilità, il cui carattere personale escluda che possa essere estesa sia ai coautori, sia ai partecipi. In assenza di una disciplina espressa, si discute invece delle condizioni necessarie per integrare una desistenza volontaria da parte del partecipe, e quindi per escludere la sua punibilità. Orientamento rigorista ritiene che il partecipe debba tenere una condotta successiva a quella di partecipazione che impedisca la consumazione del reato, paralizzando quindi l'attività di tutti concorrenti. Questa tesi, però, chiede troppo, dal momento che la responsabilità del partecipe presuppone che la sua condotta atipica abbia contribuito causalmente alla realizzazione del fatto principale, ne segue che per la configurazione della desistenza sarà sufficiente che il partecipe abbia neutralizzato gli effetti della sua azione: l'eventuale successiva condotta autonoma che porti l'autore a realizzare comunque il reato sarà priva di ogni collegamento causale con la condotta del partecipe e potrà fondare una responsabilità del solo autore.

L'impedimento del reato ad opera del partecipe è ovviamente necessario per integrare un recesso attivo.

22. La cooperazione nel delitto colposo.

Il nostro codice prevede che il concorso di persone possa configurarsi anche in relazione ad un fatto preveduto dalla legge come delitto colposo: sotto la rubrica cooperazione nel diritto colposo, l'articolo 113 stabilisce che nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso; il secondo comma dell'articolo 113 dispone inoltre che la pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 110 e nei numeri 3 e 4 dell'articolo 112. Anche con riferimento alla cooperazione del delitto colposo bisogna distinguere tra funzione incriminatrice assoluta dall'articolo 113 e la funzione di disciplina nel trattamento sanzionatorio assolto dagli articoli 113 e 114.

1. La funzione incriminatrice dell'articolo 113 riguarda i delitti colposi di evento a forma vincolata e delitti colposi di mera condotta: non riguarda invece i delitti colposi di evento a forma libera.

A. quanto ai delitti colposi di evento a forma vincolata si pensi per esempio all'articolo 452 che punisce, il fatto di chi cagiona per colpa un'epidemia mediante diffusione di germi patogeni. Questa norma abbraccia la sola condotta di chi per colpa diffonde germi patogeni, mentre non ricomprende la condotta di chi abbia agevolato colposamente l'attività di diffusione.

B. quanto ai delitti colposi di mera condotta, un esempio può essere dato dagli articoli 452 e 442, che incriminano l'ipotesi colposa di commercio di sostanze alimentari adulterate o contraffatte: integra tale reato chi detiene per il commercio, pone in commercio ovvero distribuisce per il consumo acque, sostanze o cose, delle quali ignori per colpa che sono state da altri avvelenate, corrotte, adulterate o contraffatte in modo pericoloso per la salute pubblica. Al di fuori di questa incriminazione giace la condotta del commerciante all'ingrosso di dolci che, per negligenza o per imperizia, ha fornito al dettagliante una partita di profiterole andati a male: solo attraverso la disposizione dell'articolo 113, quella condotta acquista rilevanza penale.

C. restano estranei alla funzione incriminatrice dell'articolo 113 i delitti colposi di evento a forma libera, per esempio l'omicidio colposo: chi cagiona per colpa un evento penalmente rilevante, aggiungendo per colpa il proprio contributo causale a quello di altre persone, risponde ai sensi della norma incriminatrice di parte speciale, senza che l'articolo 113 svolga nessun ruolo.

Alcuni elementi strutturali della cooperazione nel delitto colposo sono comuni, anche sotto il profilo della disciplina, al concorso nel delitto doloso: la pluralità di persone, la realizzazione di un fatto di reato, è il contributo causale della condotta atipica alla realizzazione del fatto.

Peculiare del concorso colposo ai sensi dell'articolo 113 è il carattere colposo della condotta di partecipazione, come violazione di una regola di diligenza, prudenza o perizia che ha la finalità di prevenire il riconoscibile realizzarsi del fatto dannoso o pericoloso che integra il delitto colposo.

Come per il concorso nel delitto doloso, la responsabilità del partecipe non dipende dal carattere colposo o meno del fatto realizzata dall'autore: così, può accadere che nessun rimprovero di colpa potesse essere mosso a chi ha messo in commercio i dolci corrotti, facendo affidamento sulla sperimentata professionalità del fornitore, non smentita nel caso concreto da alcun indizio di scorretta conservazione della merce, ma ciò non preclude che il fatto possa essere adottato per colpa al grossista.

2. Dal trattamento sanzionatorio della cooperazione del delitto colposo ex articolo 113 trovano applicazione le circostanze aggravanti previste dagli articoli 111 e 112 non. 3 e 4. Ai sensi dell'articolo 114 trova applicazione la circostanza attenuante del contributo di minima importanza da parte del singolo concorrente: per espressa preclusione legislativa, il giudice non potrà però ritenere di minima importanza del contributo di chi si sia avvalso

delle condizioni di vulnerabilità dell'autore del fatto previste dall'articolo 112.

23. Il concorso di persone nelle contravvenzioni.

Quanto al concorso di persone nelle contravvenzioni, è pacifico che la disciplina di cui all'art. 110 si applichi anche alle contravvenzioni necessariamente dolose, nonché a quelle che in concreto vengono commesse con dolo.

Parte della dottrina dubita invece della possibilità di configurare un concorso colposo nelle contravvenzioni colpose. Altra parte della dottrina con il consenso della prevalente giurisprudenza, replica, da un lato, che l'art. 113 era norma necessaria per dare rilievo al concorso colposo nei delitti colposi, posto che la responsabilità per colpa per i delitti, ai sensi dell'art. 42, esige una previsione espressa: di una previsione siffatta non c'era bisogno per le contravvenzioni, che in base all'art. 42 possono essere realizzate sia con dolo, sia per colpa. D'altro lato, la rilevanza del concorso colposo nelle contravvenzioni discende dall'art. 110, che parla di concorso nel reato, abbracciando quindi anche le contravvenzioni necessariamente colpose o in concreto commesse per colpa.

CAPITOLO 11: " CONCORSO APPARENTE DI NORME E CONCORSO DI REATI "

1. Il problema.

Uno dei problemi più controversi della teoria e della prassi del diritto penale riguarda i casi in cui con una sola azione od omissione o con una pluralità di azioni od omissioni si integrino gli estremi di più figure legali di reato: si tratta di stabilire in quale rapporto si trovino fra loro le norme che prevedono quelle figure di reato. Può darsi che la natura di quel rapporto comporti l'applicazione di una soltanto di tali norme, escludendo l'applicazione delle altre, in questo caso si parlerà di **concorso apparente di norme**. Può darsi invece che tutte quelle norme reclamino la loro applicazione e si avrà un **concorso di reati**: si tratterà di **concorso formale di reati** se i reati sono stati commessi con una sola azione od omissione; di **concorso materiale di reati**, se sono stati commessi con più azioni od omissioni.

A prima vista l'unico criterio per individuare un concorso apparente di norme (e non un concorso di reati) è quello del rapporto di specialità tra le norme incriminatrici, che trova un'espressa enunciazione nella parte generale del codice penale all'art. 15: quando tra le norme incriminatrici non intercorre un rapporto di specialità, si ha sempre concorso di reati, con la conseguente applicazione o delle sanzioni previste per ogni singolo reato, sommate l'una all'altra, (è quanto si prevede di regola per il concorso materiale di reati) o della pena prevista per il reato più grave aumentata fino al triplo (come si prevede per il concorso formale di reati). In realtà, il legislatore ha espressamente usato altri criteri che individuano ipotesi di concorso apparente di norme, cioè ipotesi nelle quali una sola è la norma da applicare quando o con una sola azione o con più azioni sono stati integrati gli estremi di più figure di reato. Ad esempio le norme contenenti clausole di riserva, come "se il fatto non costituisce altro reato", o "se il fatto non costituisce un più grave reato", o "fuori del caso indicato nell'art. X" o "fuori dei casi di concorso nel reato X".

A) IL CONCORSO APPARENTE DI NORME.

2. Le due ipotesi di concorso apparente di norme: unità o pluralità di fatti concreti penalmente rilevanti.

Il **concorso apparente di norme** può profilarsi in due gruppi di casi:

A) quando un unico fatto concreto (un'azione od omissione) sia riconducibile ad una pluralità di norme incriminatrici, una sola delle quali applicabile;

B) quando si realizzino più fatti concreti cronologicamente separati (più azioni od omissioni), ciascuno dei quali sia riconducibile ad una norma incriminatrice, ed una sola di tali norme sia applicabile: con la conseguente impunità o del fatto antecedente o del fatto susseguente a quello che viene punito.

3. Unico fatto concreto: La specialità come primo criterio per individuare un concorso apparente di norme.

Per risolvere i problemi posti dal primo gruppo di ipotesi, il legislatore enuncia innanzitutto il **criterio di specialità**, stabilendo all'art. 15 c.p. che *quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale*,

salvo che sia altrimenti stabilito. Da questa disposizione consegue che quando tra due norme incriminatrici sussiste un rapporto di specialità si ha un concorso apparente di norme (e non un concorso di reati) e al fatto concreto è applicabile la sola norma speciale, che estromette la norma generale. Una norma è **speciale** rispetto ad un'altra quando **descrive un fatto che presenta tutti gli elementi del fatto contemplato dall'altra - la norma generale - ed inoltre uno o più elementi specializzanti**.

Specializzante può essere:

- A) un elemento che specifica un elemento del fatto previsto dalla norma generale;
- B) un elemento che si aggiunge a quelli espressamente previsti nella norma generale.

Si parla nel primo caso di **specialità per specificazione**, nel secondo di **specialità per aggiunta**.

Ad esempio un rapporto di specialità intercorre tra i delitti di associazione per delinquere (art. 416 c.p.) e di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 d.p.r. 309 del 1990). Queste due figure hanno in comune l'associarsi allo scopo di commettere più delitti, mentre si differenziano per il fatto che nell'una lo scopo dell'associazione può essere la commissione di delitti di qualsiasi tipo, mentre nell'altra deve trattarsi solo dei delitti previsti nell'art. 73 del d.p.r. (coltivazione, produzione, fabbricazione di sostanze stupefacenti o psicotrope). Quindi la norma dell'art. 74 è speciale rispetto a quella dell'art. 416 c.p., e lo è nella forma della specialità per specificazione. Un altro caso riguarda i rapporti tra le norme incriminatrici dell'omicidio doloso comune (art. 575 c.p.) e dell'infanticidio (art. 578 c.p.). Queste due figure hanno in comune il cagionare con dolo la morte di un uomo, mentre si differenziano sotto diversi profili: soggetto attivo dell'omicidio è chiunque, mentre nell'infanticidio è la madre; nel reato di omicidio l'oggetto materiale è l'elemento "uomo" che, nella descrizione legale dell'infanticidio si specifica negli elementi "neonato" e "feto"; inoltre nell'infanticidio agli elementi presenti nell'omicidio si aggiungono elementi ulteriori: quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesso al parto e immediatamente dopo il parto o durante il parto, si tratta di elementi già compresi nella norma generale dell'omicidio doloso comune, infatti se quest'ultima norma incriminatrice non esistesse i fatti di infanticidio sarebbero puniti come fatti di omicidio. Quindi la norma prevista all'art. 578 è speciale rispetto a quella prevista nell'art. 575, per un verso si tratta di specialità per specificazione (per quanto riguarda i soggetti attivi e gli oggetti materiali), per altro verso si tratta di specialità per aggiunta (per quanto riguarda i limiti temporali delle circostanze concomitanti all'azione che hanno importanza nell'art. 578).

L'elemento specializzante oltre che come elemento costitutivo può rilevare anche come **circostanza aggravante o attenuante** di un dato reato. In questo caso il legislatore ritaglia una porzione della norma generale non per elevarla ad autonoma figura di reato, ma per farne oggetto, quale circostanza del reato, di un trattamento sanzionatorio più o meno rigoroso di quello previsto dalla figura semplice; in questo caso il rapporto di specialità intercorre tra quest'ultima e la figura circostanziata alla quale in base all'art. 15 c.p. è assegnata la prevalenza (ad esempio sono elementi specializzanti del delitto di furto le circostanze aggravanti previste nell'art. 625 c.p. (come il furto commesso con destrezza, con violenza sulle cose, portando indosso armi, ecc.).

Se il legislatore non avesse previsto questa o quella ipotesi speciale di reato, o cessasse di prevederla a seguito di abrogazione, troverebbe sempre applicazione la norma generale. Nella prima eventualità, i membri di un'associazione criminale finalizzata al traffico di stupefacenti risponderebbero di associazione per delinquere comune, della maggiore gravità di questa forma di associazione criminale il giudice terrebbe conto in sede di commisurazione della pena, in base all'art. 133 c.p. Nella seconda eventualità, a seguito dell'abrogazione della norma che prevedeva l'oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 c.p., abrogato dalla legge 205/1999), l'offesa all'onore del pubblico ufficiale viene oggi ricondotta alla figura generale dell'ingiuria (art. 594 c.p.), e la maggior gravità di un'offesa all'onore recata ad un pubblico ufficiale non come ad un qualunque privato cittadino, ma, secondo quanto recitava il 341, *a causa o nell'esercizio delle sue funzioni*, potrà essere valorizzata dal giudice in sede di commisurazione della pena prevista dal 594, nonché applicando la circostanza aggravante dell'art. 61 n. 10 c.p. (*aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale*).

Una più ampia nozione di legge speciale viene proposta da una parte della dottrina, che riferisce il principio enunciato nell'art. 15 c.p. anche alle ipotesi di specialità in concreto o a quelle di specialità reciproca (o bilaterale).

Con la formula **specialità in concreto** si fa riferimento ad un rapporto tra norme che, pur descrivendo modelli legali di reato tra i quali non intercorre un rapporto strutturale di specialità, ricomprendono entrambe un medesimo fatto concreto in ragione delle particolari modalità con le quali quel fatto è stato realizzato (ad esempio il caso della falsificazione di un atto pubblico che venga utilizzato come mezzo per commettere una truffa; la norma sul falso in atto pubblico (art. 476, 1 comma c.p.) dovrebbe trovare applicazione esclusiva a scapito di quella sulla truffa (art. 640 c.p.), per la sola ragione che quella norma prevede la reclusione da uno a sei anni, mentre per la truffa la reclusione è da sei mesi a tre anni). Altrettanto fallace appare la pretesa di ricondurre alla disciplina dell'art. 15 c.p. le ipotesi di **specialità reciproca** (o bilaterale), cioè i casi in cui due norme descrivono fatti di reato che, accanto ad un nucleo di elementi comuni, presentano elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra (ad esempio le norme incriminatrici della violenza privata, art. 610 c.p., e della violenza o minaccia per costringere o commettere un

reato, art. 611 c.p. La prima norma è speciale rispetto alla seconda perché dà rilievo ad una fisionomia particolare del comportamento oggetto di costrizione: "commettere un fatto costituente reato", mentre la norma dell'art.610 si riferisce genericamente ad un "fare, tollerare o omettere qualche cosa". Risulta pressoché impossibile individuare un criterio plausibile per stabilire quale sia la norma speciale che deve prevalere sull'altra. Una parte della giurisprudenza interpreta la formula "stessa materia" nell'art.15 come sinonimo di "stesso bene giuridico", limitando così il campo di applicazione del criterio di specialità alle sole ipotesi in cui la norma speciale tuteli lo stesso bene giuridico protetto dalla norma generale.

A questo orientamento si obietta in primo luogo che la formula "stessa materia" non evoca minimamente l'idea di un identico bene giuridico tutelato, stando piuttosto ad indicare l'esigenza che uno stesso fatto sia riconducibile sia alla norma generale che alla norma speciale; in secondo luogo si sottolinea che nessuna ragione di tipo logico si oppone al fatto che si consideri norma speciale una norma che tutela, accanto al bene tutelato dalla norma generale, anche un bene diverso (come nel caso della norma incriminatrice dell'oltraggio a un magistrato in udienza, prevista dall'art. 343 c.p., che si considera norma speciale rispetto a quella che incrimina l'ingiuria, prevista dall'art. 594 c.p., pur essendo posta a tutela sia dell'onore individuale, sia del prestigio dell'amministrazione della giustizia).

Alla regola della prevalenza della norma speciale potrà derogarsi solo nel senso della congiunta applicabilità di entrambe le norme concorrenti: sia di quella speciale, sia di quella generale. Si avrà perciò un concorso formale di reati, e non un concorso apparente di norme.

Con la clausola di riserva prevista all'art.15, il legislatore anticipa la possibilità che singole norme incriminatrici contemplino, a loro volta, clausole del tipo "ferme restando le sanzioni previste", "senza pregiudizio per le sanzioni previste" da questo o quel testo normativo, ecc., cioè queste sanzioni si cumuleranno con quelle comminate dalla disposizione che contiene la clausola di riserva, secondo la disciplina del concorso formale di reati.

4. La sussidiarietà come secondo criterio per individuare un concorso apparente di norme.

Il principio di specialità non esaurisce il concorso apparente di norme penali: ulteriori ipotesi possono individuarsi attraverso il **principio di sussidiarietà**. Quando un unico fatto concreto sia riconducibile a due o più norme incriminatrici, c'è concorso apparente di norme, ed è quindi applicabile una sola delle norme concorrenti, anche nei casi in cui fra le norme sussista un rapporto di rango: la norma di minor rango, come norma sussidiaria, cede il passo alla norma principale. E questo rapporto di rango tra le norme concorrenti è reso visibile dalla sanzione più grave comminata nella norma principale.

Una **norma è sussidiaria rispetto ad un'altra (norma principale), quando quest'ultima tutela, accanto al bene giuridico protetto dalla prima norma, uno o più beni ulteriori o reprime un grado di offesa più grave allo stesso bene.**

La logica della sussidiarietà guida il legislatore quando inserisce nel testo di una norma incriminatrice clausole del tipo "qualora il fatto non costituisca un più grave reato", "se il fatto non è preveduto come più grave reato da altra disposizione di legge", ecc. : queste clausole connotano espressamente la norma come sussidiaria (ad esempio nel caso in cui qualcuno distrugga un documento che riguarda la sicurezza dello Stato, custodito presso un pubblico ufficio, il fatto concreto è riconducibile sia alla previsione dell'art. 351 c.p., che per la violazione della pubblica custodia di cose commina la reclusione da uno a cinque anni, sia alla previsione dell'art. 255 c.p., che punisce la soppressione di documenti riguardanti la sicurezza dello Stato con la reclusione non inferiore a otto anni. La prima norma incriminatrice tutela il bene dell'inviolabilità delle cose sottoposte a pubblica custodia, qualunque sia la forma in cui si realizzi la violazione. Invece la seconda norma da un lato reprime un grado di offesa più grave a quello stesso bene, dando rilievo alla soppressione dei documenti, dall'altro lato proteggere l'ulteriore bene della sicurezza dello Stato, reprimendo le aggressioni ai documenti che la riguardano).

Un rapporto di sussidiarietà sussiste anche quando una norma contenga in sé una clausola del tipo "fuori del caso indicato nell'art x", "fuori dei casi di concorso nel reato x", ecc.: se il fatto concreto, oltre ad integrare gli estremi del reato descritto dalla norma contenente la clausola di riserva, realizza anche gli estremi dell'altro reato, troverà applicazione solo la norma alla quale fa rinvio la clausola di riserva, come norma il cui rango più elevato è messo in evidenza dalla pena più severa qui comminata (ad esempio chi aiuti qualcuno ad assicurarsi, occultandolo, il denaro proveniente da un delitto, questo fatto integra sia gli estremi del favoreggiamento reale, previsto dall'art. 379 c.p., sia quelli della ricetta azione, previsto dall'art. 648 c.p.). Tra le relative norme incriminatrici non intercorre un rapporto di specialità, ma nella prima è presente la clausola "fuori dei casi previsti dall'art. 648", che è norma principale in quanto posta a tutela sia dell'amministrazione della giustizia, sia del patrimonio; e la maggiore gravità del delitto di ricettazione è espressa dalla comminatoria della reclusione da due a otto anni

(mentre nell'art. 379 c.p. si prevede la reclusione da 15 giorni a cinque anni).

Il numero delle norme incriminatrici che contengono clausole di sussidiarietà espressa, è così rilevante che non sono espressione di incerti criteri di opportunità, ma obbediscono a un criterio di sistema, dando importanza ad un principio di portata generale in grado di operare non solo nei casi di sussidiarietà espressa, ma anche **nei casi di sussidiarietà tacita**. L'ipotesi della sussidiarietà tacita ricorre quando due norme incriminatrici, alle quali sia contemporaneamente riconducibile il fatto concreto, si pongano tra loro in un rapporto di rango, individuando due figure di reato di diversa gravità, delle quali l'una offenda, oltre al bene offeso dall'altra, anche un bene ulteriore o rappresenti uno stadio di offesa più intensa allo stesso bene giuridico. In un rapporto di sussidiarietà tacita si pongono ad es. la norma che configura il delitto di strage (art. 422 c.p) ed una serie di norme che configurano altri delitti contro la pubblica incolumità, come l'incendio (art. 423 c.p), l'inondazione, frana o valanga (art. 426 c.p), il naufragio o sommersione (art. 428 c.p).

La sussidiarietà, in forma espressa o tacita, può delinearsi anche fra norme incriminatrici che descrivano stadi diversi di offesa allo stesso bene giuridico, come nei rapporti tra reati di pericolo concreto e corrispondenti reati di danno (ad esempio una persona preposta al controllo di un passaggio a livello che omette per colpa di abbassare le sbarre nel tempo prescritto dai regolamenti ferroviari nell'imminenza del passaggio di un treno, creando così il pericolo di un disastro ferroviario, che poi in effetti si verifica, mettendo a repentaglio la vita di un numero indeterminato di persone. Questo fatto è riconducibile sia al delitto di pericolo colposo di disastro ferroviario previsto dall'art. 450, 1 comma c.p., punito con la pena della reclusione fino a due anni, sia al delitto di disastro ferroviario colposo previsto dall'art. 449, 2 comma c.p, punito con la pena della reclusione da due a 10 anni. Delle due norme incriminatrici troverà applicazione però solo la seconda che descrive un grado più intenso di offesa al bene della pubblica incolumità).

5. La consumazione come criterio per individuare un concorso apparente di norme.

Parte della dottrina, per descrivere un rapporto fra norme che comporta l'applicazione in via esclusiva di una di esse, affianca ai criteri della specialità e della sussidiarietà l'ulteriore criterio della **consumazione**. Il criterio della consumazione individua i casi in cui la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione consuma ed assorbe in sé l'intero disvalore del fatto concreto. L'idea della consumazione sta alla base della disciplina del **reato complesso** delineata nell'art.84 c.p, il quale dispone che *le disposizioni degli articoli precedenti* [cioè quelle relative al concorso di reati] *non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi reato*. La commissione di un reato che sia strettamente funzionale ad un altro e più grave reato comporta l'assorbimento del primo reato nel reato più grave.

Il principio di consumazione impone in primo luogo un'interpretazione restrittiva di quelle figure astratte di reato che sono costruite dal legislatore come il risultato del combinarsi di più reati: così è integrato il reato complesso, in quanto nel singolo fatto concreto sia presente il nesso strumentale e funzionale che è alla base dell'unificazione legislativa di quei reati (ad esempio il furto in abitazione è integrato, con estromissione sia del furto semplice che della violazione di domicilio, solo nei casi in cui l'agente, fin dal momento in cui si introduce arbitrariamente nell'abitazione altrui, agisce allo scopo di rubare. Invece la giurisprudenza esclude l'assorbimento del reato di violazione di domicilio in quello di furto in abitazione, e quindi ravvisa un concorso di reati, quando ci sia stata l'introduzione abusiva nell'abitazione altrui per commettere fatti penalmente irrilevanti, come il prendere oggetti di proprietà dell'agente).

Il principio di consumazione trova anche applicazione quando, pur in assenza di una figura astratta di reato complesso, la commissione di un reato sia in concreto strettamente funzionale alla commissione di un altro e più grave reato: si tratta delle ipotesi che parte della dottrina designa con la formula **reato eventualmente complesso**. Dato che l'art. 84 c.p. viene interpretato come espressione del principio di consumazione, il delitto di simulazione di reato, previsto dall'art. 376 c.p, si deve considerare assorbito nel delitto di calunnia, previsto dall'art. 368 c.p, quando la simulazione delle tracce di un reato inesistente sia diretta a rendere più attendibile la falsa incolpazione. Invece ci sarà concorso di reati quando i due fatti siano espressione di attività indipendenti e distinte. Secondo questa logica la Corte di cassazione ha escluso l'assorbimento della simulazione di reato nel delitto di autocalunnia in un caso in cui l'agente aveva simulato le tracce di un furto allo scopo di far conseguire al presunto derubato un indennizzo da parte dell'assicurazione e solo successivamente, perché sorpreso dalla polizia, si era autoincolpato dell'immaginario furto.

La figura del reato eventualmente complesso, non essendo espressamente prevista dal legislatore, dà adito inevitabilmente ad incertezze applicative, accentuate dalla presenza nell'ordinamento della circostanza aggravante comune del nesso teleologico, che in base all'art. 61 n. 2 c.p. ricorre se un reato (chiamato reato mezzo) sia commesso

allo scopo di eseguirne un altro(chiamato reato scopo), con la conseguenza che il giudice, quando escluda la sussistenza di un reato eventualmente complesso, ravvisando un concorso di reati, dovrà ritenere il reato-mezzo aggravato ex art.61 n. 2. Ad esempio il caso di chi si introduca arbitrariamente nell'altrui domicilio per sottrarre dei gioielli ed entri munito di una pistola per costringere il proprietario ad aprire la cassaforte in cui sono riposti i preziosi. Il giudice, applicando i criteri utilizzati dalla corte di cassazione, dovrebbe ritenere integrato il solo reato di rapina e considerare assorbita la violazione di domicilio. Però è plausibile che invece decida nel senso del concorso di reati.

6. Più fatti concreti: le ipotesi di antefatto e di postfatto non punibile.

Di fronte ad un unico fatto concreto riconducibile sotto due o più norme incriminatrici l'alternativa che si profila è quella dell'applicabilità di tutte le norme incriminatrici (concorso formale di reati) o di una sola di quelle norme (concorso apparente di norme), che prevale o perché è speciale o perché è principale o perché è norma che contiene e consuma l'altra o le altre.

L'alternativa fra concorso di reati e concorso apparente di norme si prospetta anche quando vengono commessi più fatti concreti cronologicamente separati, ciascuno dei quali integra gli estremi di una figura di reato. In quest'eventualità, ad escludere il concorso (materiale) di reati e a far propendere per il concorso apparente di norme spesso è il legislatore, sancendo espressamente ora l'inapplicabilità della norma o delle norme violate coi fatti concreti cronologicamente antecedenti (**antefatto non punibile**), ora invece l'inapplicabilità della norma o delle norme violate coi fatti concreti cronologicamente posteriori (**postfatto non punibile**).

Un esempio di un antefatto non punibile si trova nella sfera delle **falsità in monete**: l'art. 461 c.p. dice che è punito con la reclusione da uno a cinque anni, oltre che con una multa, chiunque fabbrica filigrane (cioè delle forme o lettere che servono per fabbricare le carte filigranate); mentre l'art. 460 c.p. dice che è punito con la reclusione da due a sei anni, oltre che con una multa, chi contraffà carta filigranata. Si tratta di attività preparatorie di ulteriori, più gravi reati, e le due disposizioni si applicano solo se il fatto non costituisce un più grave reato. Così chi ha fabbricato le filigrane e successivamente se ne avvale per commettere una contraffazione di carta filigranata, risponderà solo di quest'ultimo delitto; se poi dopo aver contraffatto la carta filigranata adopera quella carta per contraffare monete, integrando così il più grave reato previsto dall'art. 453 n. 1 c.p., che commina oltre ad una multa anche la reclusione da tre a 12 anni, anche la contraffazione di carta filigranata assumerà i connotati di un antefatto non punibile: tra le norme che incriminano la fabbricazione di filigrane e quella di monete si profila quindi un concorso apparente, e la sola norma applicabile è quella che reprime la falsificazione di monete.

La logica sottostante alle ipotesi espresse di antefatto non punibile è quella della **sussidiarietà**: tra più norme che prevedono stadi e gradi diversi di offesa dello stesso bene giuridico prevale, come norma principale, e trova applicazione in via esclusiva, la norma che descrive lo stadio più avanzato ed il grado più intenso di offesa al bene, escludendo l'applicabilità della norma sussidiaria (o delle norme sussidiarie) ai fatti concreti antecedenti. Così, è norma principale quella che incrimina la falsificazione di monete, come forma più intensa e più grave di offesa alla fiducia pubblica nella genuinità delle monete nazionali o estere, la cui applicabilità preclude quella delle norme sussidiarie, che puniscono le precedenti condotte della contraffazione di carta filigranata e della fabbricazione di filigrane.

Accanto alle ipotesi espresse, si possono individuare ipotesi tacite di antefatto non punibile: anche in questo caso la non punibilità dell'antefatto deriva dalla considerazione che si tratta di uno stadio anteriore e meno grave di offesa allo stesso bene o ad un bene meno importante, ricompreso nel bene offeso dal fatto susseguente (ad esempio l'integrità fisica e la vita). Queste ipotesi a volte vengono inquadrate dalla dottrina nella categoria della **progressione criminosa** (ad esempio se Tizio prima percuote Caio e poi in seguito lo ferisce, magari procurandogli una malattia che dura più di 20 giorni, risponderà solo di lesioni in base all'art. 582, 1 comma c.p., rimanendo esclusa l'applicazione della norma sulle percosse).

Previsioni espresse di un **postfatto non punibile** sono assai numerose: si tratta, in primo luogo, dei casi in cui il legislatore sancisce la punibilità di questo o quel fatto "fuori dei casi di concorso" in un fatto delittuoso antecedente. Un esempio è presente nelle norme sui delitti di **favoreggiamento personale** (art. 378 c.p.) e **favoreggiamento reale** (art. 379 c.p.) che, per espressa indicazione legislativa, si applicano fuori dei casi di concorso nel reato antecedente (ad esempio se una persona commette, come autore o partecipe, un determinato delitto e poi aiuta un complice a sottrarsi alle investigazioni o alle ricerche dell'autorità, risponderà solo del primo delitto, mentre la condotta di favoreggiamento personale assumerà il ruolo di postfatto non punibile; in questo caso c'è un concorso apparente di norme).

Altre volte il legislatore sancisce la punibilità di un determinato fatto fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti o dall'articolo precedente, e cioè a condizione che l'agente non sia stato autore o partecipe nella realizzazione del fatto o dei fatti preveduti in quell'articolo o in quegli articoli. Un esempio è presente nella disciplina delle **falsità in monete**:

l'art. 455 c.p. dice che è punito chi spende o mette altrimenti in circolazione monete falsificate; per espressa previsione legislativa questa norma si applica fuori dei casi preveduti dai due articoli precedenti, e cioè a condizione che l'agente non sia stato autore o partecipe della falsificazione, non abbia introdotto la moneta falsa nel territorio dello Stato insieme con l'autore della falsificazione. Nei confronti di colui che prima contraffà monete aventi corso legale nello Stato, e successivamente le mette in circolazione, quest'ultima condotta assume i connotati del postfatto non punibile; quindi tra i due reati si configura un concorso apparente.

Alla base delle norme che sanciscono la non punibilità di questo o quel fatto nei confronti di chi, come autore o partecipe, abbia realizzato un reato cronologicamente precedente, sta una logica riconducibile all'idea di consunzione: la repressione del fatto antecedente esaurisce infatti il disvalore complessivo e il relativo bisogno di punizione, posto che il fatto successivo rappresenta un **normale sviluppo della condotta precedente**, attraverso il quale l'agente o **consegue i vantaggi** perseguiti attraverso il primo fatto (chi falsifica le monete non lo fa per mettere alla prova la propria abilità ma per spenderle o farle spendere) o ne **mette al sicuro i risultati** (chi ha commesso questo o quel fatto si assicura l'impunità depistando gli organi inquirenti impegnati nelle ricerche dei complici che, se catturati, potrebbero fare il suo nome).

Le ipotesi di postfatto non punibile non si esauriscono in quelle espressamente individuate dal legislatore; **tacitamente** le riserve "fuori dei casi di concorso nel reato" antecedente o "fuori dei casi preveduti nell'articolo o negli articoli precedenti", che comportano la non punibilità del reato susseguente, operano tutte le volte in cui quest'ultimo reato rappresenta un normale sviluppo della condotta precedente (ad esempio si ritiene che l'autore di un furto sia adeguatamente punito attraverso la sanzione prevista per questo reato anche se, comportandosi da proprietario, successivamente vende la cosa sottratta o la distrugge, nei suoi confronti perciò saranno inapplicabili le norme che incriminano l'appropriazione indebita e il danoneggiamento. Invece saranno punibili in concorso con il precedente reato di furto fatti con i quali l'autore del furto non si limiti a consolidare l'offesa già prodotta, ma offenda un ulteriore bene giuridico di un terzo o della stessa vittima. Ad esempio risponderà anche di truffa chi abbia prima rubato un dipinto e poi lo abbia venduto ad altri, inducendo in errore l'acquirente attraverso false documentazioni che facessero apparire quel quadro come legittimamente acquistato in una galleria d'arte. Quindi tra furto e truffa ci sarà un concorso materiale direati).

7. Le cosiddette norme a più fattispecie.

Può accadere che una sola disposizione di legge preveda una serie di fatti ai quali ricollega la stessa pena (ad esempio l'art. 635 c.p. descrivendo il delitto di danoneggiamento, commina la pena della reclusione fino a un anno nei confronti di chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui).

E' sorta la domanda se in casi del genere la norma preveda un **unico reato**, realizzabile con diverse modalità considerate equivalenti, o una **pluralità di reati**, che possono concorrere fra loro: si parla nel primo caso di norme a più fattispecie (o di norme miste alternative) e nel secondo caso di disposizioni a più norme (o norme miste cumulative). L'interpretazione dovrebbe sempre condurre a ravvisare un **unico reato**, trattandosi della violazione di un'unica norma incriminatrice.

I vari fatti descritti all'interno dell'unica disposizione rappresentano, sul piano sostanziale, o altrettanti gradi di offesa ad uno stesso bene giuridico (come nei rapporti tra i fatti di deterioramento, dispersione e distruzione della cosa all'interno della norma che incrimina il danoneggiamento), o modalità diverse di offesa a quel bene (come nei rapporti tra i vari fatti di bancarotta patrimoniale o documentale).

La molteplicità dei fatti eventualmente commessi dall'agente non sarà priva di qualsiasi rilevanza perché, ferma rimanendo l'unicità del reato, il giudice terrà conto del numero o della gravità dei fatti concreti nella commisurazione della pena all'interno della cornice edittale. Eccezionalmente, se la legge lo dispone espressamente, la pluralità dei fatti concreti potrà integrare una circostanza aggravante (come nel caso della bancarotta fraudolenta, art. 216 l.fall., bancarotta semplice, art. 217 l.fall., e del ricorso abusivo al credito, art. 218 l.fall.: infatti l'art. 219, 2 comma n.1 l. fall. dice che "le pene stabilite negli articoli suddetti sono aumentate se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati); anche in materia di **stupefacenti** ad esempio la legge prevede una serie di condotte che, se realizzate in successione temporale, integrano un unico reato (come stabilisce l'art. 73, 1 comma e 1 bis comma d.p.r. 309 del 1990). In particolare viene assoggettata ad un'unica pena sia la commissione di fatti appartenenti al primo ciclo della droga (dalla coltivazione alla raffinazione e alla vendita all'ingrosso), sia alla commissione di fatti riconducibili al secondo ciclo (importazione, esportazione, acquisto, detenzione, cioè la sostanza stupefacente per la sua quantità sembra destinata ad un uso non esclusivamente personale). La corte di cassazione ha stabilito che il fatto di importazione dall'estero e di successivo trasporto e detenzione nel territorio dello Stato della stessa sostanza stupefacente costituisce un unico inscindibile e quindi una sola violazione della norma incriminatrice.

B) IL CONCORSO DI REATI

8. Unità o pluralità di reati.

Di fronte ad un comportamento umano che realizzi gli estremi di più figure legali di reato, per stabilire che si è in presenza di un concorso di reati non basta escludere che si tratti di un concorso apparente di norme: bisogna ulteriormente verificare se davvero ci si trova in presenza di **più reati**. Di concorso di reati potrà parlarsi solo quando si sciolga l'alternativa **unità-pluralità di reati** a favore del secondo termine; per sciogliere tale alternativa non basta guardare alla presenza o meno di una molteplicità di atti sul piano fenomenico-naturalistico. La soluzione va cercata, invece, sul terreno normativo.

Può accadere che la figura di reato descritta dalla norma incriminatrice esiga il compimento di più azioni, che dunque daranno vita ad un unico reato (ad esempio nel reato di falsità in scrittura privata, previsto dall'art. 485 c.p., la legge richiede la formazione di una scrittura privata falsa seguita dall'uso del documento falsificato). Inoltre di reati con più azioni può parlarsi anche a proposito dei **reati abituali**, che esigono la reiterazione, anche ad apprezzabile distanza di tempo, di una pluralità di atti (ad esempio il delitto di maltrattamenti in famiglia comporta un'offesa al bene della dignità della vittima che prende forma solo a seguito del compimento usuale e ripetitivo di una pluralità di atti, come le percosse o le minacce). Vi sono figure legali di reato che non devono, ma possono essere integrate attraverso una pluralità di atti: con la conseguenza che anche in questo secondo caso si è in presenza di un unico reato: ad es., si realizza un unico fatto di corruzione di minorenni (come stabilisce l'art.609 *quinquies c.p.*), sia che venga compiuto un unico atto sessuale, sia che vengano compiuti più atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere. Inoltre, possono essere integrati con più atti i reati permanenti (ad esempio c'è un unico reato di sequestro di persona, previsto dall'art. 605 c.p., anche se la privazione di libertà viene realizzata e mantenuta in vita attraverso una serie di attività dell'agente, ad esempio dopo l'iniziale trasporto della vittima in una casa di campagna, l'agente la preleva e la sposta in altre prigioni).

Un unico reato si ha infine nel caso in cui **più azioni, ciascuna integrante il modello legale di un medesimo reato**, vengano poste in essere **contestualmente** (cioè l'una immediatamente dopo l'altra o comunque a breve intervallo di tempo) e con un'**unica persona offesa**. Ad esempio si avrà un unico reato di ingiuria (art. 594 c.p.) sia nel caso in cui Tizio rivolga a Caio una pesante espressione lesiva del suo onore, sia che riversi su di lui, in un breve lasso di tempo, una serie di insulti. È unico anche il reato di percosse (art. 581 c.p.) sia nel caso in cui Tizio dia uno schiaffo a Caio, sia che lo investa con una serie ininterrotta di schiaffi, pugni e calci.

Invece, si avrà una pluralità di reati quando manchi o il requisito della contestualità delle azioni o il requisito dell'unicità della persona offesa (ad esempio si avrà una pluralità di reati nel caso in cui Tizio in un primo momento sottragga dalla casa di Caio denaro e gioielli e, il giorno successivo, sottragga altri beni).

9. Il concorso di reati: cumulo giuridico e cumulo materiale delle pene.

Dato che ci si trova di fronte, nel caso concreto, non ad un unico reato, ma ad una pluralità di reati, bisogna distinguere - come distingue la legge - a seconda che i reati siano stati commessi con una sola azione od omissione (art.81 1 comma c.p) o con più azioni od omissioni (artt.71 ss. c.p): nel primo caso si parla di **concorso formale di reati**, nel secondo di **concorso materiale di reati**.

È una distinzione a cui la legge ricollega importanti conseguenze sul piano del *trattamento sanzionatorio*. Più mite è il trattamento riservato al concorso formale di reati, per il quale il nostro ordinamento adotta attualmente il **cumulo giuridico** delle pene ed in particolare prevede che si applichi la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave aumentata sino al triplo (come stabilisce l'art. 81, 1 comma c.p.). Più severo è invece il trattamento sanzionatorio del concorso materiale di reati: secondo lo schema del **cumulo materiale** delle pene, di regola si applicano le pene previste per ogni singolo reato sommate l'una all'altra (come stabiliscono gli artt. 71 ss. c.p). La scelta tra il cumulo materiale, quello giuridico e quello dell'assorbimento (cioè l'applicazione della sola pena prevista per il reato più grave fra quelli in concorso) viene compiuta dal legislatore sulla base di considerazioni politico-criminali, che riflettono anche la visione politica complessiva che ispira l'azione dello Stato in un determinato momento storico.

Per quanto riguarda la **storia** della disciplina del concorso di reati nel nostro paese: il regime dell'assorbimento non ha mai trovato accoglienza nei codici preunitari, i quali invece prevedevano il cumulo giuridico delle pene, attribuendo spazi residuali al cumulo materiale. Il codice Zanardelli adottava invece il cumulo giuridico delle pene e, nel caso del concorso formale eterogeneo, il principio di assorbimento. Con l'avvento della dittatura fascista è stato abbandonato il criterio del cumulo giuridico a favore del cumulo materiale, conservando però il cumulo giuridico per il reato continuato. Quasi

trent'anni dopo la caduta del fascismo, il legislatore è intervenuto ripristinando il regime del cumulo giuridico per il concorso formale di reati e ampliando la portata della figura del reato continuato. Comunque un ritorno generalizzato al cumulo giuridico delle pene è auspicato dalla maggioranza della dottrina ed è stato proposto in due recenti progetti di riforma del codice penale: il Progetto Pagliaro del 1992 e il Progetto Grosso del 2000.

10. Il concorso formale di reati: la struttura.

La commissione di più reati con una sola azione od omissione integra, in base all'art.81 comma 1 c.p., un **concorso formale di reati**. Il concorso formale di reati è omogeneo se quell'unica azione viola più volte la stessa norma, eterogeneo se quell'unica azione viola due o più norme incriminatrici. Un'unica azione può constare, oltre che di un unico atto, anche di una pluralità di atti: in questo caso ciò che consente di parlare di **unica azione** è l'unicità del contesto spazio-temporale in cui vengono compiuti.

Parte della dottrina e della giurisprudenza richiedono l'ulteriore requisito dell'unicità dello scopo che dovrebbe sorreggere il compimento degli atti. Questa tesi, però, non persuade: il requisito dell'unico scopo è infatti riferibile ai soli reati dolosi, mentre è pacifico che il concorso formale può intercorrere anche tra reati colposi.

Per stabilire se ci si trovi in presenza di un concorso formale omogeneo, e non di un unico reato, il criterio fondamentale è quello della molteplicità delle offese al bene giuridico tutelato (o ai beni giuridici tutelati) dalla norma incriminatrice (ad esempio se Tizio, nello stesso contesto spaziale e temporale, rivolge una o più offese a varie persone, commette una pluralità di ingiurie in concorso formale tra loro, avendo realizzato tante offese quante sono le persone il cui onore è stato messo in pericolo).

Ciò che caratterizza il **concorso formale eterogeneo di reati** è un'unica azione con la quale un soggetto esegue due (o più) distinte figure di reato (ad esempio se un agente di polizia, abusando delle sue qualità e delle sue funzioni, costringe una prostituta a corrispondergli del denaro in cambio della sua protezione, c'è concorso formale tra il reato di sfruttamento della prostituzione e quello di concussione).

L'art. 81 c.p. contempla anche l'ipotesi del **concorso formale di reati omissivi**, si parla anche infatti di una sola omissione, con la quale si integra più volte lo stesso reato (concorso formale omogeneo) o si integrano più reati diversi (concorso formale eterogeneo). Il presupposto comune ad entrambe le ipotesi di concorso formale è l'**unicità del contesto spaziotemporale** nel quale si aveva l'obbligo di compiere le azioni che sono state omesse.

Per quanto riguarda i **reati omissivi impropri**, si profilerà ad es. un concorso formale omogeneo di omicidi colposi mediante omissione (artt.40 e 589, 3 comma c.p.) se il datore di lavoro ha colposamente omesso di predisporre misure di sicurezza che, se attuate, avrebbero impedito che due operai cadessero da un'impalcatura riportando lesioni gravissime, sfociate in tempi diversi nella morte di entrambi. Si avrà invece un concorso formale eterogeneo fra il delitto di incendio colposo mediante omissione e quello di omicidio colposo mediante omissione nel caso di un incendio che si è sviluppato in un deposito di carburanti, che è sfociato nella morte di un operaio: risponderà dei due reati il preposto che abbia omesso per incuria di eseguire i controlli doverosi sul funzionamento degli apparati antincendio che, se efficienti, avrebbero speso sul nascere le fiamme, impedendo sia l'incendio che la morte.

Inoltre può esserci un concorso formale tra **reati omissivi propri** (ad esempio ci sarà un **concorso formale omogeneo** di delitti di omissione di soccorso, previsti all'art. 593, 1 e 2 comma c.p., nel caso in cui una persona, in un parco, pur vedendo un bambino di tre anni che piange e che è privo di accompagnatore, e vedendo nei pressi del bambino una donna riversa al suolo gravemente ferita, probabilmente la madre, per non avere fastidi decide di non avvisare l'autorità perché prenda in custodia il bambino e di non chiamare un'ambulanza che soccorra la donna ferita. Invece nel caso in cui un poliziotto che, pattugliando una via cittadina, scorga una persona gravemente ferita con un pugnale ancora conficcato in una spalla, incurante dei suoi doveri, omette sia di prestare soccorso chiamando l'ambulanza, sia di riferire l'accaduto ai suoi superiori; in questo caso sarà integrato un **concorso formale eterogeneo** tra il delitto di omissione di soccorso e il diritto di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale, previsto dall'art. 361 c.p.).

11. Il trattamento sanzionatorio.

Il concorso formale di reati è sottoposto ad un trattamento più mite di quello riservato al concorso materiale: il giudice deve operare il **cumulo giuridico delle pene**, individuando il più grave fra i reati in concorso ed applicando la pena che infliggerebbe per questo reato aumentata fino al triplo. E infatti l'art. 81, 1 comma c.p. stabilisce che l'autore di più reati in concorso formale tra loro è *punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo*. Lo stesso art.81 al 3 comma stabilisce che *nei casi preveduti da questo articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti*, cioè alla pena che sarebbe applicabile

in base al cumulo materiale.

Un primo problema prospettato riguarda l'individuazione della **violazione più grave** rispetto alla quale va fissata la pena-base, da aumentarsi poi fino al triplo. È controverso se la violazione più grave debba individuarsi in astratto o in concreto: secondo il primo orientamento, prevalente in giurisprudenza, la violazione più grave sarebbe quel reato per il quale la legge prevede il massimo di pena più elevato, e, in caso di pene massime identiche, quello per il quale la legge prevede il minimo più elevato; secondo l'altro orientamento, prevalente in dottrina, la violazione più grave sarebbe invece quella per la quale il giudice, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, infliggerebbe la pena più elevata. La formula legislativa "violazione più grave" soffre di un così alto grado di ambiguità da esporsi a seri dubbi di illegittimità costituzionale per violazione del principio di legalità della pena (art. 25, 2 comma Cost). Sul piano sistematico, un argomento a favore della determinazione in concreto della violazione più grave può trarsi dall'art.187 disp. att. c.p.p., che disciplina l'applicazione del concorso formale di reati e del reato continuato da parte del giudice dell'esecuzione: regolando espressamente la determinazione del reato più grave, la norma citata stabilisce che *si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave*.

Una volta individuato il reato più grave e quantificata la relativa pena, che fungerà da pena-base per la formazione della pena complessiva secondo lo schema del cumulo giuridico, il giudice deve procedere all'aumento previsto dall'art.81: a tale scopo dovrà indicare un **quantum di pena per ciascuno dei reati meno gravi** (reati-satellite). Ad esempio nel caso di concorso formale tra falsità in testamento olografo e truffa, per i quali la legge prevede rispettivamente la reclusione da uno a sei anni. La reclusione da sei mesi e un giorno a quattro anni, nonostante la minore pena edittale, il giudice individua nella truffa la violazione in concreto più grave, a causa dell'enormità del danno e del profitto conseguito dall'agente con l'uso del testamento falsificato. Quantificata la pena per la truffa ad esempio in quattro anni di reclusione, a quella pena il giudice aggiunge, in base a una valutazione discrezionale, un anno di reclusione per l'altro reato).

L'**aumento minimo** di pena che il giudice deve operare per le pene detentive è pari a un giorno, per le pene pecuniarie è pari a un euro (come stabilisce l'art. 134 c.p.). In via di eccezione è previsto un minimo più elevato per le ipotesi in cui i reati in concorso formale siano stati commessi da un soggetto al quale è stata applicata la recidiva reiterata, in base all'art. 99, 4 comma c.p.: in questo caso l'aumento non può essere inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave. Inoltre l'aumento di pena dev'essere contenuto entro un **doppio limite massimo**: la pena finale non può superare né il triplo della pena-base, né, in ogni caso, l'ammontare della pena che verrebbe applicata se si procedesse al cumulo materiale, cioè alla somma delle pene commisurate per ciascuno dei reati in corso.

Si pone il problema se la disciplina del cumulo giuridico sia applicabile anche in caso di concorso fra reati puniti con pene eterogenee, cioè con pene diverse o per specie (reclusione/arresto, multa/ammenda) o per genere (pene detentive/pene pecuniarie). Per la prima ipotesi - pene diverse per specie - sembra ormai definitivamente affermata la soluzione dell'applicabilità del cumulo giuridico (ad esempio se concorrono un reato punito con la reclusione e uno punito con arresto, e il primo reato viene considerato dal giudice violazione più grave, alla pena-base della reclusione si aggiungerà per l'altro reato un ulteriore quantum di reclusione, dato che si considera irrilevante la diversità di specie tra le due pene detentive).

Più dibattuto è il quesito relativo ai reati puniti con **pene diverse per genere**: se si possa procedere al cumulo giuridico delle pene qualora concorrano ex art 81,1 comma due reati puniti l'uno con pena detentiva e l'altro con pena pecuniaria; la giurisprudenza oggi prevalente accoglie la soluzione affermativa.

Si pone a questo punto un ulteriore interrogativo: come vada operato il cumulo giuridico tra pene di genere diverso.

La giurisprudenza maggioritaria opta per il cumulo giuridico *per assimilazione*, ritiene cioè che ai fini dell'aumento di pena ex art.81 si debba infliggere per i reati-satellite, anche se puniti *ex legge* con pena pecuniaria, una quota di pena detentiva, e cioè una pena dello stesso genere di quella prevista per la violazione più grave; il giudice dovrebbe commutare in pena detentiva la pena pecuniaria prevista per il reato meno grave, secondo il criterio di ragguaglio tra pene pecuniarie e pene detentive fissato dall'art.135

c.p (trentotto euro = un giorno di reclusione o arresto). In base ad un diverso orientamento, commutare la pena pecuniaria in pena detentiva significa però violare l'art.81,3 comma, infliggendosi una pena qualitativamente più grave di quella che risulterebbe dal cumulo materiale: secondo questo orientamento, la disciplina dell'art.81 resta comunque operante: il cumulo giuridico va operato non per assimilazione, ma *per addizione*. Per determinare la pena complessiva, il giudice deve cioè aggiungere alla pena detentiva quantificata per il reato più grave una pena pecuniaria per il reato-satellite, la cui misura non potrà superare il limite del triplo della pena-base imposto dall'art.81, 1 comma; alle informazioni presenti nell'art. art.135 il giudice farà ricorso al solo scopo di verificare il rispetto di tale limite (ad esempio nel caso in cui il giudice abbia fissato in 20 giorni di reclusione la pena-base per la violazione più grave, in concorso formale con un altro reato punito dal legislatore con la multa fino a € 5.000, l'aumento di pena per il reato-satellite dovrà consistere non in X. giorni di reclusione, ma in Y. euro di multa, che si aggiungeranno ai 20 giorni di reclusione, questo Y. non potrà superare il limite di € 1520, cioè l'equivalente ex art. 135 c.p di 40 giorni di reclusione).

12. Il concorso materiale di reati: la struttura.

Il concorso materiale di reati si caratterizza per la presenza di una pluralità di azioni o di omissioni, e sotto questo profilo rileva ancora una volta l'esistenza di una cesura temporale tra le plurime violazioni della stessa norma (concorso materiale omogeneo) o tra le violazioni di diverse disposizioni di legge (concorso materiale eterogeneo). Un esempio di concorso materiale di reati commissivi si ha nel caso in cui Tizio spara a Caio con l'intenzione di ucciderlo, ma i colpi vanono a vuoto, ed alcuni giorni dopo gli spara di nuovo, ma ancora senza successo (si tratta di un concorso materiale di tentativi di omicidi). Per quanto riguarda invece il concorso materiale di reati omissivi, un caso è ad esempio quello di un datore di lavoro che, omettendo per colpa di far riparare un dispositivo di sicurezza di una macchina, cagiona una lesione personale ad un operaio; quel datore di lavoro continua a violare il suo dovere di garanzia, cosicché, nei giorni successivi, altri operai vengono feriti, ed anzi si verifica un incidente mortale: si configurerà in questo caso un concorso materiale tra delitti di lesioni colpose mediante omissione e di omicidio colposo mediante omissione.

13. Il trattamento sanzionatorio.

Il concorso materiale di reati è assoggettato al **cumulo materiale delle pene**, anche se temperato *in base agli artt. 78 ss. c.p.* dalla fissazione di limiti massimi per ciascuna specie di pena (trent'anni per la reclusione, sei anni per l'arresto, ecc.): in ogni caso, la pena complessiva non può essere superiore al quintuplo della più grave delle pene concorrenti. Quindi al responsabile di più reati in concorso materiale fra loro, puniti con pene della stessa specie, il giudice applicherà di regola la somma aritmetica delle pene stabilite per ciascun reato (ad esempio chi con più azioni ha commesso un furto, punito dal giudice con due anni di reclusione, una truffa, punita con un anno di reclusione, e una violenza privata, punita con sei mesi di reclusione, verrà inflitta la pena complessiva di tre anni e sei mesi di reclusione). Se si tratta invece di reati puniti con pene di specie diversa (reclusione ed arresto, multa ed ammenda) o di genere diverso (reclusione e multa, reclusione ed ammenda, arresto e multa, etc.), le varie pene si applicano tutte indistintamente e per intero (in base agli artt. 74,1 comma e 75,1 comma c.p.): pene detentive di specie diversa (reclusione ed arresto) concorrenti fra loro non si applicano però per intero se la durata complessiva delle varie pene supererebbe gli anni trenta (in base all'art.78, 2 comma c.p.). Il cumulo materiale delle pene va eseguito sia nel caso in cui una persona venga condannata per più reati con una sola sentenza o decreto (in base all'art.71 c.p.), sia nel caso in cui una persona, dopo una prima condanna, venga giudicata e condannata per un altro reato, commesso anteriormente o posteriormente (in base all'art.80 pt. I c.p.), sia infine nel caso in cui contro la stessa persona si debbano eseguire più sentenze o più decreti di condanna (in base all'art.80 pt.II c.p. e art.663 c.p.p.).

14. Il reato continuato.

Nozione e fondamento.

L'art.81.2 c.p. delinea e disciplina la figura del **reato continuato**, che si realizza quando taluno *con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge*, si tratta quindi di una pluralità di reati, e più precisamente di un concorso materiale di reati, unificati dallo stesso disegno criminoso. L'art. 81, 2 comma c.p. prevede per il reato continuato il cumulo giuridico delle pene nella stessa forma stabilita nell'art.81, 1 comma per il concorso formale di reati: prevede cioè che l'agente soggiaccia alla pena *che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo*. La ratio storica dell'istituto risiede nell'attenuazione delle pesanti conseguenze derivanti dal cumulo materiale delle pene; per quanto riguarda invece il fondamento politico-criminale dell'istituto, il trattamento sanzionatorio più mite riservato al reato continuato riflette la minore riprovevolezza di chi cede ai motivi a delinquere una sola volta, quando cioè concepisce il disegno criminoso.

Il medesimo disegno criminoso: nozione.

Al centro della struttura del reato continuato sta il **disegno criminoso** del quale i singoli reati devono rappresentare l'esecuzione. Il disegno criminoso è una cosa diversa dal dolo che deve sorreggere la commissione dei singoli reati: non si tratta infatti della consapevole decisione di realizzare ogni singolo reato, ma di un programma che deve formarsi nella mente dell'agente prima dell'inizio dell'esecuzione del primo dei reati in

concorso, cioè il disegno criminoso rappresenta l'ideazione di più reati, accompagnata dalla deliberazione generica di realizzarli, alla quale seguirà di volta in volta la concreta decisione di commettere il singolo reato.

Si discute sul contenuto di quel programma: se basti la generica prefigurazione di una futura attività delinquenziale (ad esempio si programma di effettuare ogni sorta di aggressione al patrimonio) o, magari, all'opposto, se sia necessaria la rappresentazione anticipata non solo dei tipi di reato che verranno commessi, ma anche delle concrete modalità della loro realizzazione (ad esempio una rapina all'agenzia X. della banca Y., un furto nell'abitazione di Caio, ecc.). L'orientamento prevalente è per una soluzione intermedia: basta cioè la programmazione dei tipi di reato da commettere, magari lasciandosi aperte eventuali alternative (rapine o eventualmente furti). Va esclusa l'unicità del disegno criminoso per quei tipi di reato che, non essendo stati preventivati inizialmente, sono il risultato di decisioni assunte solo nel corso dell'esecuzione del programma (è ad esempio il caso di una persona che, avendo programmato una serie di furti, nell'esecuzione di uno di essi incontra la presenza e la resistenza della vittima, che egli vince usando violenza per sottrarre la cosa. Così commette un reato di rapina, non legato dal vincolo della continuazione con i furti commessi in precedenza o successivamente). La giurisprudenza giustamente ritiene che più reati non possono dirsi commessi in esecuzione di un unico disegno criminoso solo perché frutto di uno stesso impulso o motivo.

L'unità del disegno criminoso non viene interrotta dall'intervento di una **sentenza definitiva di condanna** in relazione ad una parte dei reati in concorso, dopo la quale l'agente realizza uno o più fra gli altri reati programmati. Questa soluzione trova oggi la sua base normativa nell'art.671 c.p.p., il quale attribuisce anche al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del reato continuato nel caso dell'intervento di sentenze irrevocabili di condanna. Il giudice deve accertare caso per caso se per effetto della precedente sentenza di condanna si sia o meno verificata l'interruzione dell'originario programma criminoso. Le difficoltà della **prova** spiegano la tendenza dei giudici di merito a presumere l'esistenza di un medesimo disegno criminoso tutte le volte in cui si procede contro taluno per una pluralità di reati commessi in tempi diversi.

L'orientamento della giurisprudenza si ribalta se si chiede l'applicazione della disciplina del reato continuato ai reati commessi dopo che sia intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna relativa ad uno o più dei reati oggetto della programmazione. La prevalente giurisprudenza esige che il richiedente precisi tutti gli elementi di fatto dai quali possa desumersi la prova dell'unicità del disegno criminoso.

I reati oggetto del medesimo disegno criminoso.

I reati che formano oggetto del disegno criminoso possono consistere sia in **più violazioni della stessa disposizione di legge**, sia nella **violazione di diverse disposizioni di legge**. Quindi sembra *contra legem* il tentativo di una parte della dottrina di far riemergere il vecchio limite alla configurabilità del reato continuato, affermando che un medesimo disegno criminoso potrebbe profilarsi solo in relazione a reati omogenei fra loro.

Le disposizioni di legge la cui violazione dà vita al reato continuato devono necessariamente prevedere reati dolosi (delitti o contravvenzioni), lo impone il requisito del disegno criminoso, comportando una rappresentazione preventiva di tutti gli elementi costitutivi dei vari reati, nonché la deliberazione di commetterli. Il reato continuato appare dunque incompatibile sia con la colpa, sia con la responsabilità oggettiva (ad esempio nel quadro del concorso di persone nel reato, se viene commesso un reato diverso da quello voluto da uno dei concorrenti, come nel caso in cui era stata programmata una serie di rapine e durante una di esse è stato commesso un omicidio, in base all'art. 116 c.p., tutti i concorrenti risponderanno anche dell'omicidio se l'uccisione di un uomo era concretamente prevedibile al momento della realizzazione della rapina. Però l'omicidio può non considerarsi abbracciato dal vincolo della continuazione, se non nell'ipotesi in cui l'evento morte fosse stato preveduto e voluto almeno nella forma del dolo eventuale: in questo caso si applicherà la disciplina generale del concorso di persone nel reato prevista dagli artt. 110 ss. c.p.).

La disciplina del reato continuato.

In passato era controverso se il reato continuato dovesse considerarsi come un unico reato, o se le singole violazioni conservassero la loro autonomia tranne che per alcuni effetti espressamente disciplinati dal legislatore. Oggi, a seguito della riforma del 1974, il testo dell'art.81,2 comma c.p. non reca più la formula *"le diverse violazioni si considerano come un solo reato"*: da ciò deriva che i reati legati dal vincolo della continuazione devono considerarsi **unificati** solo ai fini della **pena principale**, ai fini della decorrenza del termine per la prescrizione del reato (che, a norma dell'art.158 c.p, decorre dal giorno in cui è stato commesso l'ultimo dei reati abbracciati dal disegno criminoso),

ai fini dell'applicabilità della **sospensione condizionale della pena**, nonché ad altri limitati effetti (dichiarazione di abitudine nel reato, dichiarazione di professionalità nel reato) per i quali la considerazione unitaria del reato continuato torna a favore dell'agente, secondo la logica propria della continuazione.

Ai fini della determinazione della pena principale, il legislatore ha disposto l'assoggettamento dei vari reati ad un'unica pena, formata secondo il meccanismo del cumulo giuridico.

A proposito dei rapporti tra sospensione condizionale della pena e reato continuato, la disciplina della sospensione condizionale fa espresso riferimento alla pena inflitta in concreto dal giudice, che non deve superare i limiti massimi fissati dall'art.163 c.p.; ne deriva che, essendo unica la pena da infliggersi nelle ipotesi di continuazione, il giudice deciderà della concedibilità della sospensione condizionale avendo riguardo alla pena considerata unitariamente. Questa conclusione è ribadita dall'art.671, 3 comma c.p.p., il quale prevede che anche il giudice dell'esecuzione ridetermini la pena quando accerti che tra i vari reati sussiste il vincolo della continuazione e ne sospenda condizionalmente l'esecuzione se il suo ammontare rientra nei limiti fissati dalla legge e se sussistono gli altri presupposti per l'applicazione dell'istituto.

Al di fuori di questa limitata sfera di istituti, i reati uniti dal vincolo della continuazione conservano invece la loro autonomia: si considerano cioè come reati distinti: ciò vale ai fini dell'amnistia, dell'indulto, delle pene accessorie, delle misure di sicurezza, dell'imputabilità, del concorso di persone nel reato e delle circostanze del reato.

Il termine per la **prescrizione del reato** andrà computato per ogni singolo reato commesso in esecuzione di uno stesso disegno criminoso. Secondo la versione originaria dell'art. 158, 1 comma c.p., il termine della prescrizione decorreva, per il reato continuato dal giorno in cui è cessata la continuazione, cioè dal giorno della commissione dell'ultimo reato esecutivo del disegno criminoso; però il riferimento al reato continuato nell'art. 158 è stato eliminato dalla legge "ex Cirielli", con la conseguenza che se ad esempio in esecuzione di uno stesso disegno criminoso vengono commessi a distanza di tempo una serie di furti o di violazioni di domicilio o di falsi in bilancio, i furti o le violazioni di domicilio o i falsi in bilancio più lontani nel tempo potranno ora essere premiati con la prescrizione, anche se l'autore ha reiterato le sue attività delittuose, essendo stato demolito dal legislatore, ai fini della prescrizione, il vincolo della continuazione che sottraeva quei reati all'effetto estintivo. Anche l'applicabilità dell'amnistia propria e impropria, e dell'indulto andrà verificata in relazione a ciascun singolo reato (ad esempio se un'amnistia abbraccia i reati puniti con la reclusione non superiore a tre anni, tra i vari reati commessi in continuazione, l'amnistia sarà applicabile ai soli reati la cui pena edittale non superi quel limite).

Anche per determinare le **pene accessorie** si ha riguardo alle pene principali relative a ciascuno dei reati in continuazione (pena-base per il reato più grave, quote di pena per ciascuno dei reati-satellite). Ad esempio se viene inflitta una pena complessiva pari a cinque anni di reclusione, ciò non comporterà in base all'art. 29, 1 comma c.p. l'applicazione dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, posto che ai cinque anni si è giunti per effetto del cumulo giuridico delle pene: per stabilire se sia applicabile l'interdizione perpetua dai pubblici uffici si deve tener conto della pena-base inflitta per il reato più grave; in questo caso quindi alla condanna seguirà non l'interdizione perpetua, ma l'interdizione temporanea dai pubblici uffici, posto che la pena-base fosse pari o superiore a tre anni.

CAPITOLO 12: ‘LE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI E ATTENUANTI’

1. Nozione

Il legislatore italiano ha dato espresso rilievo a talune situazioni, inerenti al reato e alla persona del colpevole, che presuppongono l'esistenza nel caso concreto di una responsabilità penale e comportano soltanto una modificazione della pena, aggravandola o attenuandola: si tratta pertanto non di un elemento costitutivo del reato, bensì nel linguaggio del legislatore, di circostanze del reato, cioè elementi che stanno intorno a un reato già perfetto.

Le circostanze del reato si caratterizzano per un triplice ordine di requisiti.

a) non sono elementi costitutivi del reato, come viene indicato dallo stesso legislatore negli articoli 61 e 62 c.p.: elencando le circostanze aggravanti e attenuanti comuni, le norme citate precisano che le varie situazioni ivi descritte aggravano o attenuano il reato quando non ne sono elementi costitutivi.

b) la figura del reato circostanziato, cioè del reato commesso in presenza di una circostanza aggravante o attenuante, è speciale rispetto alla figura del reato semplice: presuppone infatti l'esistenza nel caso concreto di tutti gli elementi costitutivi del reato semplice, salvo specificare uno di tali elementi o aggiungervi un elemento ulteriore.

c) l'effetto della circostanza è l'aggravamento o l'attenuazione della pena commisurata dal giudice per il reato semplice. Di regola l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di pena che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire.

2. L'identificazione delle circostanze

La rilevanza del problema

Il problema dell'identificazione delle circostanze del reato è carico di implicazioni, infatti è necessario stabilire se una determinata disposizione descriva un elemento costitutivo di un'autonoma figura di reato, ovvero descriva una mera circostanza aggravante o attenuante, comporta una serie di importanti conseguenze.

In primo luogo, mentre la rilevanza degli elementi costitutivi è indefettibile, le circostanze del reato possono in un certo senso scomparire nel caso concreto: quando infatti concorrono circostanze eterogenee il giudice deve procedere al loro bilanciamento ex articolo 69 c.p.; tale giudizio può concludersi nel senso della prevalenza delle une sulle altre, nel qual caso si applicheranno soltanto le circostanze prevalenti, ovvero nel senso dell'equivalenza, nel qual caso non si applicheranno né le aggravanti né le attenuanti.

Quanto ai criteri di imputazione della responsabilità, si tratta di un elemento costitutivo di una autonoma figura di delitto doloso, dovrà essere abbracciato dal dolo, al pari di ogni altro elemento costitutivo del fatto; se invece si tratta di una circostanza aggravante, in base all'articolo 59 di regola sarà sufficiente la colpa.

Ulteriori conseguenze della qualificazione come circostanza o come elemento costitutivo di un'autonoma figura di reato riguardano, tra l'altro, il momento consumativo del reato, il concorso di persone e l'applicabilità della legge penale italiana. Quanto al primo profilo il momento consumativo coincide o meno con il verificarsi della situazione descritta in una certa norma solo se quella situazione integra un elemento costitutivo del reato, e non se integra una circostanza. Quanto al concorso di persone qualora si qualifichi l'elemento di dubbio come circostanza potrà trovare applicazione l'articolo 118 c.p. che esclude la comunicabilità di talune circostanze ai concorrenti nel reato, mentre se vi si ravvisa un elemento costitutivo di un'autonoma figura di reato troverà applicazione la disciplina generale del concorso di persone in quel diverso reato, ed eventualmente la disciplina dettata dagli articoli 116 e 117 c.p. . Se infine l'elemento dubbio si verifica nel territorio dello Stato mentre gli altri elementi si realizzano all'estero, la legge italiana può trovare applicazione solo se quella situazione viene inquadrata come elemento costitutivo, integrando una parte dell'azione o l'evento.

I criteri discretivi.

Nel silenzio della legge, incombe sull'interprete il compito di individuare i criteri discretivi tra elementi costitutivi e circostanze del reato.

Di circostanza del reato può parlarsi solo in presenza di un rapporto di specialità con la figura del reato semplice; d'altra parte un rapporto di specialità è perfettamente compatibile anche con i caratteri di una figura autonoma di reato. Il rapporto di specialità è quindi una condizione necessaria, ma non sufficiente per individuare una circostanza del reato.

Un primo criterio formale di identificazione delle circostanze è offerto dall'espressa qualificazione di un elemento come circostanza del reato operato del legislatore nella rubrica o nel testo di una data disposizione (esempio: articolo 339 c.p. nella cui rubrica si legge: circostanze aggravanti, con riferimento ai delitti di violenza a un pubblico ufficiale, resistenza un pubblico ufficiale e violenza o minaccia a un corpo politico, amministrativo o giudiziario).

Nel caso in cui la rubrica di una disposizione parli di circostanze, ma descriva ipotesi che non sono speciali rispetto un dato reato semplice, ci si troverà in presenza di un'autonoma figura del reato, difettando per l'appunto una condizione necessaria perché possa parlarsi di reato circostanziato.

Talora, all'espressa qualificazione di un dato elemento, nel testo di una norma, come circostanza aggravante o attenuante si accompagna un ulteriore dato formale, rappresentato dal riferimento alla disciplina del giudizio di bilanciamento delle circostanze, operato al fine di apportarvi una deroga.

Ancora, parla univocamente nel senso della natura di circostanza, aggravante o attenuante, la presenza nel testo della legge di formule quali "la pena diminuita" o "la pena è aumentata", non accompagnate da ulteriori indicazioni. Disposizioni di questo tenore devono essere necessariamente correlate agli articoli 64 e 65 c.p. che disciplinano la misura dell'aumento o della diminuzione della pena conseguente ad una circostanza aggravante attenuante per la quale la legge non disponga diversamente. Le disposizioni citate sono infatti le uniche in grado di stabilire la misura dell'aumento o della diminuzione di pena, salvando quelle clausole dalla illegittimità costituzionale per violazione del principio di legalità della pena.

Un criterio formale che parla in senso opposto, cioè parla a favore della natura di elemento costitutivo di un' autonoma figura di reato, è invece offerto, talora, dalla presenza di un apposito nomen iuris nella rubrica della norma.

I delitti aggravati dall'evento.

Non sempre questi criteri consentono di stabilire con certezza se ci si trovi in presenza di un reato circostanziato ovvero di una figura autonoma di reato: è necessario chiarire se nei casi dubbi il sistema imponga di dare la preferenza all'una o all'altra soluzione.

I maggiori problemi si pongono nella sfera dei delitti aggravati dall'evento: spesso infatti è controverso se l'evento aggravante debba essere considerato circostanza del reato ovvero elemento costitutivo di un' autonoma figura di reato, la cui peculiarità starebbe nel fatto che l'evento, secondo l'originaria intenzione del legislatore del 1930, doveva essere imputato all'agente a titolo di responsabilità oggettiva, mentre dopo la sentenza della corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale forma di responsabilità deve essere dovuto almeno a colpa dell'agente.

A questo riguardo il sistema del codice sembra orientato in linea di principio nel senso dell'inquadramento dell'evento come elemento costitutivo di un' autonoma figura delittuosa. Il legislatore infatti aveva dinanzi agli occhi, proprio i delitti aggravati dall'evento come autonome figure di reato quando all'articolo 42 comma 3 c.p. ha previsto la responsabilità obiettiva come forma sia pur eccezionale di responsabilità penale. Un mondo a sé invece era quello delle circostanze aggravanti regolato dall'articolo 59 e seguenti c.p.

Questa netta cesura rispecchiava d' altra parte, la logica sottostante ai delitti aggravati dall'evento, caratterizzati da un fatto base punito per la sua oggettiva pericolosità nei confronti di un dato bene giuridico, mentre l'evento aggravante esprime la traduzione di quel pericolo nella lesione dello stesso bene. Emblematici i delitti nei quali il verificarsi di eventi di lesioni o di morte aggravano notevolmente, la pena, per i fatti pericolosi per l'integrità e per la vita repressi come reati-base.

Ben diversa è la normale fisionomia delle circostanze aggravanti, e solo eccezionalmente si riferiscono ad un evento: in tal caso si tratta dello stesso evento costitutivo del reato base, del quale acquista rilievo un particolare connotato di gravità.

Questa differenza strutturale tra delitti aggravati dall'evento e circostanze aggravanti viene calpestato dal legislatore in alcune sporadiche ipotesi, nelle quali etichetta espressamente o implicitamente come circostanze aggravanti, eventi che, pure esprimono il tradursi in danno del pericolo imminente al reato base: sono i casi, per esempio, della condanna conseguente a taluni delitti contro l'amministrazione della giustizia e delle lesioni o della morte conseguenti all'omissione di soccorso. Al di fuori di questi casi, gli eventi che esprimono la traduzione in danno del pericolo imminente al reato base sono elementi costitutivi di altrettante figure autonome di reato. Questo ordine sistematico è stato però alterato dalla prassi e da una parte della dottrina, dopo che la riforma del 1984 ha riscritto l'articolo 69 c.p. abbattendo ogni limite alla possibilità di bilanciare le circostanze eterogenee concorrenti tra loro. In particolare, ha incluso nell'area applicativa del giudizio di bilanciamento anche le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella prevista per il reato base o determina la misura della pena in modo indipendente da quella del reato base: e proprio con l'una o con l'altra di queste tecniche la legge prevede normalmente la pena per i delitti aggravati dall'evento.

Prima della riforma dell'articolo 69 c.p. nessuno si sognava di inquadrare i delitti aggravati dall'evento fra i reati circostanziati e anche se ciò che ha spinto la prassi in quella direzione era una condivisibile esigenza di mitigazione dell'asprezza di alcune previsioni di pena contenute nel codice penale vigente, non si può nascondere che gli esiti di questo orientamento giurisprudenziale sono peraltro verso inaccettabili.

Una tale bagatellizzazione di un reato offensivo del bene della vita è con tutta evidenza incompatibile con ogni esigenza di proporzione tra gravità del reato e misura della pena, suscitando il biasimo di gran parte della dottrina, che auspica si in una mitigazione dell'attuale dosaggio sanzionatorio, ma ad opera del legislatore e non di arbitrari interventi giurisprudenziali.

3. La classificazione delle circostanze

Circostanze comuni e speciali

circostanze comuni: quelle previste per un numero indeterminato di reati, cioè per tutti i reati con i quali non siano incompatibili;

circostanze speciali: quelle previste per uno o più reati determinati.

Circostanze aggravanti attenuanti

circostanze aggravanti: quelle che comportano un inasprimento della pena commisurata dal giudice per il reato semplice;

circostanze attenuanti: quelle che comportano una mitigazione della pena commisurata dal giudice per il reato semplice.

L'aumento o la diminuzione della pena possono essere quantitativi e qualitativi:

- sono di tipo quantitativo, quando per esempio, alla pena inflitta per il reato semplice deve aggiungersi, per effetto della circostanza, un quantum di pena della stessa specie ovvero la legge prevede per il reato circostanziato un'autonoma cornice edittale di pena;
- sono di tipo qualitativo quando per effetto della circostanza cambia la specie della pena.

Circostanze a efficacia comune e a efficacia speciale

circostanze a efficacia comune: quelle che comportano un aumento o una diminuzione fino ad un terzo della pena che dovrebbe essere inflitta per il reato semplice.

Quando la legge non precisa l'ammontare dell'aumento di pena per una circostanza aggravante o quello della diminuzione per un'attenuante, a norma dell'articolo 64 comma 1 c.p. la pena deve essere aumentata fino ad un terzo ovvero, a norma dell'articolo 65 n. 3 c.p. deve essere diminuita fino ad un terzo.

Circostanze efficacia speciale sono:

- a) quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa rispetto a quella prevista per il reato semplice, in dottrina si parla di circostanze autonome;
- b) quelle per le quali la legge prevede una cornice di pena diversa da quella prevista per il reato semplice, nel linguaggio della dottrina circostanze indipendenti;
- c) quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo, nel linguaggio della dottrina circostanze a effetto speciale.

Circostanze definite e indefinite

circostanze definite: quelle i cui elementi costitutivi sono completamente descritti dalla legge. Tra le circostanze comuni si inquadrano sia le aggravanti di cui all'articolo 61 c.p. sia le attenuanti di cui all'articolo 62 c.p.

circostanze indefinite: quelle la cui individuazione, in assenza di ogni tipizzazione legislativa o comunque di una compiuta tipizzazione legislativa, è rimessa alla discrezione del giudice.

Quanto alle circostanze attenuanti, è il caso fra l'altro, delle attenuanti generiche di cui all'articolo 62 bis c.p. . Nella parte speciale del codice penale, si pensi inoltre: alla lieve entità del fatto, circostanza attenuante dei delitti contro la personalità dello Stato; alla particolare tenuità del fatto, circostanza attenuante della ricettazione; ai casi di minore gravità, ai quali fa riferimento alla disciplina della violenza sessuale.

Circostanze oggettive e soggettive

circostanze oggettive: quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso.

Circostanze soggettive: quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole. L'articolo 70 comma 2 c.p. precisa che le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva.

Questa distinzione era originariamente funzionale alla valutazione delle circostanze nell'ambito del concorso di persone nel reato. Prima della riforma del 1990, l'articolo 118 c.p. stabiliva che si estendevano ai concorrenti le circostanze oggettive aggravanti o attenuanti, nonché le circostanze soggettive aggravanti quando avevano agevolato l'esecuzione del reato. L'attuale formulazione dell'articolo 118 c.p. non contiene invece alcun riferimento alla categorie delle circostanze oggettive e soggettive, limitandosi a elencare alcune circostanze che vanano applicate soltanto alla persona cui si riferiscono.

A questo punto, la sola rilevanza normativa della disciplina dettata dall'articolo 70 c.p. riguarda in definitiva l'univoca inclusione della recidiva è una delle cause che diminuiscono o aumentano l'imputabilità, come circostanze inerenti alla persona del colpevole, tra le circostanze del reato.

4. L'imputazione delle circostanze

La disciplina originariamente prevista nel codice del 1930

Secondo l'originario dettato dell'articolo 59 c.p. le circostanze sia aggravanti sia attenuanti rilevavano di regola obiettivamente: si applicavano cioè anche se non conosciute dell'agente o per errore ritenute inesistenti.

La disciplina vigente

Per effetto della legge 7 febbraio 1990 n. 19, la disciplina dell'imputazione delle circostanze ha conosciuto importanti modificazioni.

A. E' rimasta ferma la irrilevanza delle circostanze aggravanti o attenuanti erroneamente supposte dall'agente: infatti stabilisce 0.

l'articolo 59 comma 3 c.p. stabilisce che se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.

B. Del pari è rimasta ferma la rilevanza oggettiva delle circostanze attenuanti. Stabilisce infatti il comma 1 dell'articolo 59 c.p. che le circostanze che attenuano la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti

C. E' mutata invece radicalmente la disciplina delle circostanze aggravanti: abbandonando la logica del versari in re illecita, alla base della rilevanza obiettiva prevista dal codice del 1930, il legislatore del 1990 ha armonizzato l'imputazione delle circostanze aggravanti al principio di colpevolezza, stabilendo che tali circostanze possono essere poste a carico dell'agente solo se gli si può muovere almeno un rimprovero di colpa: cioè soltanto se erano da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Ieri come oggi peraltro, vi sono alcune circostanze aggravanti che rilevano solo se i dati di fatto che l'integrano sono conosciuti dall'agente.

L'errore sulla persona dell'offeso.

L'articolo 60 c.p. introduce alcune deroghe alla disciplina generale dell'imputazione delle circostanze per l'ipotesi di errore sulla persona dell'offeso. Si tratta in primo luogo dell'ipotesi in cui l'agente versi in errore sull'identità della persona offesa (l'agente crede che la persona che vuol uccidere e uccide sia Tizio anche se realtà era Caio, il padre dell'agente).

D'altra parte, per effetto del rinvio espresso contenuto nell'articolo 82 c.p., l'articolo 60 c.p. è applicabile anche all'aberratio ictus, (Tizio volendo cedere Caio, uccide invece Sempronio, per un errore di mira determinato da colpa o per non essersi colposamente reso conto del rischio che lungo la traiettoria del proiettile si potesse trovare una persona diversa).

Dalla relazione del guardasigilli che accompagna il codice penale del 1930, si ricava inoltre che il legislatore storico ha inteso ricomprendere nella disciplina l'esame anche l'ipotesi in cui l'agente si rappresenta esattamente l'identità della persona offesa, ma ignori rapporti che intercorrono tra lui della vittima: Tizio vuole uccidere Caio e l'uccide, e solo successivamente viene a sapere che la persona uccisa era suo padre.

In tutti questi casi, se la legge contempla una o più circostanze aggravanti che riguardano alcune condizioni o qualità della vittima reale o, i suoi rapporti con il colpevole, l'articolo 60 dispone che tali aggravanti non vengano mai poste a carico dell'agente: infatti stabilisce che nel caso di errore sulla persona offesa da un reato, non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti, che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa o i rapporti tra offeso e colpevole. L'errore sulla persona dell'offeso in tutti i casi riconducibile sotto l'articolo 60 rileva anche se si tratta di errore o ignoranza dovuta a colpa, cioè che potevano essere evitati con la dovuta diligenza. L'articolo 60 contempla poi le ipotesi in cui, a seguito di un errore sulla persona offesa, l'agente supponga di trovarsi in presenza di una situazione che integrerebbe una circostanza attenuante relativa alle qualità o condizioni personali dell'offeso ovvero ai rapporti tra colpevole ed offeso: in deroga alla generale irrilevanza del putativo nella sfera delle circostanze, le circostanze attenuanti erroneamente supposta viene valutata a favore del colpevole.

Dalla categoria delle circostanze attenuanti o aggravanti, relative alle condizioni o qualità della persona offesa, l'articolo 60 comma 3 c.p. enuclea infine le circostanze relative all'età e quelle relative alle condizioni o qualità fisiche o psichiche della stessa persona offesa, disponendo che per tali circostanze, in caso di errore sulla persona dell'offeso, non opera la disciplina di favore dettata dai commi 1 e 2 dello stesso articolo 60. Per questo gruppo di circostanze troverà applicazione la disciplina generale dettata dall'articolo 59. Ai sensi di questo articolo co. 1, le attenuanti si applicheranno dunque solo se oggettivamente esistenti, mentre ai sensi dell'articolo 59 comma 2 le aggravanti potranno essere a carico dell'agente a condizione che l'errore in cui è caduto l'agente sia dovuto

a colpa.

5. L'applicazione degli aumenti o della diminuzione di pena: una sola circostanza

Se è presente nel caso concreto una sola circostanza aggravante o attenuante, l'articolo 63 comma 1, impone al giudice di procedere come segue: *quando la legge dispone che la pena sia aumentata o diminuita entro limiti determinati, l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di essa, che il giudice applicherebbe il colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire.* La determinazione della pena dovrà perciò avvenire con *un giudizio bifasico*: nella prima fase il giudice deve quantificare la pena per il reato semplice, secondo i criteri di commisurazione indicati all'articolo 133, nella seconda fase procederà all'aumento o alla diminuzione di pena conseguente alla circostanza. Queste due fasi dovranno emergere nella sentenza, dove dovrà essere indicata sia la pena per il reato semplice, sia la misura dell'aumento o della diminuzione operati per effetto della circostanza, attenuante o aggravante.

All'interno del procedimento bifasico per la determinazione della pena per il reato circostanziato, si pone il problema dei rapporti tra circostanze del reato e criteri di commisurazione della pena in senso stretto. Va sottolineato che le circostanze aggravanti o attenuanti attribuiscono una particolare rilevanza a connotazioni del reato o della personalità del suo autore già di per sé riconducibile a questo o a quel criterio di commisurazione della pena ex articolo 133.

Ne segue che la circostanza aggravante o attenuante, in ragione del rapporto di specialità che intercorre con il corrispondente criterio di commisurazione della pena ex articolo 133, mette fuorigioco tale criterio, nel senso che il criterio potrà essere applicato solo per aspetti diversi da quelli isolati del legislatore e assunte ad oggetto della circostanza.

Il giudice non potrà dunque fare una doppia valutazione dello stesso elemento, sia nella determinazione della pena base, sia ai fini dell'aumento o diminuzione di quella pena.

Nel caso in cui la norma di legge che prevede la singola circostanza non specifichi la misura dell'aumento o della diminuzione di pena, la pena per il reato semplice dovrà essere aumentata o diminuita fino a un terzo, si parla in questo caso di circostanze a efficacia comune.

Al fine di determinare in concreto la misura dell'aumento o della diminuzione da apportare alla pena per il reato semplice, il giudice deve scomporre la fattispecie astratta della circostanza aggravante o attenuante in una scala continua di sotto fattispecie, individuando una serie di ipotesi tutte riconducibili a quella circostanza, graduate secondo la loro gravità se si tratta di circostanza aggravante ovvero secondo la loro tenuità se si tratta di circostanza attenuante; all'interno di tale scala il giudice collocherà la circostanza del caso concreto per stabilire il suo grado d'intensità.

La pena della reclusione da applicarsi per effetto dell'aumento determinato da una sola circostanza aggravante ha un limite massimo: non può superare di anni 30. Nel caso di una sola circostanza attenuante alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione da 20 a 24 anni.

Qualora, infine, la circostanza presente nel caso concreto sia una circostanza autonoma o una circostanza indipendente il giudice sceglierà la pena all'interno del nuovo spazio edittale utilizzando i criteri generali di commisurazione della pena fissati dall'articolo 133: in questo caso, la commisurazione della pena per il reato circostanziato si svolgerà non in due fasi bensì in un'unica fase, nella quale il giudice valuterà complessivamente sia la gravità del reato, sia la capacità a delinquere del colpevole.

6. Il concorso omogeneo di circostanze

Se concorrono più circostanze tutte aggravanti o tutte attenuanti, per ciascuna di esse è previsto un aumento o, rispettivamente, una diminuzione di pena fino ad un terzo, l'aumento o la diminuzione di pena si opera sulla quantità di essa risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente. In altre parole, una volta calcolato l'aumento o la diminuzione di pena per una sola circostanza, sulla pena così determinata il giudice effettuerà l'ulteriore aumento o l'ulteriore diminuzione, e così via.

La pena risultante dagli aumenti o dalle diminuzioni conseguenti al concorso di più circostanze aggravanti o di più circostanze attenuanti a efficacia comune soggiace ad una serie di limiti fissati rispettivamente agli articoli 66 a 67 c.p.

L'applicazione degli aumenti o delle diminuzioni di pena in caso di concorso omogeneo di circostanze alcune delle quali a efficacia speciale è disciplinata rispettivamente nell'articolo 67 comma 3 nell'articolo 63 comma 4

e 5.

Nel caso in cui una circostanza a efficacia speciale concorra con una o più circostanze a efficacia comune e dell'articolo 63 comma 3 il giudice applicherà per prima la circostanza a efficacia speciale: dapprima determinerà cioè la pena che applicherebbe se il reato fosse corredato dalla sola circostanza a efficacia speciale. Sulla pena così determinata, il giudice procederà successivamente all'aumento o alla diminuzione fino ad un terzo delle circostanze a efficacia comune.

Nell'articolo 63 comma 4 e 5 il legislatore disciplina l'ipotesi in cui concorrano fra loro più circostanze efficacia speciale, tutte aggravanti ho tutte attenuanti. In tale ipotesi vige il principio di sussidiarietà: si tratta di circostanze aggravanti si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; se invece si tratta di circostanze attenuanti, si applica soltanto la pena meno grave stabilita per le predette circostanze.

Analogamente, tra più circostanze attenuanti a efficacia speciale si applica soltanto quella che comporta la pena meno grave; e la pena così determinata può essere ulteriormente diminuita fino a un terzo.

7. Il concorso eterogeneo di circostanze

Si parla di concorso eterogeneo di circostanze allorché un reato sia corredato in concreto, da due o più circostanze, una o alcune delle quali aggravanti e l'altra, o le altre, attenuanti. In tal caso il giudice deve procedere al bilanciamento delle circostanze concorrenti che può avere un triplice esito:

- la prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti
- la prevalenza delle aggravanti sulle attenuanti
- l'equivalenza delle une con le altre.

Se il giudice ritiene prevalente le attenuanti, applica soltanto le relative diminuzioni di pena, non tenendo conto delle aggravanti. Se viceversa il giudice ritiene prevalente le aggravanti, non tiene conto delle attenuanti e opera solo gli aumenti di pena per le aggravanti. Infine, se il giudice ritiene prevalenti le aggravanti e le attenuanti, applicherà la pena che avrebbe inflitto se non fosse stata presente alcuna circostanza.

Al giudizio di bilanciamento partecipano tutte le circostanze aggravanti e attenuanti. L'articolo 69 comma 4 nella versione introdotta dalla legge Cirielli del 2005, stabilisce infatti che le disposizioni precedenti si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

Nella sfera delle circostanze inerenti alla persona del colpevole, una disciplina speciale è dettata per tre circostanze aggravanti:

- la recidiva reiterata, articolo 99;
- la determinazione al reato di una persona non imputabile o non punibile, articolo 111;
- l'aver determinato al reato un minore di anni 18, o una persona in stato di infermità o deficienza psichica ovvero l'essersi avvalso di una di tali persone per commettere un delitto per il quale previste l'arresto il flagranza, articolo 112;

In relazione a tale aggravante, l'articolo 69 comma 4 stabilisce il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti. L'esito del giudizio di bilanciamento potrà dunque essere la prevalenza delle aggravanti o, al più, l'equivalenza tra aggravanti e attenuanti.

Ulteriori eccezioni espresse alla disciplina dettata dall'articolo 69 sono previste per alcune circostanze aggravanti. Talora il legislatore non esclude che l'aggravante partecipi al giudizio di bilanciamento, ma si limita a vietare la prevalenza delle attenuanti; altre volte invece, il legislatore estromette senz'altro la circostanza aggravante dal giudizio di bilanciamento, stabilendo che il relativo aumento di pena debba essere sempre applicato.

La legge non fornisce nessun criterio per orientare il giudice nella valutazione comparativa delle circostanze concorrenti. Tale criterio non può essere fornito dal numero delle circostanze da bilanciare: al limite una sola circostanza aggravante o attenuante può essere considerata prevalente su più circostanze di segno opposto: le circostanze in concorso non vanno contate, ma pesate.

Rimane pertanto il problema di stabilire come il giudice debba procedere al bilanciamento delle circostanze. Da una parte sembra del tutto estranea al giudizio di bilanciamento una valutazione complessiva della gravità del reato semplice e della capacità a delinquere dell'agente, il bilanciamento va operato soltanto fra le circostanze, aggravanti o attenuanti.

D'altra parte, la totale eterogeneità delle circostanze rende per lo più impraticabile una comparazione diretta, in dottrina si è proposto di far riferimento alla loro intensità, da accertarsi in concreto. Tale criterio può comunque

soccorrere solo in alcuni casi limitati: fondamentalmente, quelli in cui concorrono circostanze a efficacia comune. Di regola il giudizio di bilanciamento risulta dunque affidato alla libera e incontrollata discrezionalità del giudice ovvero, alla sua capacità di intuizione: Di qui le critiche unanimi mosse dalla dottrina ad un legislatore che anziché procedere a una doverosa revisione delle comminatorie legali di pena, ha cercato di umanizzare il sistema penale attraverso una delega in bianco al giudice.

Gli effetti del giudizio di bilanciamento delle circostanze si producono, oltre che sulla misura della pena da infliggere in concreto, anche su altri istituti la cui applicabilità è correlata alla misura della pena inflitta: è il caso per esempio dell'amnistia impropria o dell'indulto concessi per reati puniti in concreto con una pena che non supera un certo limite. Per contro il bilanciamento delle circostanze non influisce su istituti che non si ricollegano al quantum di pena inflitta: le circostanze soccombenti o ritenute equivalenti ex articolo 69 continuano a produrre gli effetti previsti dalla legge. Del pari l'esclusione dall' indulto di un certo tipo di reato in quanto corredato da una circostanza aggravante resta ferma anche se, nel caso concreto, una concorrente circostanza attenuante è stata ritenuta prevalente o equivalente all'aggravante. Ancora nei casi in cui la legge ricollega una pena accessoria alla condanna per i delitti commessi in presenza di una determinata circostanza aggravante, quella accessoria si applicherà al condannato anche se la circostanza aggravante è stata elisa nel giudizio di bilanciamento.

Per quanto riguarda il rapporto tra concorso eterogeneo di circostanze e tempo necessario per la prescrizione del reato l'articolo 157 comma 3 c.p. stabilisce che non si applicano le disposizioni dell'articolo 69: il tempo necessario per scrivere si determina dunque in base alla pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, secondo la disciplina di cui all'articolo 157 comma 2 c.p.

8. Il concorso apparente di circostanze.

Quando una determinata situazione è riconducibile sotto più norme che prevedono circostanze del reato, può profilarsi o un concorso effettivo di circostanze, omogeneo e eterogeneo, ovvero concorso apparente delle norme che prevedono quelle circostanze, con la conseguenza che applicabile sarà un'altra di tali norme.

Quest'ultima eventualità è disciplinata dall'articolo 68 c.p. il quale individua un concorso apparente di circostanze in due distinte ipotesi.

1) La prima è quella in cui una data circostanza è in rapporto di specialità rispetto ad un'altra. Per esempio: la circostanza aggravante dell'aver agito in seguito a intelligenze col nemico, prevista per i delitti di disfattismo politico e di disfattismo economico, è speciale rispetto all'aggravante relativa agli stessi reati dell'aver agito in seguito a intelligenza con lo straniero.

In caso di questo tipo il giudice applicherà la sua la circostanza speciale, secondo la regola dettata dall'articolo 15.

2) la seconda ipotesi dei contorni più incerti, è quella in cui, non sussistendo tra le norme un rapporto di specialità, la circostanza aggravante o attenuante comprende in sé un'altra aggravante o un'altra attenuante. Per esempio: la circostanza aggravante dell'articolo 577, l'aver commesso un fatto di omicidio doloso contro l'ascendente o il discendente, e quella dell'articolo 61, l'aver commesso il fatto con abuso di relazioni domestiche o con abuso di relazioni di coabitazione. Tra queste due norme non sussista un rapporto di specialità, ma è possibile che l'agente commetta un parricidio sfruttando in concreto le relazioni domestiche o di coabitazione con la vittima. In tal caso la presenza di una situazione che integra la seconda circostanza è in concreto strettamente funzionale all'uccisione dell'ascendente o del discendente: l'aggravante dell'articolo 577 è dunque circostanza eventualmente complessa rispetto all'aggravante comune dell'articolo 61, ovvero nel linguaggio della legge, è una circostanza che comprende in sé quest'ultimo aggravante.

Secondo quanto dispone l'articolo 68 comma 1, in caso di questo tipo si applica soltanto la circostanza che importa il maggior aumento di pena, se si tratta di circostanza aggravante, o soltanto la circostanza che importa la maggiore diminuzione di pena, se si tratta di circostanza attenuante. Se poi le diverse circostanze importano tutte il medesimo aumento o la medesima diminuzione di pena, si applica un solo aumento o una sola diminuzione.

9. Le circostanze aggravanti comuni previste nel codice penale

L'articolo 61 del codice penale prevede un elenco di circostanze aggravanti comuni, cioè circostanze aggravanti che possano accompagnarsi ad un numero indeterminato di reati, ossia tutti i reati con i quali non siano incompatibili, si tratta di 11 circostanze.

1) L'aver agito per motivi abietti o futili.

Per motivo si intende la causa psichica della condotta, cioè l'impulso che induce il soggetto ad agire o ad omettere di agire. Il carattere abietto o futile del motivo va accertato secondo le valutazioni medie della collettività in un certo momento storico. Il motivo è abietto quando secondo quel metro di giudizio, appare turpe, ignobile, totalmente spregevole, tale da suscitare una diffusa ripugnanza.

Il motivo è futile quando appare del tutto sproporzionato rispetto al reato al quale ha dato origine.

Quest'aggravante non è applicabile a chi sia affetto da vizio parziale di mente, se l'impulso ad agire trova la propria origine nell'anomalia psichica del soggetto. Trattandosi di una circostanza soggettiva concernente i motivi a delinquere, nel quadro del concorso di persone è applicabile, ai sensi dell'articolo 118, soltanto alla persona animata da quel motivo.

2) L'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il profitto o il prezzo, ovvero l'impunità di un altro reato.

La norma individua tre distinte circostanze gravanti:

1. la prima ricorre allorché un reato viene posto in essere come mezzo per la commissione di un successivo reato (reato-fine)

2. La seconda è integrato allorché il reato viene commesso con lo scopo di occultarne un altro, commesso in precedenza

3. La terza circostanza aggravante si profila quando l'agente commette un reato come mezzo per conseguire o per assicurare a sé o ad altri il profitto o il prezzo o l'impunità di un altro reato.

A proposito della prima aggravante in dottrina si parla di aggravante teleologica, a proposito della seconda e della terza, si parla di aggravante consequenziale. Per la sussistenza di ciascuna di queste aggravanti è necessario e sufficiente che l'agente commetta un reato per uno degli scopi suddetti, non rileva che poi l'agente non commetta il reato-fine o non consegua lo scopo prefisso. Le aggravanti consequenziali presuppongono la commissione di un precedente reato. L'aggravante è configurabile anche nel caso in cui il reato presupposto sia, per una qualunque causa, estinto. Anche queste circostanze aggravanti di carattere soggettivo concernono i motivi a delinquere: pertanto, nel quadro del concorso di persone nel reato sono applicabili, ai sensi dell'articolo 118, soltanto alle persone che agiscono con quelle finalità.

3) L'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento.

Questa circostanza aggravante dà rilievo alla cosiddetta colpa cosciente, si configura quando l'agente si rappresenta come seriamente possibile il verificarsi dell'evento, ma ritiene per colpa, che quell'evento non si realizzerà nel caso concreto, è ciò in quanto, per leggerezza, sottovaluta la probabilità del suo verificarsi ovvero sopravvaluta le proprie o altrui capacità di evitarlo.

La circostanza è applicabile ai soli delitti. Quanto alle contravvenzioni, della colpa cosciente il giudice terrà conto sotto il profilo del grado della colpa nel commisurare la pena all'interno della cornice edittale. L'aggravante della colpa cosciente è applicabile anche ai casi di eccesso colposo nelle cause di giustificazione, quando l'agente si renda conto per esempio, che la sua difesa potrebbe provocare un evento lesivo sproporzionato all'aggressione è ritenga per leggerezza che quella previsione non si avvererà. Sembra inoltre applicabile alle ipotesi di erronea supposizione di commettere il fatto in presenza di una causa di giustificazione, quando l'agente abbia previsto la possibilità, per esempio, dell'inesistenza di un'aggressione da cui difendersi, ma per leggerezza abbia concluso che l'aggressione era reale.

A norma dell'articolo 118, trattandosi di circostanza soggettiva concernente il grado della colpa, nel concorso di persone è valutata soltanto nei confronti della persona cui si riferisce.

4) L'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone.

Sevizia: ogni sofferenza fisica inferta alla vittima che non è necessaria per la commissione del reato, ma esprime una scelta da parte dell'agente.

Agisce con crudeltà verso le persone che infligge la vittima o un terzo una sofferenza morale, rivelatrice di mancanza di umanità: anche in questo caso deve essere una sofferenza non necessaria per la commissione del reato.

5) L'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tale da ostacolare la pubblica o la privata difesa.

L'aggravante della cosiddetta minorata difesa si riferisce ad una serie di situazioni, legate a fattori ambientali o personali, per effetto delle quali la vittima non può adeguatamente difendere né essere difesa. Fra le circostanze di tempo che possono rilevare si annoverano una pubblica calamità o un'interruzione dell'energia elettrica; tra le circostanze di luogo, nell'assenza di tutti gli abitanti di un palazzo a Ferragosto; tra le circostanze di persona, uno stato di particolare inferiorità della vittima, dovuto per esempio ad ubriachezza, a deficienza psichica o a decadenza senile, oppure le eccezionali capacità fisiche o di persuasione dell'autore del reato.

6) L'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo in cui si è sottratto volontariamente all'esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato.

La disposizione da rilievo ad alcune situazioni di fatto che possono stare a fondamento della dichiarazione di latitanza, a norma dell'articolo 296 c.p.p.: non facendo propria la nozione di latitanza, non è invece applicabile all'evaso, ancorché quest'ultimo, ad altri effetti, sia equiparato al latitante. L'articolo 61 c.p. non abbraccia neppure la situazione di chi si sottrae ad un provvedimento che abbia disposto agli arresti domiciliari, e il divieto di espatrio o l'obbligo di dimora. L'eventuale riempimento di tali lacune potrà essere compiuto soltanto dal legislatore: non vi può procedere il giudice, pena la violazione del divieto di analogia a favore del reo. È necessario che l'agente si sottragga volontariamente all'esecuzione dei provvedimenti restrittivi.

7) L'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità. La circostanza può applicarsi a tre gruppi di delitti:

- delitti contro il patrimonio;
- delitti determinati da motivo di lucro;
- delitti che comunque offendono il patrimonio. I contorni di quest'ultima categoria sono controversi: vi rientrano certamente reati plurimi offensivi che offendano accanto ad un altro bene, anche un bene patrimoniale. La formula legislativa data la sua latitudine, abbraccia anche i reati nei quali l'offesa al patrimonio non è sempre presente, ma può esserlo nel caso concreto, in quanto sviluppo potenzialmente insito in quella figura del reato. La rilevante gravità del danno patrimoniale deve essere valutata in primo luogo secondo il criterio oggettivo, offerto dal valore intrinseco della cosa, indipendentemente da ogni considerazione delle condizioni economiche della persona offesa.

Circa il momento in relazione al quale va valutata l'entità del danno patrimoniale, decisivo è il momento consumativo del reato, mentre non rilevano le vicende intervenute successivamente. La giurisprudenza prevalente ritiene applicabile l'aggravante anche al delitto tentato, nel caso in cui il reato fosse giunto a consumazione avrebbe prodotto un danno patrimoniale di rilevante gravità.

Questa soluzione urta però frontalmente contro la legge, che richiede un danno di rilevante gravità cagionato alla persona offesa dal reato: non lascia dunque nessuno spazio per una considerazione del danno potenziale.

8) L'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso.

Questa circostanza aggravante presuppone la commissione di un qualsivoglia delitto, doloso o colposo, consumato o tentato, e consiste in una condotta successiva con la quale l'agente volontariamente aggravi o cerchi di aggravare le conseguenze del precedente delitto. Conseguenze del reato è una formula ampia in grado di comprendere anche effetti diversi e ulteriori rispetto all'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice: per esempio le sofferenze morali che un omicidio produce ai familiari della vittima.

9) L'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di Ministro di un culto.

Questa disposizione fa riferimento a tre categorie di soggetti:

- pubblici ufficiali;
- l'incaricato di pubblico servizio;
- ministri di culto.

Non basta che il reato venga commesso da chi possiede una di queste qualità. È necessario l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri inerenti a quella qualifica: l'agente deve aver fatto uso dei propri poteri per finalità diverse

da quelle per le quali gli sono stati conferiti ovvero deve aver violato uno specifico dovere concernente l'attività del suo ufficio, servizio o ministero. Si tratta di una precisa scelta del legislatore, il quale ha escluso espressamente l'abuso della qualità inerte, ossia senza esercizio della funzione.

Occorre inoltre che tra la commissione del reato e l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri e esista almeno un nesso occasionale, nel senso che l'esecuzione del reato deve essere stata resa possibile o quantomeno agevolata dalle attribuzioni dell'agente.

Sia l'abuso dei poteri, sia la violazione dei doveri devono essere realizzati consapevolmente. La circostanza aggravante non è applicabile a quei reati nei quali l'abuso di poteri o la violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione, a un pubblico servizio o alla qualità di ministro del culto è elemento costitutivo del fatto. (è il caso per il pubblico ufficiale o per l'incaricato di un pubblico servizio, del delitto di concussione).

10) l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di Ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello stato, ovvero contro l'agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni e del servizio. Questa circostanza appresta una tutela rafforzata ad alcune categorie di soggetti in considerazione della loro funzione:

- il pubblico ufficiale;
- l'incaricato di pubblico servizio;
- il ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello stato;
- l'agente diplomatico o consolare.

Non basta peraltro che reato venga commesso contro chi riveste una di quelle qualifiche, ma è necessario altresì che venga commesso o in un momento in cui la vittima sta esercitando le proprie funzioni, ovvero un momento diverso, ma per una causa inerente alle funzioni. La giurisprudenza sottolinea che questa aggravante esige in deroga la consapevolezza da parte dell'agente della qualità personale del soggetto passivo.

Per l'applicabilità della circostanza l'aggressione a uno dei soggetti in questione non deve essere elemento costitutivo di un autonoma figura di reato, come nel caso della violenza un pubblico ufficiale, o dell'oltraggio a un magistrato in udienza.

11) l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d'ufficio, di prestazioni d'opera, di coabitazione o di ospitalità.

L'aggravante del rilievo situazioni di particolare vulnerabilità del bene giuridico, derivanti da relazioni interpersonali che possono facilitare la commissione del reato.

L'abuso di autorità evoca lo sfruttamento di una situazione di preminenza, in ambito di un rapporto privatistico, come nel caso del direttore di stabilimento che commetta molestie sessuali.

Relazione domestica: quelle interne alla famiglia in senso lato, anche in assenza di un rapporto di parentela o di coabitazione.

Relazioni di ufficio: rapporti che intercorrono tra chi opera in uno stesso ambiente di lavoro, pubblico o privato.

Relazioni di prestazioni d'opera: non solo l'ipotesi del rapporto contratto di lavoro, ma tutti quei rapporti giuridici che, in una più vasta e larga accezione, comportano l'obbligo di un facere. Coabitazione: qualsiasi forma di permanenza non momentanea di più persone in uno stesso luogo, come nel caso in cui un reato venga commesso da un detenuto a danno di un altro detenuto all'interno di un istituto penitenziario.

Ospitalità: ipotesi di permanenza occasionale di breve durata in un determinato luogo con il consenso del proprietario o del possessore, (il caso di un furto commesso a danno di altri ospiti o dello stesso ospitante.)

Le circostanze aggravanti comuni previste in leggi speciali.

In tempi diversi, per fronteggiare gravi fenomeni di criminalità, il legislatore ha previsto per tutti i reati, salvo limite della incompatibilità, altri tre gruppi di circostanze aggravanti comuni.

1) l'articolo 1 della legge del 6 febbraio 1980, 15 stabilisce che per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato.

2) l'articolo 7 della legge del 12 luglio 1991, 203 prevede che per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416 bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, alla pena aumentata da un terzo alla metà.

3) l'articolo 3 della legge del 25 giugno 1993, 205 prevede che per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà.

Si tratta in tutti i casi di circostanze a effetto speciale, con aumenti di pena di diversa entità. Tali circostanze sono escluse dal giudice di bilanciamento ex articolo 69: i relativi aumenti di pena devono essere sempre applicati; successivamente una pena così determinata, il giudice procederà agli ulteriori aumenti di pena correlate ad eventuali circostanze aggravanti concorrenti, oppure le diminuzioni dovute all'eventuale presenza di una o più attenuanti.

11. Le circostanze attenuanti comuni

L'art. 62 c.p. elenca sei circostanze attenuanti comuni:

1) l'aver agito x motivi di particolare valore morale o sociale.

Il reato è per definizione un fatto illecito è tendenzialmente anche immorale e antisociale. Nel

commetterlo, però l'agente, può essere animato da motivi di per sé apprezzabili, che non scalfiscono l'oggettiva illiceità del reato, ma gettano una luce favorevole sull'autore, rendendo meno riprovevole il suo comportamento. Spesso questa distinzione viene però offuscato dalla giurisprudenza, che fa leva sulla oggettiva gravità del reato per negare che l'agente possa considerarsi mosso da motivi di particolare valore morale o sociale.

Da tale arbitraria confusione deriva l'applicazione rara di questa circostanza attenuante.

Motivi di particolare valore morale: motivi che ricevono un apprezzamento pienamente positivo dell'intero gruppo sociale o da una parte di esso. Per esempio il caso del sentimento di pietà verso una persona cara affetta da un tumore in fase terminale, che provoca dolori lancinanti e porta l'agente a cagionare volontariamente la morte del malato, con lo scopo di anticipare la fine delle sue sofferenze.

Motivi di particolare valore sociale: motivi rispondenti, in un certo momento storico, agli obiettivi propri della società nel suo insieme. Non deve trattarsi necessariamente di obiettivi valutati positivamente da tutti consociati in quel momento storico. Il metro unificante di giudizio si individua invece nei principi e valori sociali accolti e cristallizzati in costituzione.

La stessa costituzione disegna un assetto giuridico sociale imperniato sul metro democratico, sul pluralismo dei partiti, sul riconoscimento dell'iniziativa economica privata. Non può pertanto riconoscersi un particolare valore sociale alla commissione di reati di terrorismo con l'obiettivo di rovesciare l'ordine costituzionale in alcuni tra i suoi principi-cardine: cioè con l'intento di eliminare gli avversari politici, sopprimere la proprietà privata dei mezzi di produzione, instaurare la dittatura di un immaginario proletariato. D'altra parte un motivo a delinquere può assumere un particolare valore sociale anche in assenza di un riconoscimento costituzionale del valore sottostante, nel caso in cui si tratti di valori emersi dopo l'avvento della costituzione, ma che abbiano trovato riconoscimento o protezione nella legislazione ordinaria, magari attuativa di normative internazionali. Trattandosi di una circostanza soggettiva concernente i motivi a delinquere, nel quadro di concorso di persone è applicabile, ai sensi dell'articolo 118 soltanto alla persona animata da quel motivo.

2) l'aver agito in stato d'ira, determinato da un fatto ingiusto altrui.

Questa circostanza attenuante designata normalmente come provocazione, dà rilievo ad uno stato motivo che incide sulla volontà di commettere il fatto di reato e quindi comporta una minore intensità del dolo: ai sensi dell'articolo 118 la circostanza non si comunica ai concorrenti nel reato. In quest'attenuante possono individuarsi tre elementi:

1. Il primo è rappresentato da un fatto ingiusto altrui: può trattarsi di un comportamento in contrasto sia con norme giuridiche di qualsiasi fonte o natura, sia con regole elementari della convivenza sociale. L'ingiustizia potrà ravvisarsi anche in comportamenti in sé legittimi, ma realizzati con modalità vessatorie, ispirate da iattanza o da finalità emulative.

2. Il secondo elemento è integrato da uno stato d'ira cioè da una emozione che genera impulsi aggressivi non comprimibili con i normali freni inibitori. Lo stato ira è ovviamente compatibile con un preesistente stato di risentimento, rancore o un odio, purché vi si inonesti un nuovo e autonomo fatto ingiusto, come fattore scatenante dell'esplosione d'ira.

3. Quale terzo elemento viene in considerazione il rapporto di causalità che deve intercorrere tra lo stato d'ira e la commissione del reato. Questo rapporto di causalità non sussiste quando il fatto ingiusto altrui è stato un mero pretesto di cui l'agente ha approfittato per dar sfogo alle e prepotente, violenze, aggressività o altro: bisogna cioè che alle circostanze del caso concreto emerga che solo perché accecato dall'ira provocata dal fatto ingiusto altrui, quel soggetto ha potuto commettere il fatto di reato.

inaccettabile è l'idea che il fatto di reato debba essere in un rapporto di proporzione con il fatto ingiusto che ha prodotto lo stato d'ira. Si tratta di un limite che non è richiesto dalla legge, né si lascia desumere dal requisito del rapporto di causalità; d'altra parte, i più elementari dettami della psicologia insegnano che è caratteristico dell'ira cagionare reazioni non solo incontrollabili, ma anche spesso, sproporzionate.

Non è necessario che la commissione del reato segua immediatamente il fatto ingiusto altrui. In base a disposizione dell'articolo 72 l'attenuante può ritenersi ben integrata, quando l'ira segue ad una prolungata fase depressiva o di accoramento, per poi esplodere ad un gesto dell'aggressore oppure a qualunque altra circostanza che rinverdisca il ricordo del torto patito. Altrettanto opportunamente la giurisprudenza sottolinea che l'attenuante in esame può sussistere anche nel caso di una serie di comportamenti ingiusti, di scarsa entità e considerati uno ad uno, ma che nel loro insieme, provochino, per accumulo, lo scoppio dell'ira.

Dell'attenuante può giovare anche una persona diversa da colui che ha subito il torto purché quel torto abbia cagionato in lui una reazione d'ira sfociato nella commissione del reato.

3) L'aver agito per suggestione d'una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o di assembramenti vietati dalla legge o dall'autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale, professionale, o delinquente per tendenza.

Questa disposizione valorizza risultati di indagini psicologiche anche risalenti dando rilievo all'alterazione dei freni inibitori che una folla di persone può esercitare sulla condotta dei singoli, in particolare se quella folle agitata da intense passioni, che si manifestano tumultuosamente con grida, invettive, slogan minacciosi. L'influenza emotiva lasciata dalla folla in tumulto, indebolendo i processi volitivi che hanno portato la commissione del fatto, si traduce in una minore intensità del dolo: ai sensi dell'articolo 118 la circostanza non si comunica al concorrente nel reato. Per l'applicabilità dell'attenuante è necessario che la commissione del reato sia conseguenza della suggestione della folla in tumulto: cioè deve sussistere un nesso di causalità psichica tra la suggestione che emana dalla folla tumultuante e il reato commesso in concreto. Non ricorrerà pertanto l'attenuante, quando l'agente si sia determinato a commettere il reato già prima di entrare in contatto con la folla, magari ripromettendosi di approfittare del tumulto per realizzare più facilmente il proprio intento criminoso. Per contro, l'influenza causale della folla in tumulto può sussistere anche nei confronti di chi si inserisca per sua scelta in un assembramento di persone già in tumulto, a condizione che la decisione di commettere il reato si sia formata successivamente. La legge impone un duplice limite l'applicabilità della circostanza. Un primo limite ispirato all'esigenza di non riconoscere una attenuazione di pena che agisca all'interno di una situazione di legalità: la riunione o l'assembramento non devono essere vietati dalla legge o dall'autorità. Il secondo limite riflette una logica di prevenzione speciale nei confronti di chi, è già incline a delinquere, e può trovare ulteriori spinte criminogene nella folla in tumulto: non può giovare dell'attenuante chi sia stato dichiarato delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza.

4. L'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità.

Una parte della disposizione descrive la circostanza attenuante speculare all'aggravante di cui all'articolo 61: l'aggravante è imperniata su un danno patrimoniale di rilevante gravità, l'attenuante su un danno patrimoniale di speciale tenuità.

La speciale tenuità del danno patrimoniale deve essere valutata in primo luogo secondo un criterio oggettivo, offerto dal valore intrinseco della raccolta, indipendentemente da ogni considerazione delle condizioni economiche della persona offesa.

L'ambito applicativo della disposizione in esame, è individuato dalla legge nei delitti contro il patrimonio, i delitti che comunque offendono il patrimonio, i delitti determinati da motivi di lucro. La giurisprudenza maggioritaria ritiene applicabile l'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità anche all'ipotesi di delitto tentato, cioè nei casi in cui, se il delitto fosse giunto a consumazione, avrebbe cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità. Si tratta però di una soluzione contro la legge, per le stesse ragioni che rendono inapplicabile al tentativo

la corrispondente aggravante dell'articolo 61: il tenore letterale dell'articolo 61 esige infatti che un danno di speciale tenuità sia stato cagionato e non anche che potesse cagionarsi.

Quanto all'attenuante prevista per i delitti determinati da motivi di lucro, la speciale tenuità attiene sia il vantaggio patrimoniale che l'agente ha conseguito o intendeva conseguire attraverso il diritto, sia l'evento danonoso pericoloso inerente al delitto commesso per motivi di lucro. Premesso che è l'offesa evocata dalla formula evento danonoso pericoloso riguarda un bene diverso dal patrimonio, è controverso se la speciale tenuità di quell'offesa vada stabilita in astratto o in concreto: secondo il primo orientamento, l'attenuante sarebbe applicabile solo ai delitti bagatellari, che siano cioè di per se stessi di speciale tenuità, mentre secondo l'altra tesi l'attenuante sarebbe applicabile a qualsiasi tipo di delitto, purché in concreto l'offesa del bene tutelato dalla norma incriminatrice risulti particolarmente tenue.

Il tenore letterale della disposizione laddove fa riferimento al aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, autorizza l'applicazione dell'attenuante anche a chi abbia commesso un delitto per conseguire un lucro rilevante, ma in concreto ne abbia ottenuto soltanto uno di speciale tenuità.

5. L'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa.

Il reato, agli occhi del legislatore, risulta meno grave quando alla sua realizzazione abbia contribuito volontariamente con la propria condotta la vittima del reato. Per integrare questa circostanza attenuante occorre in primo luogo, che la persona offesa, con la sua condotta, abbia contribuito a realizzare il fatto di reato: benché la legge parli di evento, si ritiene che l'attenuante sia applicabile anche ai reati di mera condotta, dovendosi interpretare l'espressione evento come sinonimo di fatto di reato.

In secondo luogo, va chiarito che anche la formula doloso con la quale la legge qualifica il fatto della persona offesa non può essere presa alla lettera: il dolo è un criterio di attribuzione della responsabilità e l'oggetto del dolo è l'intero fatto, mentre ciò a cui la legge fa riferimento in questo caso è soltanto il carattere volontario della condotta della vittima. Benché astrattamente applicabile sia reati di evento sia reati di mera condotta, l'attenuante in esame non è compatibile con quelle figure di reato nelle quali una condotta volontaria della vittima è elemento costitutivo del fatto: è per esempio il caso tra i reati di evento, dell'omicidio del consenziente, e tra i reati di mera condotta, degli atti sessuali con un minore, dell'usura, e così via. Il campo di applicazione di questa attenuante è estremamente ridotto.

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 dall'ultimo capoverso dell'art. 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente a elidere o attenuare le conseguenze danonose o pericolose del reato.

Questa disposizione prevede una prima ipotesi, imperniata sull'integrale e tempestiva reintegrazione patrimoniale conseguente alla commissione di un reato, nella forma del risarcimento del danno e, quando sia possibile, anche in quella della restituzione dei beni di cui è stata privata la vittima.

La ratio di questa attenuante è stata a lungo identificata nell'espressione tangibile della resipiscenza dell'autore del reato, con il corollario che sia il risarcimento sia la restituzione dovrebbero essere realizzati personalmente dall'autore, con esclusione di ogni intervento di terzi, a cominciare dalle società di assicurazione. Questa ricostruzione è stata però censurata dalla Corte costituzionale, che ha sottolineato da un lato l'esigenza di armonizzare la norma con il principio di eguaglianza, che verrebbe violato dall'attenuante fosse riservata agli abbienti, e d'altro lato l'irrazionalità di una lettura che estrometta dalla sfera applicativa dell'attenuante i risarcimenti effettuati da terzi, e in particolare dalle società di assicurazione, sottraendo al danoneggiato l'opportunità di un risarcimento integrale e rapido del danno sofferto. Secondo la Corte costituzionale l'attenuante va letta in chiave oggettiva, cioè come espressione dell'esigenza di incentivare la reintegrazione del patrimonio del danoneggiato dal reato, a condizione che l'intervento risarcitorio sia a qualsiasi titolo riferibile all'imputato.

Per espressa indicazione della legge la riparazione del danno deve essere integrale. In caso di rifiuto della parte lesa, il risarcimento può essere effettuato nella forma dell'offerta reale ai sensi dell'articolo 1209 del codice civile, sempre che il giudice ritenga adeguata a coprire il danno la somma offerta dall'autore del reato.

Qualora sia possibile, oltre al risarcimento del danno l'agente deve provvedere alla restituzione delle cose provenienti da reato.

Sia il risarcimento sia le restituzioni devono avvenire prima del giudizio, vale a dire prima dell'apertura del dibattimento.

La seconda ipotesi prevista dall'articolo 62 consiste in un'attività spontanea di efficacia diretta ad elidere o

attenuare le conseguenze danonose o pericolose del reato.

Quest'ultima formula allude all'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

La giurisprudenza ritiene che, di per sé, un aiuto offerto dal colpevole le indagini di polizia o a quelle dell'autorità giudiziaria, non sia sufficiente ad integrare la circostanza attenuante: la soluzione potrebbe essere diversa, tuttavia, se per effetto della collaborazione si sia ottenuto il risultato per esempio di far cessare del tutto all'attività delittuosa di una struttura delinquere.

La disposizione dell'articolo 62 non è riferibile al danno risarcibile derivante da reato, previsto nella prima parte della disposizione: un risarcimento parziale del danno da reato non può quindi assumere rilievo attenuante ai sensi della seconda parte della stessa disposizione.

L'attività di eliminazione o di attenuazione delle conseguenze del reato deve essere spontanea. Quanto ai rapporti tra questa circostanza attenuante il tentativo, la clausola fuori del caso preveduto dall'ultimo capoverso dell'articolo 56 preclude che questa circostanza attenuante possa accumularsi con quella del volontario impedimento dell'evento previsto nell'articolo 56. La circostanza attenuante in esame resta invece applicabile ai casi in cui il delitto tentato abbia prodotto conseguenze danonose o pericolose diversa dall'evento che il soggetto volontariamente impedito.

Anche l'elisione o attenuazione delle conseguenze danonose o pericolose del reato deve avvenire prima del giudizio cioè prima dell'apertura del dibattimento.

In materia di stupefacenti, l'attività di eliminazione o di attenuazione delle conseguenze dei reati previste dall'articolo 73 del d.p.r. 309 del 1990 è oggetto di una previsione ad hoc, che comporta una più consistente diminuzione di pena: tale disposizione si applicherà in via esclusiva per esempio nel caso in cui si sia consentito il ritrovamento da parte della polizia di una consistente quantità di stupefacenti.

12. Le circostanze attenuanti generiche.

L'articolo 62 bis stabilisce che il giudice indipendentemente dalle circostanze previste dall'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo con una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62.

Questa attenuante presente nel codice Zanardelli ed esclusa dal codice del 1930 è stata introdotta nel 1944 per temperare l'asprezza del dosaggio sanzionatorio del codice Rocco; viene comunemente designata con la formula circostanze attenuanti generiche, benché non compaia nella disposizioni citata.

Quanto al contenuto delle attenuanti generiche il legislatore rinuncia totalmente ad individuarlo. L'articolo 62 bis richiedendo che si tratti di circostanze diverse da quelle prevedute dall'articolo 62, che il giudice ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena, individua soltanto un duplice limite al campo di applicazione delle attenuanti generiche.

In primo luogo, il giudice non potrà tenere conto di situazioni che già integrano una circostanza attenuante tipica sia che si tratti di circostanza attenuante comune ex articolo 62 sia che si tratti di una circostanza attenuante speciale, cioè prevista per uno o più reati determinati.

In secondo luogo, non potrà considerare come attenuanti generiche situazioni che siano incompatibili con il tenore di una norma che prevede la circostanza attenuante tipica.

L'individuazione in positivo del contenuto delle circostanze attenuanti generiche è invece rimessa al giudice, il quale può far leva su un qualsiasi dato del caso concreto, inerente al reato o al suo autore, che mediti una attenuazione della pena. In quest'opera la discrezionalità del giudice non è però libera, bensì vincolata al rispetto di criteri desumibili dell'ordinamento.

Il giudice farà riferimento ai criteri elencate nell'articolo 133: applicherà alle attenuanti generiche qualora uno di tali criteri assume nel caso concreto uno spiccato significato attenuante.

La concessione delle attenuanti generiche deve considerarsi del tutto svincolata da una valutazione complessiva della gravità del reato e della capacità a delinquere della gente, conseguendo esclusivamente alle individuazione nel caso concreto di un singolo dato attenuante.

Oltre che sui criteri dell'articolo 133, il giudice può fondare la concessione delle attenuanti generiche, tra l'altro, su situazioni che realizzino parzialmente il modello legale di una circostanza attenuante tipica. In ragione della loro natura di vere e proprie circostanze attenuanti, le attenuanti generiche sono assoggettate alla disciplina che la legge detta in genere per le circostanze del reato e in particolare per le circostanze attenuanti.

Al pari di ogni altra circostanza del reato, le attenuanti generiche dovranno essere applicate secondo lo schema

del giudizio bifasico imposto dall'articolo 63. In primo luogo, il giudice fisserà dunque la pena- base alla stregua dei criteri indicati all'articolo 133 in secondo luogo sulla pena così determinata, procederà alla diminuzione fino ad un terzo in ragione delle attenuanti generiche.

Sempre in ragione della loro natura di vere e proprie circostanze del reato, le attenuanti generiche incidono sulla determinazione del tempo necessario per la prescrizione del reato ai sensi dell'articolo 157, in caso di concorso con circostanze aggravanti, entrano in giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee di quell'articolo 69. Un ulteriore corollario della natura di circostanze in senso tecnico è quello esplicitato dall'articolo 62 bis, quando sottolinea che la circostanza attenuante generica può anche concorrere con uno o più delle circostanze indicate nell'articolo 62 del codice penale, secondo le regole del concorso omogeneo di circostanze. D'altra parte anche le attenuanti generiche possono concorrere anche con circostanze attenuanti diverse da quelle elencate all'articolo 62.

13. Le circostanze aggravanti attenuanti inerenti alla persona del colpevole.

la recidiva.

La recidiva è inquadrata dal legislatore tra le circostanze inerenti alla persona del colpevole, e consta di due elementi.

Il primo elemento è rappresentato dalla commissione di un delitto non colposo dopo che il soggetto è stato condannato con sentenza definitiva per un precedente delitto non colposo. L'istituto della recidiva è stato interessato da un'importante riforma nel 2005, n. 251, legge Cirielli, che, correggendo largamente le scelte operate con la precedente riforma del 1974, ha irrigidito e inasprito il trattamento della recidiva. Per altro verso, il legislatore delle 2005 ha estromesso dalla sfera applicativa dell'istituto i delitti colposi nelle contravvenzioni.

Per il configurarsi della recidiva non basta che si commette un delitto non colposo dopo averne commesso un altro, ma è necessario che la commissione del primo delitto sia stata trattata con una sentenza di condanna passata in giudicato, e il giudicato deve essersi formato prima della commissione del nuovo delitto. Non è necessario che alla condanna sia seguita l'esecuzione, totale o parziale, della pena.

L'articolo 99 dà rilievo ai fini della recidiva, anche alle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, cosiddette sentenze di patteggiamento pronunciate ex articolo 444 c.p.p.; ai sensi dell'articolo 106 alle condanne per le quali è intervenuta la causa di estinzione della pena, come ad esempio, l'amnistia impropria, l'indulto, la grazia; nonché alle condanne riportate all'estero, riconosciuta in Italia.

Il nuovo delitto deve inoltre denotare insensibilità all'ammonimento derivante dalla precedente condanna e una accentuata capacità a delinquere: secondo la cassazione il che non si verifica quando il nuovo delitto tragga origine da situazioni contingenti ed eccezionali, ovvero sia stato commesso dopo un lungo intervallo di tempo dal delitto precedente, o abbia natura totalmente diversa.

Perché la commissione del nuovo delitto possa denotare nel caso concreto insensibilità all'ammonimento derivante dalla precedente condanna è necessario, che l'agente sia conoscenza di quella condanna.

L'accertamento del secondo elemento della recidiva è affidato alla discrezionalità del giudice: si parla in questo caso di facoltatività della recidiva. Anche con la riforma del 2005 la recidiva ha largamente conservato il carattere facoltativo attribuito all'istituto del legislatore del 1974: ipotesi di recidiva obbligatoria sono ora previste soltanto dall'articolo 99 comma 5.c.p., limitatamente ad una gamma di delitti di particolare gravità. Per i restanti delitti non colposi, la volontà del legislatore del 2005 di attribuire spazi più ristretti la discrezionalità del giudice nell'applicazione della recidiva si è manifestata soltanto nella previsione degli aumenti di pena.

Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della recidiva ha carattere giuridicamente vincolato, dovendo esercitare secondo i criteri precedentemente enunciati che si desumono non dà un'indicazione espressa della legge, bensì dal fondamento stesso dell'istituto: l'aumento di pena per la recidiva si legittima in ragione sia dalla maggiore colpevolezza che connota il nuovo delitto, sia dalla maggiore capacità a delinquere dell'agente.

Natura giuridica.

La recidiva è una circostanza del reato: si tratta in particolare di una circostanza aggravante soggettiva, inerente alla persona del colpevole.

Al pari di ogni altra circostanza, la recidiva partecipa al giudizio di bilanciamento. Lo stabilisce espressamente l'articolo 69 comma 4, ove si prevede inoltre, un regime speciale per la recidiva reiterata ex articolo 99 comma 4: anche questa forma di recidiva partecipa al giudizio di bilanciamento, ma non può soccombere alle circostanze attenuanti concorrenti. Il giudice dovrà cioè considerare la recidiva reiterata prevalente o, al più, equivalente

rispetto alle attenuanti. A norma dell'articolo 63 comma 3, la recidiva aggravata e la recidiva reiterata comportando un aumento della pena superiore ad un terzo, sono circostanze ad effetto speciale.

Ai sensi dell'articolo 118, la recidiva è una di quelle circostanze soggettive che non si comunicano ai concorrente nel reato.

Forme.

in relazione alle diverse forme di recidiva previste nell'articolo 99, la dottrina parla di recidiva semplice, recidiva aggravata e recidiva reiterata.

1. Recidiva semplice: quando dopo aver riportato condanna per un delitto non colposo, l'agente ne commette un altro, di qualsiasi specie e gravità, a oltre cinque anni dalla condanna precedente. In tal caso il giudice qualora ravvisi nel caso concreto il secondo requisito della recidiva, sulla pena che infliggerebbe per il reato semplice deve operare l'aumento di pena di un terzo.
2. recidiva aggravata: comporta l'aumento fino alla metà della pena che il giudice infliggerebbe per reato semplice in tre ipotesi:

- a. se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole di quello precedente, recidiva specifica;
- b. se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente, recidiva infraquinquennale;
- c. se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente l'esecuzione della pena.

3. recidiva monoaggravata: ricorre una sola delle circostanze ora enunciate. Se ricorre più di una di quelle circostanze si parla di recidiva pluriaggravata, in tal caso l'aumento di pena è della metà. Quanto all'ipotesi di recidiva monoaggravata sub a. a norma dell'articolo 101, reati della stessa indole sono non soltanto quelli che violano la stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pur essendo pervenute da disposizioni diverse, nondimeno, per la natura di fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinano, presentano nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni. La giurisprudenza inoltre spesso considera reati della stessa indole quelli che sono sorretti dallo stesso motivo e in concreto ledono o pongono in pericolo beni giuridici omogenei così da risultare episodi non occasionali ma proiezioni specifiche della personalità dell'imputato.

Quanto alle ipotesi di recidiva monoaggravata sub c, l'aggravante di cui all'articolo 99, trova il suo fondamento nell'accentuata in sensibilità al rispetto della legge manifestata da chi non si è lasciato ammonire né dalla precedente condanna né dall'esecuzione della pena.

4. recidiva reiterata: qualora chi è già recidivo commetta un nuovo delitto non colposo. Presupposto della recidiva reiterata è una precedente condanna con la quale il soggetto sia stato sottoposto all'aumento di pena previsto per una qualsiasi forma di recidiva: non basta che il soggetto potesse essere considerato recidivo, se non lo è stato in concreto. Ai fini della recidiva reiterata rileva anche una precedente condanna nel quale l'aumento di pena disposto dal giudice sia stato in concreto neutralizzato nell'ambito del giudizio di bilanciamento delle circostanze.

La misura dell'aumento di pena per la recidiva reiterata varia a seconda della forma di recidiva ritenuta nella prima condanna: se si tratta di recidiva semplice, l'aumento è della metà; che se si tratta di recidiva aggravata, l'aumento è di due terzi.

A dispetto dei dubbi avanzati da alcuni tra i primi commentatori della riforma del 2005, anche la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata hanno tuttora carattere facoltativo. La struttura della recidiva infatti è quella delineata dal primo comma dell'articolo 99, mentre i commi successivi si limitano a derogare alla disciplina dettata dal primo comma in relazione all'entità degli obblighi di pena. Soltanto in relazione all'ipotesi di recidiva contemplate all'articolo 99 comma 5, il legislatore afferma che l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio: a decisiva conferma dunque che nei casi di cui ai commi Precedenti, l'aumento di pena è invece facoltativo.

Una serie di ipotesi di recidiva obbligatoria è infine contemplata nell'articolo 99 comma 5, il quale dispone che se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407 comma 2 lettera a. del codice di procedura penale, l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio.

I delitti in questione sono quelli ricompresi in un catalogo tassativo fornito da una norma del codice di procedura penale che fissa termini di durata massima delle indagini preliminari. Si tratta di delitti gravi, tra i quali per esempio associazione mafiosa e delitti degli associati, strage, omicidio doloso, sfruttamento sessuale dei minori, associazione sovversiva e banda armata.

A ciascuna delle forme di recidiva facoltativa contemplate nei primi quattro commi dell'articolo 99, la

disposizione del comma 5 affianca altrettante forme di recidiva obbligatoria, sottoposte, agli stessi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa; quanto alla misura dell'aumento di pena, una deroga è stabilita soltanto per la recidiva obbligatoria monoaggravata, per la quale l'aumento di pena spazia da un terzo alla metà, mentre la corrispondente ipotesi di recidiva facoltativa prevede un aumento di pena fino alla metà.

Effetti.

Il più importante effetto della recidiva è rappresentato da un aumento della pena principale che il giudice infliggerebbe per il reato semplice. L'entità della pena per la recidiva è stata in generale inonanzata dalla riforma del 2005. Sempre per effetto di tale riforma, gli aumenti di pena sono ora previsti in misura fissa dalla legge. Solo per la recidiva monoaggravata la misura dell'aumento tuttora discrezionale. Un rilevante limite agli aumenti di pena è previsto nell'articolo 99 comma 6, a norma del quale in nessun caso l'aumento di pena, per effetto della recidiva, può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato. Ne segue che se il cumulo delle pene inflitte con la precedente condanna è inferiore all'aumento che dovrebbe essere apportato per la recidiva secondo le regole ordinarie, l'aumento andrà contenuto entro il limite segnato dalla pena o delle pene precedentemente inflitte.

la recidiva può comportare per il condannato conseguenze sanzionatorie ulteriori rispetto all'aumento di pena, che si inquadrano tra gli effetti penali della condanna. Chi sia stato condannato con l'aggravante della recidiva non può fruire della forma di detenzione domiciliare previste dall'articolo 47 ter comma 1 dell'ordinamento penitenziario a favore di colui che al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i 70 anni di età.

Altri effetti penali conseguono alla recidiva aggravata e alla recidiva reiterata: tra l'altro al recidivo aggravato e al recidivo reiterato non si applicano l'amnistia, l'indulto, la prescrizione della pena; mentre la liberazione condizionale e la riabilitazione sono sottoposte a condizioni più restrittive di quelle comuni.

La gamma degli effetti penali della sola recidiva reiterata è stata fortemente ampliata con la riforma ex Cirilli del 2005 è percorrere ora una serie di istituti del diritto penale sostanziale, del diritto penitenziario e del diritto processuale penale. Quanto al diritto sostanziale, al recidivo reiterato si applica un trattamento meno favorevole, nel quadro del concorso di circostanze, del concorso formale di reati e del reato continuato, delle circostanze attenuanti generiche e della prescrizione del reato. Quanto al diritto penitenziario e processuale penale, il regime peggiore riguarda i permessi premio, alla semilibertà, la detenzione domiciliare: inoltre a norma dell'articolo 58 quater dell'ordinamento penitenziario, l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta; infine, il recidivo reiterato non può essere ammesso la sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna ex articolo 656 comma 5 c.p.p.: con la conseguenza che per il recidivo reiterato l'accesso alle misure alternative presuppone necessariamente il passaggio attraverso il carcere.

Complessivamente al recidivo reiterato si riserva oggi uno statuto penale di estrema è spesso ragionevole severità. Tanto accanimento nei confronti del recidivo destano perplessità ancora maggiore se si considera che nella prassi, la parte più consistente di recidivi non sono autori di reati gravissimi, ma tossicodipendenti, autori di spaccio e/o di piccoli reati contro il patrimonio.

14. Le circostanze che riguardano l'imputabilità.

Altre circostanze inerenti alla persona del colpevole sono quelle che riguardano la imputabilità.

Si tratta sia di circostanze attenuanti, sia di circostanze aggravanti: tutte a efficacia comune, comportando rispettivamente una diminuzione o un aumento fino a un terzo della pena che dovrebbe essere inflitta per il reato semplice. Al pari di ogni altra circostanza, partecipano al giudizio di bilanciamento ai sensi dell'articolo 99.

È prevista una circostanza attenuante per chi, nel momento in cui commesso il fatto:

1. era affetto da vizio parziale di mente;
2. era affetto da sordomutismo, quando il sordomutismo comporti una capacità di intendere e di volere grandemente scemata;
3. aveva un'età compresa fra i 14 e i 18 anni, ed è stato riconosciuto imputabile;
4. Si trovava in uno stato di ubriachezza o sotto l'azione di sostanze stupefacenti derivate da caso fortuito o da forza maggiore, e tali da scemare grandemente la capacità di intendere o di volere;

5. Era affetto da cronica intossicazione da alcol o da sostanze stupefacenti tali da scemare grandemente la capacità di intendere o di volere.

È prevista una circostanza aggravante per chi, nel momento in cui ha commesso il fatto:

1. Si trovava in stato di ubriachezza ovvero sotto l'azione di stupefacenti preordinate al fine di commettere il reato di prepararsi una scusa.
2. Si trovava in stato di ubriachezza abituale o era dedito all'uso di sostanze stupefacenti.