

NOVISSIMO
DIGESTO ITALIANO

DIRETTO DA
ANTONIO AZARA e ERNESTO EULA

XIX

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

stica? Ovvero si può prospettare la possibilità di una concezione non-formalistica (che potrebbe chiamarsi perciò *morfologica*) della teoria generale del diritto, condizionata cioè dalla sua stretta adesione all'esperienza giuridica nella sua fatticità?

Mentre la concezione formalistica, sostenuta da una tenace tradizione legalistica ed esemplata in maniera grandiosa e suggestiva nell'opera di Kelsen, è largamente nota, accolta ed applicata, la diversa concezione, ispirata dalle nuove esigenze culturali affiorate nell'ambito delle scienze umane nella seconda metà del presente secolo, va trovando solo in questi ultimi anni diffusione e riconoscimenti. È bene sottolineare, come essa costituisca una decisiva innovazione rispetto alle varianti dottrinarie, di derivazione ottocentesca, che tenevano fermo al vecchio sociologismo positivista, e che hanno contrastato invano il passo all'affermazione della corrente formalistica: un documento caratteristico di tale contrasto appare, per es., la replica di GROPPALI all'opera di BOBBIO. D'altra parte, la nuova concezione della teoria generale del diritto differisce anche dalle più recenti rielaborazioni della dottrina kelseniana, che hanno fatto ricorso all'uso delle nuove tecniche filosofiche di analisi del linguaggio e di logica deontica e simbolica, per presentare il modello formalistico in una formulazione ancora più rigorosa e ancora più astratta dall'esperienza giuridica.

Sulla considerazione non-formalistica del mondo del diritto, e sulla genesi di una adeguata criteriologia per la delineazione di una rinnovata teoria generale del diritto, hanno influito gli apporti di pensatori e di ricercatori anche appartenenti a discipline diverse da quelle giuridiche: basterà citare l'importanza assunta della nozione di « struttura » nei più vari campi della cultura odierna, compresa quello giuridico. Fra i contributi forniti dalla dottrina italiana, particolare risalto acquista tuttavia il ricorso fatto a quella nozione da SANTI ROMANO ancora in anni precedenti alla diffusione dello strutturalismo; si può anzi assumere, come paradigmatico per il metodo proposto, il suo ultimo libro, in cui egli riuscì, nella apparente frammentarietà di composizione, « a vedere nel suo interno la realtà del diritto, a coglierla nel suo interno organizzarsi e nel suo vivere diretto » (CAPOGRASSI).

Nella scienza giuridica odierna l'insoddisfazione critica per la dottrina formalistica ha trovato espressione anche in altre sedi, ed essa ha anzi ricevuto precisa denuncia da parte di autori appartenenti a settori di indagine tra loro differenziati per metodi, per interessi specifici e per presupposti culturali. Si va da G. GUARINO, per il quale « la materia della teoria generale non è formata da norme giuridiche (...) ma essa opera direttamente sui fenomeni nella loro naturalità », a P. ROUBIER, il quale ha collocato al centro della teoria generale del diritto la nozione di « situazione giuridica », definita come « un complesso di diritti e di doveri, di prerogative e di obblighi, che si crea intorno ad un fatto, o uno stato, o un atto, capace di generare effetti giuridici »; nozione ripresa, con originale ripensamento, anche nelle ricerche del FALZEA.

I due principi euristici fondamentali di « struttura » e di « situazione giuridica » costituiscono le due polarità d'attrazione e di organizzazione, intorno alle quali si collegano e si integrano fra loro le nuove soluzioni non-formalistiche delle questioni di una teoria generale del diritto, considerata non già come contrapposta alla filosofia del diritto, ma come l'esplicazione e la conferma sperimentale (ragionata cioè nel contesto dell'esperienza giuridica offerta dagli ordinamenti giuridici positivi) della stessa filosofia del diritto, alla quale compete la ricerca dei principi unitari e direttivi

dell'indagine. Caratteristica di una teoria generale del diritto intesa in tal modo, è quella di essere sostenuta da una sua struttura problematica ed articolata, non irrigidita negli schemi di una sistematica astratta; per poter procedere secondo un'apertura costante sulla realtà giuridica, normativa ed extranormativa. Altra caratteristica è quella di fare centro e perno dell'indagine, di volta in volta, su una situazione giuridica considerata nella sua particolarità e nella varietà delle sue dimensioni.

Per questi motivi, non è possibile prospettare una cartina topografica generale e sommaria di una teoria generale del diritto: essa va intesa come una ricerca in movimento, attenta alle situazioni topiche piuttosto che ai caratteri tipici od alle pseudo-categorie, sollecitata e guidata dalla ragionevolezza del discorso e dalla concretezza dei riferimenti particolari, invece che dalla razionalità astratta, mantenendo vigile ed agile la dialettica del pensiero.

Prof. VITTORIO FROSINI
Ord. di Fd. del dir. nell'Univ. di Catania.

TEORIA GENERALE DEL REATO.

BIBLIOGRAFIA. — Si consultino, in primo luogo, le pubblicazioni a carattere manualistico e trattatistico, nelle pagine specificamente dedicate al reato in generale.

Quanto alle monografie, è opportuno precisare che la bibliografia, essenzialissima, non si estende a tutte le trattazioni nelle quali sono affrontati problemi che attengono all'analisi del reato ovvero al reato in generale, bensì è limitata a quelle opere che, anche per esplicita intenzione, si riferiscono esclusivamente a profili di teoria generale del reato. Si vedano, pertanto: FR. ALMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, 1938; ALTAVILLA, voce *Reato* (*Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, 1939, pag. 1229 e segg.); BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1913; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906; BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933; Id., *Lezioni di diritto penale. Il reato*, 1943; CORDOBA RODA, *Zum Verbrechenbegriff im spanischen Strafrecht* (*Festschrift für R. MAURACH*, 1972, pag. 629 e segg.); DELITALA, *Contributo alla nozione del reato* (*Riv. It. Sc. Giur.*, 1926, 281 e segg.); Id., *Il « fatto » nella teoria generale del reato*, 1930; DORNA GRAY ZU, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª ediz., 1950; FRAGOSO, *Aportaciones sobre o concerto de crime in direito societico* (*Rev. Bras.*, 1964, 67 e segg.); GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968; GERMAN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942; GOLDSCHMIDT, *Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato* (*Riv. It. Dir. Pen.*, 1934, 293 e segg. e 437 e segg.); JESCHKE, *Die Entwicklung des Verbrechenbegriffs in Deutschland seit Belling im Vergleich mit der österreichischen Lehre* (*ZStW*, 1961, 73, 179 e segg.); Id., *Delito y sancion en la teoría y en la realidad del marxismo leninismo* (*Estudios jurídicos en homenaje al prof. Luis Jiménez de Asua*, 1964, pag. 73 e segg.); LYON, *Der Verbrechenbegriff in der Strafrechtswissenschaft der D. D. R.*, 1960; MAYER, *Der Verbrechenbegriff in deutscher Strafrecht*, 1938, pag. 73 e segg.; MAURACH, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico* (*Riv. It. Dir. Pen.*, 1949, 637 e segg.); MOOS, *Der Verbrechenbegriff in Österreich im 18 und 19 Jahrhundert*, 1968; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, 1960; PETTUOLLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, 1954; RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre* (*Festschrift für Frank*, 1930, vol. I, pag. 158 e segg.); RAVEZZA, voce *Reato* (*Digesto Italiano*, vol. XX, parte I, 1911-15, pag. 289 e segg.); SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihre Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930; SCHIMMBAUSER, *Zur Systematik der Verbrechenlehre* (*Gedächtnisschrift für G. RADBRUCH*, 1968, pag. 268 e segg.); WELZEL, *Das neue Bild des Verbrechenbegriffs*, 4ª ediz., 1961; ZIMMERMANN, *Der Aufbau des Verbrechenbegriffs*, 1930.

Per una bibliografia più specifica rinviamo alle singole note della voce, non senza precisare, però, come anche tali richiami non abbiano alcuna pretesa di completezza, data la mole di studi che, magari indirettamente, accennano ad aspetti della « teoria generale del reato » pur nel significato che ad essa si è attribuito nella voce stessa. I richiami dottrinali in nota vogliono semplicemente dar conto al lettore delle opere che maggiormente hanno ispirato, anche in chiave polemica, i singoli passaggi argomentativi della trattazione.

SOMMARIO. — 1. Cenni introduttivi. — 2. I molteplici profili e obiettivi della teoria generale del reato: a) teoria generale del reato e condizionamenti giusnaturalistici ovvero tendenze della teoria generale del reato «ad aggirarsi per i sentieri del diritto naturale»; b) tentativi di connotare il reato da un punto di vista sostanziale come obiettivo della teoria generale del reato; c) prospettive per una definizione sostanziale del reato in chiave costituzionale: limiti alla configurazione legislativa di illeciti penali e alla cosiddetta depenalizzazione; d) tendenza ad elaborare la teoria generale del reato con esclusivo riferimento al sistema positivo e rilevanza dei principi costituzionali; e) rapporti fra la teoria generale del reato e la parte generale del Codice Penale; f) dogmatica del reato e dogmatica dell'autore nel quadro della teoria generale del reato: tentativi di risolvere la dogmatica del reato nella dogmatica dell'autore nella Germania nazista; g) segue: accostamento tra la concezione materiale del reato nei Paesi socialisti e la teoria nazista del tipo normativo d'autore; h) la ricostruzione di un significato unitario della locuzione normativa «reato» come oggetto eventuale della teoria generale del reato; i) cenni conclusivi sul significato e sul contenuto che attualmente vanno attribuiti alla teoria generale del reato. — 3. I connotati essenziali del reato: l'illecito penale come illecito di fonte esclusivamente legislativa. — 4. Illeciti extrapenali e principio di legalità. — 5. L'illecito penale come illecito a formulazione tassativa. — 6. Il reato in rapporto agli illeciti extrapenali sotto il profilo della tipicità e della tassatività. — 7. Significato e limiti di validità della connotazione dell'illecito penale come illecito di modalità di lesione. — 8. L'illecito penale come illecito personale: a) art. 27, 1° comma, Cost. e responsabilità penale per fatto proprio; b) art. 27, 1° comma, Cost. e responsabilità penale per fatto proprio colpevole; c) il carattere personale dell'illecito penale e gli illeciti extrapenali; d) la concezione «personale» dell'illecito penale e il cosiddetto *Gesamungstrafrecht*; e) varietà di accezioni della locuzione «personales Unrecht» nella dottrina tedesca; f) considerazioni conclusive. — 9. L'illecito penale quale illecito formale a contenuto necessariamente lesivo: a) nozione formale e nozione materiale di anti giuridicità penale e art. 25, 2° comma, Cost.; b) varietà di accezioni della cosiddetta adeguatezza sociale e limiti di rilevanza nel sistema penale vigente; c) concezione realistica del reato e recenti interpretazioni dell'art. 49, 2° comma, C. Pen.; d) raffronto tra la concezione realistica del reato e la concezione materiale del reato nei Paesi socialisti; e) esame di talune obiezioni mosse alla concezione realistica del reato; f) bilancio critico sulla portata e sulla funzione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen.; g) la concezione dell'illecito penale come illecito formale a contenuto necessariamente lesivo e la Costituzione (art. 25, 2° comma, e 27, 3° comma, Cost.); h) riflessi della costituzionalizzazione della concezione realistica dell'illecito penale nei confronti di talune categorie di reati: delitti di attentato, reati a pericolo presunto e reati a dolo specifico; i) in particolare: i reati cosiddetti di espressione alla luce del principio costituzionale espresso dagli art. 25, 2° comma, e 27, 3° comma, Cost.; j) concezione realistica del reato e compiti attuali dell'interprete in materia penale. — 10. Rilevanza dell'art. 27, 2° comma, Cost. nella determinazione dei connotati essenziali dell'illecito penale. — 11. Considerazioni conclusive e tentativo di elaborare una definizione del reato che ne sintetizzi i connotati essenziali.

1. Le aspettative che un'indagine dedicata alla «teoria generale del reato» può creare sono indiscutibilmente notevoli. La particolare suggestione esercitata dai modelli classici di trattazione sull'argomento predispongono infatti il lettore ad attendersi da una «teoria generale del reato» un'opera di raffinata analisi delle singole componenti del reato ovvero di sintesi dogmatica, in relazione ai delicati giochi di equilibri e di alternanze tra concezione analitica e concezione unitaria dell'illecito penale. Tali aspettative, se condivise anche dal nostro lettore, sono destinate — è bene chiarirlo fin dall'inizio — a rimanere deluse. Scopo della nostra indagine è, infatti, cercare di cogliere, muovendo principalmente dalle norme che la Costituzione detta in materia penale a livello di sintesi, i connotati essenziali, ovvero il «volto» dell'illecito penale nel sistema

positivo italiano. Compito agevolato dal fatto che la Costituzione del 1948, a differenza delle Costituzioni di altri Paesi, offre a tal fine preziosi strumenti i quali risultano vieppiù potenziati se, accanto alle norme che esplicitamente concernono l'illecito penale, si considerano quelle altre normative che, pur attenendo alla funzione della pena, in una prospettiva «teleologica» del reato, finiscono per condizionarne altresì la struttura.

Il taglio da noi impresso alla teoria generale del reato non è il frutto di una scelta arbitraria e di comodo, ma è l'espressione di una scelta consapevole e, crediamo, metodologicamente corretta. E infatti: in primo luogo, riteniamo (e lo verificheremo meglio esaminando i vari modi in cui è stata intesa la teoria generale del reato) che la teoria dell'illecito penale, per essere veramente generale, debba cercare di individuare quei dati che lo connotano nella sua globalità rispetto agli altri tipi di illecito, utilizzando i risultati acquisiti tramite l'analisi dei singoli elementi costitutivi. In secondo luogo, la teoria generale del reato, così intesa, consente di cogliere in tutta evidenza lo scarto esistente attualmente tra il volto che l'illecito penale assume nella normativa costituzionale e il volto che esso conserva nella normativa penale ordinaria. È una situazione antinamica che ha alle proprie origini molteplici cause. E principalmente, a nostro avviso, come verremo meglio rilevando nel corso dell'indagine: la tendenza ad interpretare le norme costituzionali in materia penale alla luce delle norme ordinarie (1); la frequente utilizzazione da parte della Corte Costituzionale dello strumento ambiguo delle sentenze interpretative (2); e, infine, la generale tendenza ad impostare le questioni di legittimità costituzionale con riguardo più all'aspetto descrittivo che non a quello contenutistico (valori e beni tutelati) della norma penale. Una teoria generale del reato del tipo prospettato trova, pertanto, la sua giustificazione in un momento, qual è quello attuale, contrassegnato da delicate «attese politiche», alle quali potrà far seguito o un'accelerazione o un rallentamento del processo di realizzazione degli adempimenti costituzionali. Nella prima eventualità, l'elaborazione di una teoria generale del reato nella chiave descritta potrà contribuire a far combaciare i due volti dell'illecito penale; nella seconda eventualità, l'indagine varrà soltanto a puntualizzare i termini di un'antinomia che diventerà cronica.

E da ultimo: la teoria generale del reato così intesa appare anche consona ai limiti di una voce d'enciclopedia la quale presuppone necessariamente già esaurita, attraverso voci autonome, l'analisi dei singoli elementi costitutivi del reato.

2. a) Pur non avendo la pretesa di elaborare un saggio sul metodo e sull'oggetto della teoria generale del reato, riteniamo utile preliminarmente illustrare alcuni fra i principali modi di affrontare ed impostare detta teoria. Assorbente è, anzitutto, la contrapposizione fra una teoria che si muove e si sviluppa su di un terreno rigorosamente normativo, o meglio, sul piano di un concreto ordinamento penale, vigente in un dato Paese in un certo momento storico, e una teoria che sia facile preda di suggestioni giusnaturalistiche o razionalistiche, ovvero che si avventuri sui sentieri del diritto naturale. Alcune precisazioni si rendono in proposito necessarie. Anzitutto, nel primo

(1) Ribadisce, di recente, l'incongruenza di una «lettura» delle «norme fondamentali» con la chiave offerta da concetti estratti dalla legge ordinaria, MARISUCCI, *Il reato come azione*, Milano, 1971, pag. 172.

(2) Sul problema se la sentenza «interpretativa» della Corte

Costituzionale mascheri un atto collegiale di viltà e sia un compromesso malamente combinato, nonché sulla proposta di renderla vincolante in via legislativa cfr. G. BRANCA, *Sentenze interpretative e agiografia (Politica del diritto, 1971, 655 e segg.)*, in polemica con G. Amato.

filone non sarebbe corretto ricondurre quelle teorie che fanno generico riferimento alla « norma », al « diritto » o ai « sistemi normativi ». Come è stato acutamente sottolineato (1), in tal modo « si finisce infatti col sostituire un apriorismo con un altro apriorismo: al posto del giusnaturalistico riferimento alla « natura delle cose » o « all'essenza dell'uomo » o della « vita », si pone un altrettanto apodittico e giusnaturalistico riferimento alla « essenza » della norma, del diritto o dei sistemi normativi ». Quanto al secondo filone, pur essendo disposti a riconoscere la validità dell'asserto per cui « se mai vi è stato un ambito del diritto in cui il pensiero del diritto naturale ha posseduto un particolare valore, questo è l'ambito del diritto penale » (2), e pur ammettendo che la tendenza a recepire suggestioni razionalistiche o giusnaturalistiche si delinea più frequentemente in sede di teorizzazioni generali che non sul piano interpretativo, è esente da contestazioni il rilievo secondo cui attualmente nessuna teoria generale del reato poggia più *esclusivamente* su tali basi. Sono, infatti, ormai lontani i tempi in cui la Scuola classica analizzava in Italia il reato come ente astratto, in virtù dei criteri razionali e al di fuori di espliciti agganci al diritto positivo (3). Tracce di questa tendenza possono, fra l'altro, riscontrarsi nel pensiero di chi (4) si propone di ricercare le « costanti » penalistiche, sempre che tale ricerca si muova, non sul terreno del raffronto storico e dell'analisi comparativa tra i vari sistemi penali positivi, ma su di un piano astratto rispetto al quale le « costanti » si delineano come categorie logiche del pensiero giuridico penale (5).

Al secondo filone sopra indicato e delimitato è riconducibile la dottrina germanica anche successiva alla seconda guerra mondiale (6): in Germania, infatti, la « carta del diritto naturale » è spesso giocata per fronteggiare « esigenze della prassi », in un certo contesto storico, politico e normativo ben preciso (7).

Non va trascurata la scarsità di definizioni di concetti di parte generale nel Codice Penale tedesco: si pensi, ad es., alla influenza che tale carenza di normativa concernente l'elemento soggettivo può avere esercitato sull'elaborazione della nozione « materiale » di colpevolezza. A ciò si deve aggiungere sia la minore attenzione che il costituente tedesco dedica alla materia penale, sia la minore utilizzazione dottrinale di quelle norme costituzionali (es.: il 103 corrispondente al nostro art. 25, 2° comma) che, accortamente appli-

cate, potrebbero circoscrivere il ruolo di elementi ultralegali nella teoria generale del reato.

A prescindere da tali rilievi, è in ogni caso opportuno ribadire che in Germania ragioni storico-dottinatriche (8) hanno spinto la dottrina ad evocare punti di vista aprioristici e ultralegali; l'elaborazione di una antigiuridicità materiale in contrapposizione a quella formale e di una colpevolezza in senso materiale a fronte di quella in senso formale è servita, si è rilevato (9), « per andare alla « scoperta » di nuove cause di giustificazione o di esclusione della colpevolezza, oltre quelle codificate, al dichiarato scopo di colmare pretese o reali « lacune » rilevate per giunta in seno a una legislazione (come la tedesca) « nata vecchia » sotto la spinta di drammatiche e sempre inedite esigenze della prassi ».

Non vi è alcun dubbio che in Italia l'indirizzo tecnico-giuridico (10) abbia condizionato l'elaborazione anche attuale della teoria generale del reato nel primo dei due sensi ipotizzati (11). Questo indirizzo — animato dallo stesso sdegno che, in una prospettiva ideologica diversa (12), alla fine del secolo scorso BENTIVO (13) manifestava per coloro che rifiutano il lavoro e la fatica che costa « l'arte di dedurre un diritto penale scientificamente valido dalle leggi penali » perché « ancora avvezzi alla facile arte giusnaturalistica », alla facile arte, cioè, di dedurre concetti da proposizioni giusnaturalistiche non verificate né verificabili — ha praticamente indotto la dottrina penalistica italiana, ininterrottamente fino ad oggi, a giocare raramente la carta del diritto naturale sia in sede di analisi del reato, sia in sede di valutazione sintetica del medesimo. Tale tendenza si è ulteriormente rafforzata grazie alle indicazioni nettamente giuspositivistiche, e anzi, giuslegalistiche che la Costituzione (art. 25, 2° comma) fissa in materia penale. È ovvio che le suggestioni metapositive talvolta finiscono, non sempre consapevolmente, per riemergere: pur non potendo, dati i limiti dell'indagine, analizzare questi occasionali ritorni sulla strada del diritto naturale, è da sottolineare che ad una matrice giusnaturalistica va ricondotta la stessa configurazione, che forse trova anche il suo appiglio in un linguaggio normativo non sempre coerente (14), del reato « immune da pena » (15). Altro è, viceversa, il discorso da fare — e non ne mancherà l'occasione nell'ulteriore sviluppo dell'indagine — con riguardo all'attuale tendenza, più giurisprudenziale che dottrinale (16), a superare l'equivoco insito nel vincolo le-

(1) MARINUCCI, *Il reato come azione* cit. pag. 32.

(2) Così WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, pag. 32.

(3) Sulla concezione del delitto come ente giuridico soprattutto in Francesco Carrara cfr., di recente, alcuni precisi accenti in BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni* (Riv. intern. fil. dir., 1972, 34 e segg.). Nell'opera di Francesco Carrara, soprattutto nei settori concernenti la parte speciale del diritto penale, è sempre implicito il riferimento alla codificazione penale del Granducato di Toscana.

(4) È il caso di NUVOLONE, *I fini e i mezzi della scienza del diritto penale* (Trent'anni di diritto e di procedura penale, vol. I, Padova 1969, spec. pag. 154-155.)

(5) Ben chiara è la distinzione fra questi due aspetti dell'individuazione delle « costanti » e ben decisa l'affermazione della necessità del raffronto storico-comparativo in NUVOLONE, *I fini e i mezzi*, op. e loc. cit. Certamente tale raffronto rende, a nostro avviso, molto più labili le costanti: così, ad es., l'incriminazione dell'omicidio può dirsi una costante nei vari sistemi positivi, ma la disciplina dei limiti scriminanti di tale incriminazione registra varianti cospicue.

(6) Sul punto si vedano soprattutto i lavori di BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, passim; e *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, pag. 61 e segg.

(7) Cfr. MARINUCCI, *Il reato come azione* cit. pag. 33.

(8) Sono utili per la ricostruzione di tali ragioni i lavori di BARATTA citati alla nota (6).

(9) MARINUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 33.

(10) In merito a tale indirizzo, all'influsso che esso ha esercitato sulla scienza penale italiana e alle alternative critiche che nei suoi confronti si sono venute prospettando dal '30 in poi, cfr. BARATTA, *Filosofia e diritto penale* cit., pag. 46 e segg.

(11) Va rilevato che le stesse alternative critiche che si sono venute via via prospettando nei confronti dell'indirizzo tecnico-giuridico non costituiscono eccezioni rispetto alla tendenza generale, decisamente prevalente in Italia, a fondare la teoria del reato sulla base esclusiva del diritto positivo.

(12) Manca nella storia del pensiero giuridico-penale italiano un serio tentativo di ricostruire le ragioni storiche ed ideologiche che hanno condizionato l'affermarsi dell'indirizzo tecnico-giuridico. Per un esame della sfasatura cronologica che connota l'affermazione di tale indirizzo in Italia rispetto alla Germania, cfr. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, pag. 482 e segg.

(13) *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. III, 1918, pag. 528.

(14) Sul significato non unitario della locuzione « reato » nelle varie norme del codice penale richiama l'attenzione fra gli altri, NERI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, pag. 435 e segg.

(15) Sulla eventuale configurabilità di un « reato immune da pena » nell'art. 44 C. Pen., cfr. di recente RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, 1971, pag. 65.

(16) Cfr. quanto si dirà soprattutto nei numeri 5 e 9 ff.

galistico ad un diritto penale positivo che in più parti è tuttora espressione dell'istituzione fascista, tramite il ricorso ad elementi metapositivi, anziché tramite una più accorta strumentazione del mezzo interpretativo che faccia più ampio uso dell'aggancio con la lettera e i valori della Costituzione.

L'influsso esercitato dall'indirizzo tecnico giuridico sulla teoria generale del reato in Italia, e sul suo quasi esclusivo aggancio al diritto positivo, ha resistito anche all'urto di correnti sicuramente distinte, almeno sul piano metodologico (1), dall'indirizzo stesso, quali, per es., la concezione realistica (2), la concezione teleologica (o dei valori) (3) ovvero la concezione finalistica nella sua versione italiana (4).

La premessa di tutto il discorso non è, tuttavia, esente da critiche. Si è autorevolmente (5) sostenuto che l'indirizzo tecnico giuridico non è riuscito a circoscrivere alle pure norme del diritto positivo l'oggetto della scienza penale: vi sono concetti, teorie, argomentazioni, che traggono *altrove* il motivo della loro validità. Fra i problemi, nella impostazione e nella soluzione dei quali il diritto positivo non ha molte parole da dire, si esemplificano quelli della bipartizione o della tripartizione nella struttura del reato, del fatto nella teoria generale del reato, del rapporto di causalità materiale, dell'evento giuridico e soprattutto quello della natura e degli scopi della pena. « Qui — rileva l'insigne Autore (6) — è la *Weltanschauung*, il credo religioso e la convinzione filosofica che decide; mentre il diritto positivo si limita a comminare anni di reclusione o di casa di lavoro » (7).

L'assunto può considerarsi formulato con riguardo ad ogni sistema positivo ovvero al « sistema positivo italiano ». Sotto il primo profilo esso può presentare un margine di validità nella misura in cui [si pensi, ad es., al Codice Penale tedesco (8)] un sistema non contenga definizioni esaurienti atte a risolvere i problemi di cui sopra. Sotto il secondo profilo l'assunto rivela una certa fragilità. Infatti: tutti, o almeno gran

parte (9) dei problemi accennati possono trovare una corretta soluzione in un'attenta interpretazione del diritto positivo, ovvero, per alcuni di essi [ed è una prospettiva trascurata per ragioni cronologiche (10) dall'illustre Autore] la soluzione può essere offerta dalle norme costituzionali che concernono la materia penale.

Accenniamo, a titolo esemplificativo, a taluno di questi problemi. Anzitutto, il problema della bipartizione o della tripartizione nella struttura del reato: l'esclusione della tripartizione legata ad una configurazione dell'antigiuridicità come assenza di cause di giustificazione, deve essere fondata sulla qualificazione di esse come elementi negativi del fatto; qualificazione che, è stato dimostrato (11), trova la sua conferma positiva, fra l'altro, nell'art. 59, ult. comma, C. Pen. Il concetto di « fatto » nella teoria generale del reato può essere agevolmente ricostruito (12) sulla base delle norme penali concernenti l'elemento psicologico e l'errore.

La scelta fra il concetto di antigiuridicità formale e il concetto di antigiuridicità materiale, nella misura in cui implica il rinvio a fonti extranormative, si risolve nel sistema positivo italiano a favore del primo ex art. 25, 2° comma, Cost. Il problema del rapporto di causalità materiale, che, in un sistema in cui fossero definitivamente bandite tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto proprio, troverebbe la sua adeguata soluzione tramite la tesi della *conditio sine qua non*, adeguatamente temperata mediante una più precisa « descrizione » dell'evento, trova oggi, in un sistema che, per svariati motivi, offre ancora spazio ad ipotesi (13) di responsabilità oggettiva, la propria soluzione nel criterio della « causalità » umana: l'unico che garantisca, anche se mediante una singolare commistione di elementi soggettivi ed oggettivi, un temperamento delle eventuali fratture con il principio della personalità della responsabilità penale, ex art. 27, 1° comma, Cost. Lo stesso concetto di azione indicato come terreno soggetto ad aperture giusnaturalistiche (14), può

(1) Resta, viceversa, ancora da chiarire se ed in quale misura talune di queste concezioni (concezione realistica e teleologica) siano differenziabili, soprattutto in periodo fascista, quanto a matrici ideologiche e politiche, dall'indirizzo tecnico-giuridico. Un'analisi approfondita porterebbe, probabilmente, ad escludere sette differenziazioni.

(2) Per un quadro di tale concezione che si pone in chiave di rettilinea « equitativa » di taluni eccessi del formalismo e del tecnicismo giuridico, cfr. ANTOLESE, *Il metodo nella scienza del diritto penale* (1937), (Problemi penali odierni, Milano, 1940, pag. 1 e segg.).

(3) È la concezione propugnata in tanti scritti, ora raccolti negli *Scritti giuridici*, Padova, 1966, vol. I e II, dal BETTOLLI. A conferma del fatto che anche questa alternativa critica all'indirizzo tecnico-giuridico non rappresenta una inversione di rotta rispetto alla generale tendenza, insaturata in Italia con tale indirizzo, ad impennare la teoria del reato esclusivamente sul diritto positivo, basti il rilievo secondo cui per il Bettoli il richiamo al fine o al mondo dei valori non significa mai aggancio ad un ordine di valutazioni antitetico o estraneo al sistema penale positivo, ma intrinseco ad esso.

(4) La scuola finalistica tedesca di WELZEL ha trovato principalmente seguito in Italia — ed è un fenomeno verificatosi a partire dagli anni '50 — nell'ambito della scuola napoletana: accenna ai riflessi di tale adesione, BARATTA, *Filosofia e diritto penale*, cit. pag. 50. Un più ampio esame trovasi in DANNEBT, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1963.

(5) NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale* (Trent'anni di diritto e di procedura penale, vol. I, cit. pag. 175).

(6) NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico*, op. e loc. cit. (7) Critica la pretesa del tecnico-giuridico di ricavare principi giuridici dal solo diritto positivo, volendo evitare questioni filosofiche, ritenute irrilevanti per il sistema scientifico, SPINATO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, 2° ediz., Torino, 1932, pag. 166 e segg.

(8) Sul tema, con riferimento anche all'importanza delle definizioni nell'*Entwurf* 1962, cfr. STRATENWERTH, *Die Definitionen*

in *Allgemeines Teil des E. 1962* (ZStw, 1964 (vol. 76), pagine 669 e segg.).

(9) Il rilievo del quale si discute può valere per concetti che, peraltro, si presentano evanescenti dal punto di vista del diritto positivo, come, per es., il concetto di « oggetto giuridico generico » elaborato da ARRUÑO ROCCO nella sua classica monografia (*L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1915). Cfr. sul punto NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico*, cit., pag. 172, il quale sembra, però, estendere tali rilievi allo stesso concetto, che è, viceversa, di diritto positivo, di oggetto giuridico specifico.

(10) Lo scritto di NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico*, op. e loc. cit., è il testo di una prolusione al corso ufficiale di diritto penale, tenuta il 3 febbraio 1949 nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Parma, in un'epoca, perciò in cui non si era ancora raggiunto da parte della dottrina penalistica più qualificata un sufficiente grado di sensibilizzazione in merito alla portata della normativa costituzionale nell'opera di ricostruzione dei concetti di teoria generale del reato.

(11) Cfr. C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, pag. 73 e segg.

(12) Per una panoramica delle varie accezioni della locuzione « fatto » nella scienza giuridica penale cfr. PAGLIARO, voce *Fatto* (Diritto penale) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, pagina 951 e segg.).

(13) Osserva il NUVOLONE, *I fini e i mezzi* cit. pag. 161 (nel quadro, però di un discorso a sfondo meramente logico e razionale, avente per oggetto l'ipotesizzazione dei vari istituti in un diritto penale soggettivo, oggettivo o misto) che « ... in un sistema misto ... tende ad imporsi un criterio che, pur tenendo conto del principio della *conditio sine qua non*, lo tempera con principi estranei alla dottrina della causalità e mutati sostanzialmente dalla dottrina della colpevolezza: vedi teorie della condizione qualificata, della causa efficiente e soprattutto della causa adeguata e della causa umana ».

(14) Così MANNUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 24, riferendo un caustico giudizio di Belling, sottolinea come il terreno dell'azione, più di ogni altro punto della teoria del reato, sia facilmente permeabile da elementi giusnaturalistici.

essere ricondotto sul piano normativo, se si respingono, com'è stato adeguatamente sottolineato dalla dottrina tedesca (1) e, di riflesso, da quella italiana (2), le sue naturali tendenze all'onnicomprensività (3).

Un altro esempio può essere offerto dai criteri adottati per disciplinare le ipotesi in cui due norme concorrono a regolare (apparentemente) la medesima fattispecie concreta. Nota il già citato Autore (4): «... E anche qui — ove si escluda il criterio della *specialità*, disciplinato legislativamente — l'alternativa viene risolta nel silenzio della legge, in base ai criteri di collegamento della *sussidiarietà*, dell'*assorbimento*, della *progressione*: criteri logici tutti, ma che sono fuori del diritto positivo » (5). In realtà il ragionamento potrebbe essere capovolto, ove si riconoscesse la fondatezza di quelle tesi, che, esclusa la rilevanza dei criteri logici predetti, si fondano su di un'ampia portata dell'art. 15 C. Pen. che consente di ricoprire una vasta gamma di ipotesi di concorso di norme.

Lo stesso problema dell'evento, che parrebbe maggiormente condizionato nella soluzione da opzioni extra-giuridiche, può trovare, come la dottrina più recente sulla scorta degli insegnamenti di M. GALLO (6) ha dimostrato, una corretta impostazione positiva.

Lo scoglio più difficile da superare sembrerebbe rappresentato dalla funzione della pena; giacché il disposto dell'art. 27, 3° comma, Cost. può non apparire risolutivo data la molteplicità di contenuti che, a prescindere dalla stessa svalutazione del dettato costituzionale (7), sono attribuiti dagli interpreti alla «rieducazione»: concetto che ciascuno riempie alla luce della propria *Weltanschauung* (8). L'apparente difficoltà è però, a nostro avviso, superabile qualora,

anziché interpretare personalisticamente il concetto di rieducazione, ovvero anziché ricostruirlo alla luce delle norme penali ordinarie, si dia al concetto una propria autonoma e oggettiva dimensione costituzionale, come si vedrà essere possibile.

Dimostrata la non decisività delle critiche mosse alla possibilità di costruire la teoria generale del reato su basi rigorosamente positive, devono essere chiariti alcuni eventuali equivoci.

Il riconoscimento dei meriti acquisiti dall'indirizzo tecnico-giuridico, per avere allontanato la teoria generale del reato dai sentieri del diritto naturale o extra-giuridico, non significa ancora da parte nostra adesione ai postulati dell'indirizzo. Respingiamo, infatti, nettamente la falsa apparenza di «neutralità» di cui l'indirizzo tecnico-giuridico ha voluto circondare il proprio metodo (9). È analogamente dicasi per la rigorosa esclusione dall'oggetto della teoria generale del reato di ogni possibile indagine sostanziale sul medesimo, ossia sui criteri e limiti relativi alla configurazione normativa di un reato. Si badi: tale atteggiamento, dettato dalla necessità, espressione di una mentalità ideologicamente autoritaria (10), di precludere all'interprete, così come al comune cittadino, ogni valutazione critica sulle scelte di politica legislativa, non può da noi essere accolto, sia per le diverse premesse ideologiche da cui si deve attualmente muovere, sia perché riteniamo che, in un sistema a costituzione rigida, il margine di scelta dei fatti da reprimere penalmente ad opera del legislatore non sia più esente da limiti.

E infine: egualmente critico è il nostro atteggiamento quanto alla identificazione, operata dall'indirizzo tecnico-giuridico, dell'oggetto della scienza giuridica penale (11) con lo studio del diritto positivo.

(1) Per un riesame vivace e accurato di tale dottrina cfr. MARINUCCI, *Il reato come azione cit.*, passim e, in particolare, pag. 48 e segg.

(2) In particolare da MARINUCCI, *op. cit.*, *passim*.

(3) Così MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 21.

(4) NUVOLOSI, *Introduzione a un indirizzo critico*, cit., pag. 172.

(5) Per un esame di tali criteri e del loro fondamento logico o anche positivo, si veda l'ampia monografia di F. MANTOVANI, *Concorso apparente di norme e concorso di reati*, Bologna, 1967.

(6) Dell'illustre Autore si veda soprattutto la voce *Dolo* (*Diritto penale*) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 1964, pagina 783 e segg.).

(7) Ovvero dalla tendenza già accennata ad interpretare l'art. 27, comma 3 alla luce dei connotati della pena risultanti dalla legge penale ordinaria.

(8) Così NUVOLOSI, *Introduzione a un indirizzo critico cit.*, pag. 175.

(9) Anche oggi del resto i richiami al diritto positivo come pretesto per depurare in senso «avalutativo» e «neutrale» l'operazione del giurista, non godono di un largo margine di credibilità.

(10) Il 1910, anno in cui ARTURO ROCCO tiene la sua prolazione, segue ad un periodo di intensi conflitti sociali che impongono una revisione delle teorie tradizionalmente liberali.

Interpretata perciò nel contesto della continuità della ideologia giuridica dominante, la matrice ideologico-politica dell'indirizzo tecnico giuridico non può essere definita semplicemente liberale: il tecnicismo riflette nel campo del diritto penale quella scelta autoritaria che il pensiero politico giuridico liberale aveva effettuato a causa delle particolari contingenze di carattere politico. Di questa ultima scelta già era possibile avvertire le tracce nello sviluppo del pensiero classico successivo a Carrara. La componente autoritaria stataalista del tecnicismo giuridico la quale serve a comprendere perché mai durante il fascismo tale concezione sia assolutamente predominante nel campo della scienza del diritto penale, va principalmente identificata nell'accentuazione esasperata che da tale indirizzo viene data al diritto positivo dello Stato, inteso come unica fonte. Perciò il tecnicismo giuridico esprime nella maniera più indicata ed incisiva la tendenza autoritaria e statale che stabilisce l'assoluta priorità dello Stato rispetto all'individuo e fa ciò non ipotizzando un presunto diritto naturale, com'era nello stile dei classici, bensì affermando categoricamente che l'unico diritto è quello positivo, quello che emana, cioè, dalla suprema volontà ed autorità dello Stato.

Tutto ciò conferma che esiste una connessione tra il pensiero giuridico-liberale penale (sia classico che positivista, escluse talune punte estreme di quest'ultimo che d'altronde proprio l'indirizzo tecnico-giuridico si propone di depurare) e il pensiero giuridico-penalistico autoritario, così come tale connessione esiste fra il regime liberale e quello fascista.

A nulla giova addurre il fatto che, viceversa, in Germania l'avvento del nazismo è caratterizzato da una venata di «irrazionalismo» e dal ripudio anche in materia penale del positivismo giuridico: le esperienze autoritarie, infatti, non seguono direttrici costanti ma hanno modelli variabili a seconda del contesto in cui si svolgono.

Per un più ampio esame delle matrici ideologiche dell'indirizzo tecnico-giuridico, cfr. le nostre dispense (ciclostilate) per il Corso di Istituzioni di diritto penale - Anno accademico 1971-72.

(11) Secondo l'indirizzo tecnico-giuridico, infatti al momento eseguitico ed a quello dogmatico dovrebbe aggiungersi quello critico, rivolto al superamento del diritto positivo *de iure condendo*. Senonché anche tale momento di «ricerca critica» deve essere giuridico, ossia deve avere come punto di riferimento il diritto positivo vigente o *nell'al più* il diritto positivo vigente di altri Stati; le valutazioni d'ordine sociale o politico, oltre ad essere precluse nel momento eseguitico e dogmatico, anche in sede critica vanno riservate alla politica criminale, o meglio, alla politica penale.

In tal modo, in forza del principio della divisione scientifica del lavoro, la scienza giuridica penale, detta anche «dogmatica penale» si distingue dalla sociologia, dall'antropologia e dalla politica criminale, nonché dalla storia e dalla filosofia del diritto.

Il penalista che pertanto usi lo strumento politico, in questo preciso momento, «fa gesto della toga del giurista, per vestire l'abito, sia pure altrettanto sincero del filosofo e del cultore di scienza politica» (*op. cit.*, pag. 293).

È chiaro che, rinchiudendo il giurista in una torre d'avorio, l'indirizzo tecnico-giuridico si propone, da un lato, di smorzare un certo piglio polemico e di critica delle norme penali, da un punto di vista politico, che, affiora in taluni giuristi e non solo in quelli appartenenti alla sinistra della scuola positiva; dall'altro, di troncare, in quanto estraneo allo stesso momento critico dell'attività del giurista, quel velleitarismo riformistico che, sia pure non derivante da una analisi in termini marxisti del reato e della società, connota i principali esponenti del positivismo criminologico (si pensi alla tesi dei cosiddetti sostitutivi penali).

Scopo dell'indirizzo tecnico-giuridico è dunque, quello di incanalare le frange della scuola classica e della scuola positiva,

Persuasive ci paiono in proposito le osservazioni di chi (1) ha indicato nella costruzione delle norme future l'oggetto ulteriore e più genuino della scienza giuridica. E cioè, altro è che la teoria generale del reato debba essere condotta in termini rigorosamente *positivi*, altro è che in ciò si esaurisca il compito del giurista in genere e del penalista in specie. Con una sola precisazione rispetto all'autorevole insegnamento: il giurista, nel momento in cui si occupa della costruzione di norme future, momento in cui hanno libero sfogo tutte le opzioni ideologiche e i dati metapositivi, non deve soltanto limitarsi ad approntare gli strumenti concettuali e tecnici per il conseguimento di quei fini di politica legislativa che altri (i politici) devono prefigurare. È una limitazione questa che appare doppiamente criticabile: da un lato, perché essa fa, dell'artificiosa contrapposizione tra giurista e politico, lo strumento per l'alienazione del primo dalla sfera decisionale (2); dall'altro, perché essa non tiene conto del fatto che spesso, in un sistema a costituzione rigida, le stesse finalità di politica criminale sono prefigurate e al legislatore e al politico dalla Carta costituzionale.

La teoria generale del reato, in conclusione, deve avere per noi come oggetto esclusivo il diritto positivo, inteso però non come un dato definitivo, ma come un *quid* che può essere mutato e alle cui modifiche strutturali il giurista, senza che con ciò esorbiti dai suoi limiti di competenza, deve cooperare.

b) Preliminare all'ulteriore sviluppo dell'indagine è la soluzione del quesito concernente la riconducibilità alla teoria generale del reato, intesa in senso rigorosamente positivo, della problematica relativa al reato «dal punto di vista sostanziale». A questo punto si rende indispensabile una precisazione al fine di evitare equivoci non solo d'ordine terminologico. Altro è, infatti, la concezione «realistica» o «materiale» del reato, altro la problematica del reato dal punto di vista sostanziale. Con la prima locuzione si vuole contrassegnare la tesi, secondo la quale per la sussistenza del reato non sarebbe sufficiente la mera conformità del fatto al modello legale, ma occorrerebbe l'effettiva lesione o messa in pericolo dell'interesse protetto dalla norma penale (concezione «realistica») ovvero di un interesse extranormativo (concezione «materiale» del reato). Con la seconda locuzione si vuole alludere ai quesiti relativi all'individuazione di un contrassegno sostanziale che connoti ogni forma di illecito penale e, conseguentemente, relativi alla determinazione dei motivi che inducono il legislatore a configurare un fatto illecito penale. È chiaro che un certo legame sussiste fra i due tipi di problemi, nel senso che una concezione la quale attribuisce maggior peso al profilo offensivo dell'illecito penale contribuisce, altresì, a porre in maggiore evidenza le «scelte» legislative. Con riguardo alla distinzione tra fase di for-

mazione, di posizione e di attuazione della norma (3), la concezione «realistica» o «materiale» del reato si riporta esclusivamente alla seconda fase, analogamente ad ogni tema di teoria generale o di analisi del reato: soltanto da una confusione fra la seconda e la terza fase discende, infatti, la classificazione fra gli elementi del reato della «conformità al tipo» (4). La problematica del reato dal punto di vista sostanziale oscilla, viceversa, tra la prima e la seconda fase: nel senso che il punto di partenza è, almeno per la maggior parte degli Autori, rappresentato dal diritto positivo, mentre il fine è costituito dalla determinazione delle scelte legislative (fase di formazione della norma).

Duplice è il modo in cui la dottrina (5) esamina il reato dal punto di vista sostanziale: o attraverso l'analisi del reato in sé considerato o attraverso il confronto tra il reato e gli altri illeciti dell'ordinamento. Scelta l'analisi del reato in sé considerato, duplice è, a sua volta, la via percorsa dagli studiosi.

Talvolta, ricercando i caratteri che l'azione umana dovrebbe presentare per essere incriminata, «non si fa altro che esprimere un'aspirazione *de jure condendo*, la quale, per necessità di cose, ha valore soltanto da un particolare punto di vista, e cioè in relazione a determinate idealità etiche, sociali e politiche» (6). L'ANTOLISEI, seguendo tale via, trasferisce nella problematica le proprie opzioni ideologiche, senza contribuire a chiarire il contenuto sostanziale che l'illecito penale presenta alla stregua del diritto positivo e senza delimitare in alcun modo i motivi che condizionano le scelte del legislatore, il quale non muove necessariamente da identiche opzioni ideologiche. Senza addentrarci in una critica, ormai scontata, delle singole definizioni, possiamo ritenere riconducibile a tale filone sia la definizione del MAGGIORANI (7), secondo la quale il reato, dal punto di vista sostanziale, è un fatto che offende gravemente l'ordine etico e per tale ragione non può essere tollerato dallo Stato; sia la definizione del cosiddetto «delitto naturale» fornita dal GAROFALO (8), per la quale reato è la violazione dei sentimenti altruistici fondamentali della pietà e della probità, secondo la misura media in cui si trovano nell'umanità civile, per mezzo di azioni nocive alla collettività; sia, infine (9), la definizione di FERRI-BERENINI (10), per la quale «sono azioni punibili (delitti) quelle determinate da moventi individuali (egoistici) antisociali, che turbano le condizioni di vita e contravvengono alla moralità media di un popolo in un dato momento».

Definizioni di questo tipo, espressioni della tendenza ad attingere alle radici dell'illecito penale in posizione spesso di antagonismo ideologico rispetto al diritto positivo, e frequentissime nella letteratura penalistica dell'ottocento e dei primi del novecento (11), si sono venute gradualmente esaurendo sotto l'influsso

depurando soprattutto quest'ultima dalle incrostazioni di tipo metagiuridico e dalle rivendicazioni di natura politica, verso un punto di meditazione tra i loro principi, come premessa ad una riforma legislativa. Ciò che avviene, soprattutto, in periodo fascista.

(1) NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, (Trattato di diritto e procedura penale, vol. I cit., pag. 205); ritiene che compito della scienza giuridica penale sia quello di «costruire il sistema delle norme attraverso la natura dei fatti e la logica del pensiero».

(2) In tal senso, DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penali* (Arch. Pen., 1958, I, 195 e segg.).

(3) Sulla distinzione fra questi tre momenti cfr. PETROCCELLI, *Riesame degli elementi del reato* (Ris. D. Dir. e Proc. Pen., 1963, 355).

(4) È assai preciso sul punto PETROCCELLI, *Riesame degli elementi del reato* cit., 344.

(5) Accenna a questa duplice prospettiva M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*. *Appunti di diritto penale*, Torino, 1963, pag. 5.

(6) Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1969, pag. 125.

(7) *Diritto penale, parte generale*, 5ª ediz., Bologna, 1951, pag. 189.

(8) *Criminologia*, 2ª ediz., Torino, 1891, pag. 2.

(9) È chiaro che si tratta soltanto delle principali definizioni citate a titolo esemplificativo. Ricordiamo, altresì, che per GRIGNANI, *Diritto penale italiano*, 2ª ediz., vol. I, Milano, 1947, pag. 144, sono reati, da un punto di vista sostanziale, quelle azioni che, a giudizio delle persone autorizzate a porre le norme giuridiche, rendono impossibile o mettono in grave pericolo l'esistenza e la conservazione della società.

(10) Cfr. BERENINI, *Offesa e difesa*, Pavia, 1884, pag. 148; FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, pag. 383.

(11) È facile averne conferma scorrendo non solo la manualistica, ma anche le riviste penalistiche (e, in particolare, la *Rivista penale*) di questo periodo.

di quelle motivazioni, anche d'ordine politico (1), che hanno condotto all'affermarsi dell'indirizzo tecnico-giuridico.

E non v'è oggi manuale di diritto penale (2) che, dopo una sommaria esposizione di tale modo di argomentare e di tali definizioni, non ne sottolinei l'incongruità e l'estraneità rispetto alla scienza giuridico-penale. Impostazione quest'ultima che noi — è bene ripeterlo — non condividiamo: esclusa la estraneità di tale modo di argomentare rispetto alla teoria generale del reato *stricto sensu*, ne riaffermiamo la rilevanza in quella sede di critica del diritto vigente e di costruzione delle norme che è pure oggetto, assai vitale, della scienza giuridica (3).

Sempre nella prospettiva dell'analisi del reato in sé considerato è, per le ragioni menzionate, più frequente che gli studiosi scelgano la via di desumere la nozione sostanziale del reato dal diritto positivo mediante un processo di generalizzazione.

È la strada che conduce, per es., una parte della dottrina (4) a fornire del reato la seguente nozione sostanziale: «È reato quel comportamento umano che, a giudizio del legislatore, contrasta coi fini dello Stato ed esige come sanzione una pena (criminale)». Senonché: anche una volta precisato che l'espressione «contrastata coi fini dello Stato» abbraccia non soltanto le azioni che nuocciono alla conservazione della società, ma anche quelle che ne ostacolano lo sviluppo, e cioè la violazione delle norme che hanno uno scopo puramente «evolutivo» (5); ovvero precisato che l'espressione «esige come sanzione una pena (criminale)» presuppone un giudizio di insufficienza delle altre sanzioni o di impossibilità di adottarle (6), la definizione di reato che ne scaturisce non è meno formale di quella per cui è reato «ogni fatto al quale l'ordinamento giuridico ricongiunge come conseguenza una pena» (7). E inoltre: tale definizione, se tenta di identificare, sia pure in forma generica, i motivi che conducono alla formulazione delle incriminazioni, non riesce affatto a delimitare la «scelta» legislativa. Lo stesso ANTOLISEI che formula la definizione riconosce, infatti, che (8): «...i giudizi sul contrasto fra le azioni umane e i fini dello Stato (i quali, del resto, non sono sempre gli stessi e — aggiungiamo noi — sono generici nella misura in cui non vengono ancorati al testo costituzionale) e sulla necessità della pena variano coi tempi e coi luoghi...».

Va sottolineato che nelle legislazioni dei paesi socialisti è frequente trovare, in apertura del Codice Penale,

una definizione sostanziale del reato, o meglio dei vari tipi di illecito penale (9), in cui il *genus* reato si suddivide. Sono definizioni che, pur consistendo spesso nell'enunciazione sintetica dei beni tutelati dalla legge penale (10), consentono all'interprete di ricavare i fini che lo Stato socialista persegue con la normazione penale e, quindi, i criteri ispiratori della scelta pre-normativa in forma ideologicamente più marcata. Non è, tuttavia, tale chiarificazione così pregnante da far ritenere vincolata la scelta del legislatore. Un parametro imprescindibile per la scelta è costituito in ogni modo dal requisito della pericolosità sociale che, come diremo più ampiamente in seguito, funge non solo da motivo ispiratore della normazione penale ma da elemento costitutivo (11) di ogni incriminazione; talché l'assenza o l'irrelevanza della pericolosità dell'azione (o dell'autore, talvolta) funge da causa di esclusione della punibilità (12).

La pericolosità sociale dell'azione, malgrado una certa univocità ideologica che il concetto possiede rispetto, per es., al concetto di dannosità sociale — che taluno (13) vuol porre a fondamento sostanziale implicito (14) del reato nel nostro sistema — non è un criterio così netto da far apparire vincolate *a priori* le scelte del legislatore penale in una società socialista (15).

La problematica del reato dal punto di vista sostanziale viene, altresì, impostata attraverso il confronto tra il reato e gli altri illeciti dell'ordinamento. In un primo momento questa distinzione si è cercata sul piano pre-normativo attraverso una serie di criteri, fra i quali vanno annoverati alcuni di quelli già menzionati (16). Prescindendo da un'analisi piuttosto scontata (17) dei singoli criteri, non resta che ribadire le critiche già sollevate a proposito dei criteri pre-normativi posti a fondamento dell'analisi del reato in sé considerato. Il fallimento di quest'indagine ha indotto gli studiosi a spostare l'attenzione sul piano post-normativo (18). In relazione a tale piano di valutazione, il criterio distintivo vien fatto coincidere o con il dato formale ed estrinseco (19) della sanzione, ovvero con taluni dati strutturali di regola riscontrabili, alla luce del sistema positivo, per l'illecito penale a differenza degli altri illeciti (connotazione dell'illecito penale come colpevole o come illecito di modalità di lesione) (20).

Impernata la distinzione sul tipo di sanzione, non ne deriva alcuna limitazione delle scelte legislative. E a nulla vale osservare, come già si è in precedenza rilevato, che «la scelta della sanzione... non avviene

(1) Cfr. soprattutto le note 10 e 11 della pagina 11.

(2) Cfr. ad es., il *Manuale di diritto penale* dell'ANTOLISEI, parte generale cit., pag. 125.

(3) Cfr. NUVOLONE, *Natura e storia cit.*, pag. 205.

(4) Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (Parte gen.)* cit., pag. 128.

(5) Sulle norme penali «propulsive» si veda, di recente, NAPPI MONCEA, *Il reato impossibile cit.*, pag. 80.

(6) Così ANTOLISEI, *op. e loc. cit.*

(7) È la definizione formale dalla quale prende le mosse ANTOLISEI, *op. e loc. cit.*

(8) *Op. cit.*, pag. 128.

(9) Cfr. ad es., il Codice Penale della Repubblica Democratica Tedesca (12 gennaio 1968), (*Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. I, Berlin, 1969, pag. 62).

(10) Nello stesso Codice Penale della Repubblica Democratica Tedesca citato alla nota precedente agli art. 1-8 sono stabiliti i fondamenti del diritto penale socialista, ossia le linee principali e l'ambito di tutela in cui opera il Codice; tecnica di codificazione, questa, più marcatamente ideologizzata ed estranea alle legislazioni penali di tipo occidentale.

(11) Per un quadro generale di tale problematica si veda NUVOLONE, *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità (Trent'anni di dir. e proc. pen.)*, vol. I, cit. pag. 538 e segg.)

(12) Per un esame delle norme e degli istituti che nella nuova legislazione penale sovietica fanno espresso riferimento alla «pericolosità sociale», si veda, NUVOLONE, *Pericolosità sociale dell'azione cit.* pag. 343.

(13) Così, ad es., ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen. (Parte gen.)* cit., pag. 153.

(14) Tale requisito affiora implicitamente quando, ad es., si individua il fondamento delle cause di giustificazione nell'assenza di «danno sociale»: così ANTOLISEI, *op. cit.*, pag. 207.

(15) Maggiori particolari sulla funzione di tale nozione nelle legislazioni dei paesi socialisti ci sono forniti da SOLNAR, *La nozione di pericolo derivante alla società dal reato nel diritto penale socialista (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1962, 1051 e segg.)*.

(16) Si veda M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato cit.*, pag. 6.

(17) Per un sommario accenno alle principali critiche nei confronti di questi criteri si veda ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen. (Parte gen.)* cit., pag. 129-30.

(18) Così M. GALLO, *op. e loc. cit.*

(19) Di carattere «estrinseco» può parlarsi a condizione che non si accolga, così come vedremo essere oggi doveroso in ossequio alla Costituzione, la concezione teleologica dell'illecito penale.

(20) L'illecito civile viene, per contro, ritenuto «di semplice lesione» così M. GALLO, *op. cit.*, pag. 8-9.

per puro capriccio...: la pena, essendo una sanzione onerosa anche per la comunità sociale, non viene adottata, se non quando i reggitori dello Stato ritengono che non se ne possa fare a meno» (1). Proficua ci sembra, per contro, la tendenza ad impennare la distinzione su taluni caratteri dell'illecito e, aggiungiamo noi, della sanzione penale, a condizione che, come meglio vedremo tra breve, si tenga conto nel riscontro dei medesimi soprattutto delle norme costituzionali in materia.

c) L'importanza dell'individuazione di un connotato sostanziale dell'illecito penale, che, scaturendo dall'analisi normativa, possa però servire a limitare le scelte pre-normative, ci pare emerga da taluni dati. Anzitutto, è di assoluta evidenza l'aumento graduale ma costante del numero degli illeciti penalmente sanzionati. Assai sintomatico è il processo di trasformazioni dell'illecito amministrativo in illecito penale: comportamenti che nello stato di polizia erano considerati illeciti amministrativi, all'instaurazione dello stato di diritto furono trasformati in reati, generalmente di natura contravvenzionale (2). Si ritiene (3) che la causa di questo fenomeno debba ravvisarsi nel fatto che la trasformazione dell'illecito amministrativo in reato costituiva, alle origini dello stato di diritto, l'unico mezzo per garantire il privato dagli arbitri dell'amministrazione; giustificazione probabilmente esatta, anche se *prima facie* può apparire singolare che l'esigenza di maggiori garanzie venga soddisfatta tramite un aggravamento del trattamento sanzionatorio.

A questo processo di progressiva estensione della sanzione penale, soprattutto nel settore concernente i rapporti fra illecito penale ed illecito amministrativo, si è di recente (4) contrapposta la tendenza a «depenalizzare» intere materie, sostituendo alle sanzioni penali ivi previste sanzioni di carattere amministrativo (5). È una tendenza che, destinata, forse, a più ampi sviluppi a causa anche di un crescente potenziamento delle garanzie nelle procedure amministrative, trova riscontri all'estero in alcuni progetti di depenalizzazione dell'intero settore delle contravvenzioni (6). A questo punto — ed è qui che prende corpo il discorso di apertura al paragrafo — prima di procedere oltre sulla via della trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi, si registra in dottrina da parte di taluno (7) un momento di ine-

vitabile ripensamento critico circa l'esistenza di «limiti sostanziali» di un'indiscriminata depenalizzazione. Ecco che ritorna, pertanto, in forma pressante, anche al di fuori della limitata alternativa illecito penale o amministrativo, l'esigenza di verificare a fondo l'esistenza di eventuali limiti alle scelte del legislatore penale.

Prima di dichiarare il problema estraneo ad una teoria generale del reato rigidamente ancorata alla fase di posizione delle norme penali, è necessario vagliare criticamente alcuni dati, e cioè: anzitutto la portata, rispetto al tema, del carattere rigido della Costituzione italiana; in secondo luogo, la rilevanza delle norme costituzionali in materia penale, e, infine, la assoluta preminenza accordata nell'ambito dei valori costituzionali alla libertà personale.

Il carattere rigido della Costituzione italiana, se determinante nel senso di far ritenere necessarie anche le norme costituzionali per la ricostruzione dei connotati essenziali dell'illecito penale, non lo è altrettanto per la soluzione del problema che specificamente ci concerne. La rigidità della Costituzione può soltanto comportare la conseguenza per cui il legislatore, libero di scegliere se configurare o meno un fatto come illecito e se configurarlo o meno come illecito penale, sarebbe vincolato soltanto a perseguire mediante ogni tipo di normazione, anche penale, le finalità dello Stato emergenti dalla Costituzione, nonché a non incriminare fatti che concretano l'esercizio di diritti costituzionali ovvero a incriminare fatti che ledono beni, la tutela dei quali funge da limite rispetto ai diritti medesimi (8).

Quanto al complesso delle norme costituzionali relative alla materia penale, pur limitandoci in tale sede ad uno sguardo sommario ed anticipando soluzioni che saranno più diffusamente motivate in seguito, può rilevarsi quanto segue: da tale normativa sembra emergere l'intento del costituente di circoscrivere entro limiti di stretta necessità (locuzione provvisoria e generica) l'area dell'illecito penale (9). E infatti: l'art. 25, 2° comma, Cost., affidando interamente (10) al potere legislativo o al Governo, nelle sole forme del decreto legislativo o del decreto-legge, la normazione penale, non può, se non vuole correre il rischio di rimanere una mera enunciazione di principio praticamente inattuabile (11), non muovere dall'idea di una riduzione del campo dell'illecità penale (12). Il di-

(1) ANTONELLI, *Manuale di dir. pen. (Parte gen.)* cit., pag. 130.

(2) Un'analisi sia pure sommaria di questo processo di trasformazione trovasi in G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio « nullum crimen sine lege »*, Milano, 1970, pag. 8.

(3) In tal senso G. MOR, *Le sanzioni disciplinari* cit., pag. 8, nota 12.

(4) Alludiamo alla L. 3 maggio 1967, n. 317 sulla «depenalizzazione» delle norme in materia di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali, nonché alla L. 9 ottobre 1967, n. 950, in tema di depenalizzazione di norme relative alla polizia forestale. A proposito della prima cfr. fra gli altri, LAGOSTENA BASSI-RUBINI, *La depenalizzazione*, Commento teorico pratico della L. 3 maggio 1967, n. 317 e delle singole norme depenalizzate. Codice della strada. Regolamenti comunali e provinciali, 2° ediz., Milano, 1970. Sulla seconda legge si veda, fra gli altri, MARCONI, *Sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale* (Riv. Agr., 1968, I, 543).

(5) La bibliografia sull'argomento è molto vasta: quasi mai è però affrontato il problema concernente la configurabilità dei limiti costituzionali all'opera di depenalizzazione o di veri e propri vincoli costituzionali che impongano in taluni casi tale trasformazione. Ciò dipende, a nostro avviso, in gran parte dal prevalere dell'idea di un arbitrio del legislatore nella scelta dei fatti da configurare o meno come reato, salvi certi limiti costituzionali da osservare nella strutturazione dei fatti così peccati (principio di tassatività, legalità, ecc.). Sul fenomeno della depenalizzazione in generale vedi, comunque, SICILIANO, *Per una politica di deflazione penalistica*, Arch. Pen., 1968, I, 361 e segg.

(6) Su questo processo di «Entkriminalisierung der Strafrechts» in Germania si veda H. H. JESCHKE, *Lehrbuch des*

Strafrechts, All. Teil, 2° ediz. Berlin, 1972, pag. 34, e, in particolare KAUFMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlin, 1966, pag. 154 e segg.; La «Allgemeine Teil 1973» (espressione con la quale si vuole alludere alle modifiche della parte generale del Codice Penale tedesco operate con il *Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts* del 4 luglio 1969 destinato ad entrare in vigore col 1° ottobre 1973; per la traduzione italiana di tale legge ad opera di SOUSSI, cfr. *L'indice penale*, 1972, pag. 455 e segg.) conosce soltanto la distinzione tra *Verbrechen* e *Vergehen*.

(7) BACHELET, *Questioni in tema di depenalizzazione* (Giur. Costit., 1970, 248 e segg.).

(8) prescindendo dalla difficoltà di enucleare questi limiti, quando non siano esplicitamente fissati nella normativa costituzionale, sulla necessità di un'adeguatezza offensiva del fatto rispetto al bene che funge da limite cfr. quanto si dirà nel prosieguo dell'indagine.

(9) Alcune delle osservazioni che seguiranno debbono considerarsi anche frutto di discussioni con il gruppo degli assistenti e borsisti presso la cattedra di diritto penale dell'Università di Bologna, nel quadro delle esercitazioni tenutesi presso l'Istituto di applicazione forense «A. Cicu».

(10) Sul carattere «assoluto» della riserva di legge *ex art. 25, 2° comma*, cfr. BRACOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I: *Nazione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, pag. 290 e segg.

(11) La lentezza della produzione legislativa è ormai un motivo di critica ricorrente; cfr. di recente, MARCONI, *Sulla crisi della produzione legislativa* [Atti Conv. Parlamento (Iste, 1969, pag. 261 e segg.)].

(12) Non ci risulta che prima d'ora questa correlazione sia mai stata messa in luce.

scorso varrebbe a *fortiori* qualora si accogliesse la tesi recentemente formulata (1), invero non priva di consequenzialità, secondo la quale la riserva assoluta di legge ex art. 25, 2° comma, Cost., opererebbe in senso ancor più rigoroso con esclusione degli stessi atti aventi forza di legge (2). La contraddizione in cui si involgerebbe il costituente che da un lato non si oppone alla progressiva estensione della sfera d'illiceità penale e dall'altro devolve tutta l'opera di normazione penale al Parlamento (e si noti: nel 1948 tale opera si preannunciava di per sé imponente data la volontà del costituente democratico di modificare il vecchio sistema penale fascista) o eccezionalmente all'esecutivo, sarebbe troppo evidente. E inoltre: esigenza di tassatività (qual'è quella che sta alla base dell'art. 25, 2° comma, Cost. e che ispira lo stesso divieto di retroattività (3)) e inflazione dell'illiceità penale sono concetti fra di loro inconciliabili. L'assunto è di intuitiva evidenza: quanto più si infoltisce la gamma degli illeciti penali, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dall'illecito (penale), nonché le sfumature della tipologia penale.

Lo stesso carattere « personale » della responsabilità penale (art. 27, 1° comma, Cost.), pur non inteso quale affermazione di un processo di eticizzazione del giudizio di colpevolezza in connessione con una finalità di emenda propria della pena (4), ma semplicemente quale consacrazione del principio « nulla poena sine culpa », è limite strutturale o modale dell'illiceità penale in ugual senso sintomatico.

Infatti: tale limite in caso di estensione della sfera dell'illiceità penale comprometterebbe l'esito positivo di certe esigenze di tutela meglio realizzabili nella forma della responsabilità da illecito civile, o, addirittura, della responsabilità civile per rischio (5).

Da ultimo: la funzione rieducativa della pena (art. 27, 3° comma, Cost.), a differenza della funzione retributiva (purché non eticamente intesa) (6), anche perché legata strettamente al concetto di « trattamento », implica necessariamente una delimitazione della illiceità penale rispetto ad una sfera selezionata di valori (7).

La forza sintomatica dell'art. 27, 3° comma, è ancora più intensa se si pon mente al fatto che da tale comma può desumersi, come dimostreremo, la necessità costituzionale della « possibilità » di conoscere la legge penale » come presupposto di colpevolezza.

È ovvio, infatti, e il discorso si salda a tal punto con quello implicito nell'esigenza di tassatività ex art. 25, 2° comma, Cost., che la « possibilità » menzionata diviene un requisito inesigibile in clima di inflazione del campo degli illeciti penali.

La complessa normativa costituzionale in materia penale, pertanto, esprime l'esigenza di un sistema positivo fondato su di una gamma ristretta di illeciti penali ed incoraggia, entro certi limiti costituzionali (di cui si dirà) (es.: progressiva attuazione delle garanzie costituzionalmente previste anche per le procedure amministrative) (8), la tendenza alla « depenalizzazione ».

Resta da stabilire su quale criterio dovrebbe, ad avviso del costituente, basarsi il legislatore per operare una restrizione degli illeciti penali. Il quesito può risolversi muovendo da un elemento assai decisivo. È indubbio che la Costituzione attribuisce un valore del tutto preminente alla libertà personale (9): la principale riprova di ciò è costituita dalla collocazione della norma che afferma l'inviolabilità della libertà personale (art. 13) in apertura della Parte I della Costituzione (« Diritti e doveri dei cittadini ») e del Tit. I (« Rapporti civili ») (10). Ne consegue che la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si opera in via effettiva o potenziale (11) tramite la sanzione penale (12), non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*. Per precisare tale concetto che è di vecchia acquisizione può affermarsi oggi, con una maggiore consapevolezza costituzionale, che la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale. Ossia: l'illiceità penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* (13) lesione di un valore costituzionalmente

(1) La tesi è stata sostenuta da CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*, Milano, 1970, pag. 249 e segg.

(2) Sul punto torneremo per un più approfondito esame in seguito.

(3) Sulla ratio del divieto di retroattività in materia penale vedasi, per tutti, SINASCALCO, *In retroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969.

(4) Analoga un processo di sempre maggiore accentuazione del carattere etico del diritto penale, BETTOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 3 e segg.).

(5) Il tema è, almeno a seguito di alcuni recenti studi, al centro della dottrina civilistica italiana; per un quadro di tale problematica si veda, da ultimo, TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1972, pag. 395 e segg. e, in particolare, pagina 441 e segg.

(6) La funzione retributiva della pena in senso etico può, infatti, a differenza della retribuzione in senso giuridico, condizionare una selezione dei valori tutelabili: entro certi limiti naturalmente, posto che un vero e proprio vincolo per il legislatore presuppone, da un lato, la consacrazione a livello costituzionale di tale funzione e, dall'altro, è attenuato dalla pluridimensionalità dell'aspetto etico.

(7) Per un esame estremamente raffinato delle correlazioni esistenti tra ambito della tutela penalistica e scopo o funzioni attribuibili alla pena rinviamo a ROSSO, *Sin e Grenzen staatlicher Strafe* (Juristische Schulung, 1966, 377 e segg.).

(8) Ritene, ma senza particolarmente approfondire l'assunto, che « sotto alcuni profili, per il privato possono essere preferibili le garanzie della procedura amministrativa a quelle del processo penale », G. MON, *Le sanzioni disciplinari* cit., pag. 8, nota 12: cfr. però la diffusa trattazione del principio « nulla poena sine iudicio » in materia disciplinare a pag. 161 e segg.

(9) Sul punto rinviamo all'ampia trattazione di BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 5 e segg.

(10) Cfr. BARBERA, *op. cit.*, pag. 91 e segg.

(11) Per le sanzioni penali pecuniarie convertibili ex art. 135 C. Pen. in sanzioni detentive.

(12) Il discorso sulla pena come *extrema ratio* ovvero sulla « necessità » di essa, per usare un'espressione cara al Beccaria, trova in questo modo un aggancio di natura costituzionale.

(13) La tendenza a ritenere il legislatore penale costituzionalmente vincolato nella scelta dei valori da tutelare affiora anche nella dottrina tedesca più recente, soprattutto a seguito delle polemiche sorte in relazione alle vicende del giudizio di legittimità costituzionale avente per oggetto la norma incriminatrice dell'omosessualità (sul punto cfr. RUDOLPH, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs* [Festschrift für R. H. HONIG, Göttingen, 1970, pag. 160], più in generale sul tema dei rapporti fra diritto penale e morale, soprattutto sul terreno dei reati sessuali, gli atti relativi al « 47. Deutsche Juristentag » « *Empfehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen* » vol. I, soprattutto alla pag. 28 e segg., München, 1968). Afferma, per es., RUDOLPH (*Die verschiedenen Aspekte* cit., pag. 166 e in termini identici *Inhalt und Funktion der Handlungsmertel im Rahmen der permanenten Unrechtslehre*, in *Festschrift für R. Mauerack*, Karlsruhe, 1972, pag. 67), pur senza sottolineare la necessità che i valori tutelati penalmente siano esplicitamente riconosciuti dalla Costituzione: « Für den Strafgesetzgeber selbst ergibt sich daraus zudem die verfassungsrechtliche Verpflichtung, nur solche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die sozial-schädlich sind, d. h. konkrete für unser gesellschaftliches Leben konstitutive Funktionsbeiten stören oder zumindest gefährden. Überschreitet der Gesetzgeber diese ihm durch die Verfassung gesetzte Schranke, kann er so eine von ihm erlassene Strafnorm in keiner Weise mehr mit Hilfe der aus der Verfassung abgeleiteten Prinzipie des Rechtsgüterschutzes gerechtfertigt werden, so ist diese Strafnorm, weil sie eindeutig reine Moralwidrigkeiten, d. h. strafrechtlich irrelevante sittliche Aktnwerte, um ihrer selbst willen mit Strafe bedroht, als rechtsstaatlich unerlaubt und damit als nichtig anzusehen ».

rilevante. L'assunto non può essere contrastato osservando che l'art. 13 della Costituzione, nel prevedere le possibili restrizioni della libertà personale per qualsiasi finalità richiede come elemento di garanzia, oltre all'atto motivato dell'autorità giudiziaria, l'aggancio « ai soli casi e modi previsti dalla legge ». Il rilievo sarebbe doppiamente infondato. Da un lato, il rinvio alla « legge » non è generico, poiché per principio generale, in materia di interpretazione delle norme costituzionali, la legge che può introdurre un limite ad un diritto o ad una libertà costituzionalmente garantita deve sempre essere a sua volta posta a tutela di un valore costituzionale. E ciò non può *a fortiori* non valere per la libertà personale (1). D'altro canto, non è esatto che l'art. 13 mascheri un « vuoto dei fini » (2) che sarebbe estremamente pericoloso; più esatta è l'interpretazione (3) che conferisce alla norma un ruolo strumentale rispetto alle sanzioni ed ai fini di cui all'art. 25 Cost.

Singole restrizioni, anche di specifiche estrinsecazioni della libertà personale, sono previste da talune norme costituzionali (es.: art. 16) in funzione di determinati valori che, o posseggono già di per sé rilievo costituzionale, oppure potrebbero acquisirlo proprio tramite l'esplicito rilievo loro attribuito dalla Costituzione in funzione di limiti. Ne consegue, pertanto, che, se per la restrizione di momenti particolari della libertà personale, la Costituzione esige che essa sia posta in essere solo in funzione di una tutela di valori costituzionali, altrettanto deve valere *a fortiori* per la più intensa forma di restrizione che è appunto la sanzione penale detentiva (4). Il carattere *a fortiori* dell'argomentazione incide sulla *significatività* della violazione di un bene costituzionale che deve essere presidiata dalla sanzione penale. Ovvero: pur non potendo necessariamente ritenere che la sanzione penale debba essere adottata solo per tutelare valori costituzionali selezionati come *significativi*, tuttavia la *significatività* del valore condiziona certamente la misura entro cui può essere contenuta la pena.

Può sembrare strano che un corollario così ovvio non sia stato mai dedotto in funzione di una precisazione del criterio dell'*extrema ratio* (come presupposto per l'adozione della pena criminale): la singolarità si chiarisce però non appena si pon mente al fatto

che di *extrema ratio* si è soprattutto (5) parlato nell'ambito di sistemi costituzionali che non possedevano carattere di « rigidità » ovvero non attribuivano (6) una portata così rilevante (come la Costituzione del 1948 e in genere le Costituzioni vigenti (7)) al bene della libertà personale (8).

L'affermazione, per cui, la qualificazione in termini di illiceità penale di un fatto dipenderebbe dalla rilevanza costituzionale del bene-leso, merita qualche ulteriore specificazione. Rilevanza costituzionale di un bene non significa semplicemente *non antitetività* del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale. Malgrado il carattere ampio (9) della Costituzione italiana, sussistono valori che, pur non essendo in contrasto con la Costituzione stessa, non assumono il rango di valori costituzionali. La locuzione « rilevanza costituzionale » è, poi, assai ampia, ricomprendendo non solo i diritti del singolo costituzionalmente garantiti, ma anche quei valori che sono obiettivamente (10) tutelati. È nostra opinione, inoltre, che nel novero dei diritti costituzionalmente garantiti rientrino anche quelle situazioni soggettive che, non contemplate dalla Costituzione, sono tuttavia consacrate in convenzioni internazionali e richiamate dalla formula « diritti inviolabili » di cui all'art. 2 Cost. [è, ad es., il caso, come altrove si è sostenuto (11), del cosiddetto diritto alla riservatezza]. E ancora: l'illiceità penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria; talché, cioè, la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo.

Si consideri, ad es., la sicurezza del traffico: alla luce delle premesse di cui sopra saranno costituzionalmente legittime soltanto quelle incriminazioni che attengono ad aspetti della sicurezza del traffico che sono il presupposto necessario per la salvaguardia di altri beni (es.: vita o incolumità dei cittadini) dotati di rilievo costituzionale. Sotto questo profilo, pur rinviando il lettore per una migliore chiarezza della deduzione alle pagine che seguono, appaiono fondate le critiche mosse dalla dottrina alla L. n. 317 del 1967 (12) che ha depenalizzato talune contravvenzioni in materia di circolazione stradale, giacché essa (13) ha de-

(1) È questo un aspetto assai importante, non riflettendo sul quale la tesi del « vuoto dei fini » distenderebbe ancor maggiori perplessità.

(2) La recente presentazione da parte del Governo di un disegno di legge che ripropone nel quadro « di disposizioni sulla tutela preventiva della sicurezza pubblica » l'introduzione del fermo di polizia conferma la pericolosità della tesi dottrinale che avalla nell'art. 13 Cost. un « vuoto dei fini ».

(3) Cfr. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, pag. 22 e segg.

(4) E ciò vale malgrado la tendenza sempre più prevalente a temperare il rigore della pena detentiva mediante il ricorso ad istituti quali, per es., la sospensione condizionale o il *probation*, in generale, nelle sue varie forme di realizzazione.

Il discorso svolto nel testo vale anche per le misure di sicurezza, le quali dato il loro legame, costituzionalmente riconosciuto, con un reato (o eccezionalmente con un quasi reato), oltre a perseguire finalità di pura prevenzione speciale, indirettamente fungono da strumento di tutela di quei valori costituzionalmente rilevanti che stanno alla base delle norme incriminatrici.

(5) È il caso della dottrina penalistica italiana che si è occupata dell'argomento, vigente lo Statuto Albertino: per alcuni richiami ai principali Autori si veda ANTONELLI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, pag. 155 e segg.

(6) Cfr., ad es., l'art. 26 dello Statuto Albertino; rileva G. AMATO, *La libertà personale*, pag. 29 dell'estratto, che: « ... nel 1848 lo Stato piemontese, proprio in materia di libertà personale, era definibile non tanto autoritario, quanto addirittura arbitrario e a quel momento di "diritto" di libertà personale non si sarebbe potuto parlare neppure nel senso raffinato che dava al termine la teoria dei diritti pubblici subjetivi ». Lo stesso AMATO esamina, però, successivamente la pos-

tata del criterio della « stretta necessità » in base al quale si riteneva che la libertà personale dovesse sacrificarsi solo quando la contrastassero esigenze assolutamente irrinunciabili e mediante il quale la dottrina e la giurisprudenza cercavano di limitare lo stesso legislatore.

(7) Si veda, ad es., l'art. 104 della Costituzione della Germania Occidentale (in *Costituzioni straniere contemporanee*, a cura di BISCARETTI DI RUZZA, Milano, 1970, pag. 191-92). Il risalto, anche per la collocazione formale dell'art. 13, è forse maggiore, però, nella Costituzione italiana.

(8) Sulla configurazione del diritto alla libertà personale e dei suoi limiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo si sofferma attentamente, fra gli altri, CHIAVARELLI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pag. 167 e segg.

(9) Sulla contrapposizione tra costituzioni brevi e lunghe cfr. PENNOLAZI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1965, pag. 216.

(10) Si pensi, per es., alla tutela « obbiettiva » del paesaggio (articolo 9, 2° comma, Cost. it.).

(11) BRACCA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1967, 1097 e segg.).

(12) Cfr. gli accenni alla depenalizzazione già fatti in precedenza.

(13) In tal senso, BACHELET, *Questioni in tema di depenalizzazione* cit., pag. 257. Dello stesso Autore, ma con più ampi riferimenti di teoria generale della « depenalizzazione », *Problemi e prospettive della « depenalizzazione » delle infrazioni in materia di circolazione stradale* (Studi in memoria di Esposito, Milano, 1972, di prossima pubblicazione). Importanti spunti sul tema si trovano in NUVOLONE, *La depenalizzazione apparente e le norme penali sostanziali* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1968, 60 e segg.).

penalizzato, accanto ad infrazioni davvero minori (e lesive di aspetti esclusivamente circoscritti alla sicurezza del traffico), anche comportamenti gravemente pericolosi dell'utente della strada.

È chiaro, inoltre, come non sia sufficiente che il legislatore penale assuma a fondamento di una categoria di reati la tutela di un bene costituzionalmente rilevante; essendo, viceversa, necessario che, in quel processo di ulteriore specificazione che l'oggettività giuridica assume a contatto di ogni singola fattispecie, il bene non perda la propria fisionomia costituzionale; d'altro canto, il legislatore ha un preciso dovere di tutelare penalmente il valore nella sua esatta dimensione costituzionale (si rifletta per un attimo, salvo riserve di costituzionalità, sul tema nell'ulteriore sviluppo dell'indagine, al rapporto, non sempre di esatta coincidenza, tra il valore costituzionale « proprietà » e le norme penali che configurano taluni delitti contro il patrimonio) (1).

Le premesse fin qui svolte rendono, altresì, possibile l'individuazione di un criterio-limite rispetto alla espansione dei reati omissivi. Com'è noto, trattasi di reati in continuo e progressivo aumento, la cui rilevanza è tanto grande da condizionare, specialmente in questi ultimi tempi (2), una revisione degli schemi di analisi del reato, prevalentemente modellati sul tipo commissivo di reato. Sul piano ideologico, si è parlato (3) di una stretta correlazione fra aumento dei reati omissivi e concezione totalitaria dello Stato: collegamento forse troppo superficiale e affrettato, posto che, al massimo, un nesso — ma va storicamente comprovato (4) — potrebbe stabilirsi fra il suddetto aumento dei reati omissivi ed il passaggio dallo Stato liberale allo Stato a democrazia solidarista (5). In ogni modo, un criterio limite potrebbe ottenersi non tanto circoscrivendo l'omissione (reati omissivi propri) penalmente rilevante ai doveri di solidarietà esplicitamente sanciti dalla Costituzione, bensì estendendola a doveri di solidarietà funzionalmente connessi ad (e necessari per la tutela di) un valore costituzionale.

È questo un giudizio di verifica che dovrebbe essere compiuto per tutti i reati omissivi, in specie per quelli contravvenzionali attualmente esistenti (ad es., l'incriminazione dell'omesso versamento dei contributi I.N.A.-Casa può dirsi costituzionalmente legittimo solo se si riesce ad individuare un nesso del tipo indicato tra il dovere violato e il diritto del lavoratore all'assistenza garantita dalla Costituzione). Per i reati commissivi mediante omissione, il problema è soltanto quello di delimitare ex art. 25, 2° comma, Cost. la fonte dell'obbligo, già dovendo essere la correlativa ipotesi commissiva predisposta in funzione di tutela di un valore costituzionale (6).

Dalla configurazione del reato come fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante discendono ulteriori conseguenze. In primo luogo, il quesito concernente la possibilità o meno che la norma penale crei interessi (7) deve risolversi in senso negativo. Essa, infatti, non crea mai interessi; può solo ritagliare e specificare senza snaturarli i valori già previsti dalla Costituzione. In secondo luogo, le premesse delineate circa il reato dal punto di vista sostanziale, suggeriscono una coerente interpretazione della funzione rieducativa propria della pena ex art. 27, 3° comma, Cost. come tendenza, cioè, a dare o ridare al reo una sensibilità per i valori costituzionali offesi, ossia per i significati preminenti del contesto in cui dovrà tornare ad operare. Questa funzione della pena, meglio caratterizzata rispetto al semplice e generico reinserimento del reo nella società, ha, come ovvio presupposto per la sua attuazione, il fatto che nel trattamento il reo non venga privato del godimento dei diritti costituzionali estranei a quelli rigorosamente menomati dall'esecuzione della pena detentiva (8) e la cui restrizione è coesistente all'ineliminabile contenuto retributivo della sanzione (9). Ciò premesso, risulta evidente anche la diversa caratterizzazione del contenuto della funzione di prevenzione speciale per le misure di sicurezza: queste ultime, e soprattutto quelle applicabili agli infermi e agli immaturi, che ne dovrebbero (10) essere i naturali destinatari, avrebbero come finalità la riconduzione dei relativi soggetti ad un livello anche naturalistico di capacità che è il presupposto per apprezzare tali valori costituzionali (fine curativo o di sviluppo del grado di maturità).

Risulta così evidente che l'identica funzione di prevenzione speciale cela, tuttavia, per le pene e le misure di sicurezza diversi contenuti (11).

La definizione da noi accolta del reato da un punto di vista sostanziale (come fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante la cui *significatività* è elemento condizionante la misura astratta della pena criminale) introduce per il legislatore penale un margine di vincolo in sede di formazione della norma. In forza di esso, il legislatore, oltre a non poter incriminare fatti che si concretano nell'esercizio di un diritto costituzionale, salvo che per la tutela di un bene avente un superiore peso costituzionale ovvero di un bene che funge da limite previsto dalla norma costituzionale rispetto all'esercizio del predetto diritto, non può adottare la sanzione penale per fatti lesivi di valori che, senza essere antitetici alla Costituzione, non trovano in essa alcun riconoscimento esplicito o implicito (12).

(1) Per un esame degli aspetti penalistici della garanzia costituzionale della proprietà privata cfr. PICCORELLA voce *Proprietà (Tutela penale della)* (*Notissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, 1967, pag. 148 e segg.).

(2) Pone l'accento su tale aspetto, MARINUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 123 e segg.

(3) Così BETTOL, *In tema di interesse privato in atti di ufficio* (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1968, 636).

(4) Per un esame dei problemi relativi alla causalità dell'omissione e al dovere giuridico di agire in prospettiva storica, al di fuori, però, di un approfondimento di tipo ideologico, qual è quello accennato nel testo, vedasi, H. H. JESCHKE, *Die Behandlung der mechten Unterlassungswidertate im deutschen und ausländischen Strafrecht* (*ZStW*, LXXVII, 1965, 110 e segg.).

(5) Quale viene definito lo Stato italiano nella configurazione risultante dalla Costituzione del 1948.

(6) Ciò vale a condizione che non si ritenga l'obbligo giuridico ex art. 40, 2° comma, C. Pen., tale da ampliare o variare la stessa sfera di tutela della fattispecie commissiva e, quindi, da far configurare la fattispecie commissiva mediante omissione come una nuova fattispecie.

(7) Sul tema, da un diverso angolo visuale e con diverse conclusioni, cfr. il nostro *Dafar in re ipsa. Osservazioni in tema*

di oggetto e di accertamento del dolo, Milano, 1959, pag. 106, nota 115. Vero è che nel novero degli interessi a rilievo costituzionale alcuni sono più strettamente condizionati dalla struttura politico-istituzionale dello Stato-organizzazione, mentre altri, sia pur con variazioni di sfumatura, possono ritenersi costanti in ogni sistema: ai primi, forse, può essere mantenuta la qualifica di « creati » ai fini di cui al nostro *Dafar in re ipsa*, op. e loc. cit.

(8) Sulla correlativa esigenza di garanzie giurisdizionali in sede di esecuzione cfr. il nostro *L'intervento del giudice nella esecuzione della pena detentiva: profili giurisdizionali e profili amministrativi* (*Studi in onore di PETROCCELLI*, vol. I, Milano, 1972, pag. 312 e segg.).

(9) Tale profilo è analizzato nel nostro studio, *L'intervento del giudice* cit., pag. 312.

(10) Il sistema positivo prevede, per contro, l'applicabilità di misure di sicurezza anche nei confronti dei soggetti imputabili: peculiare è la categoria dei semiimputabili.

(11) Oltre il fatto che per la pena residua l'ineliminabile contenuto retributivo.

(12) Si pensi, ad es., al diritto alla vita la cui significatività come valore costituzionale pur non essendo esplicitamente

È un margine, quest'ultimo, di vincolatività nella scelta, non amplissimo, data la vasta serie di valori che fa da supporto alla nostra Carta costituzionale, ma neppure trascurabile. La *significatività* del valore tutelato trae, d'altro canto, la sua determinazione dal fatto che essa non dipende da un generico inquadramento della posizione del valore in un contesto socio-istituzionale dai contorni non ben definiti, come accadeva in passato, ma dalla collocazione del medesimo nell'assetto delineato dalla Costituzione.

Ben s'intende poi che, operata la scelta, il legislatore si trova vincolato, nella configurazione dell'illecito penale, ai limiti strutturali di cui agli art. 25 e 27 Cost.

Il margine di vincolo è soltanto *negativo*: il legislatore cioè, non può adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di valori costituzionali; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extrapenalari.

Quest'ultima scelta potrà essere sottoposta a critica sotto il profilo di una razionale politica legislativa, ma sarà esente da censura di illegittimità costituzionale. I motivi che possono giocare nella scelta di modelli sanzionatori extrapenalari sono quanto mai svariati: si pensi, ad es., alla necessità che il legislatore può avvertire di giovare, per il migliore raggiungimento di certe finalità, di moduli di illiceità (o di responsabilità per rischio) che lo pongano al riparo dai gravosi limiti strutturali (es.: quello dell'art. 27, 1° comma, Cost.) previsti per l'illecito penale. D'altro canto è indubbio che il costituente, preoccupandosi soltanto di determinare, sotto la suggestione della gravità della sanzione criminale, la tecnica di configurazione delle fattispecie penali, ha offerto al legislatore la possibilità di eludere tali limiti scegliendo la via degli illeciti extrapenalari.

Per correlazione con la tematica dei limiti dev'essere dato risalire in questa sede a un assunto che può considerarsi come il logico corollario di una recente opera di rivalutazione della portata dell'art. 3, 2° comma, Cost. nello stesso settore penalistico (1). Il legislatore, primo fra gli organi della Repubblica vincolati ai sensi di tale normativa, non potrebbe mai configurare come reati fatti la cui incriminazione sia, nella sua integrale portata (2), tale da impedire per i soggetti che li realizzano la rimozione di quegli ostacoli di ordine economico e sociale « che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese ». Se il fatto di cui si discute

non è lesivo di alcun valore costituzionale, l'illegittimità della relativa incriminazione è consequenziale alle stesse premesse da noi svolte circa il contenuto sostanziale di ogni reato; ove, per contro, il fatto, ipotesi di non facile verifica (3), risulti lesivo di un valore costituzionale, l'incostituzionalità della norma che lo prevede sarà il riflesso del rango « superiore » che l'art. 3, 2° comma, Cost. riveste rispetto alle altre disposizioni (4).

È chiaro che, qualora la norma incriminatrice (5) non si ponga nella sua portata globale in antitesi con la funzione propulsiva espressa dalla normativa costituzionale di cui si discute, sarà compito del giudice interpretarla in guisa tale da renderla consonante con l'impegno di cui all'art. 3, 2° comma, Cost. Anticipando una tematica che sarà svolta in seguito, è doveroso chiarire fin d'ora che il dovere sussistente a carico del giudice di potenziare (6) o restringere il contenuto di una fattispecie, senza alterarne i lineamenti descrittivi, in modo da realizzare gli obiettivi del disposto costituzionale è altra cosa rispetto all'accoglimento di prospettive di antigiuridicità materiale incarnate, ad es., nel modello dell'adeguatezza sociale (7).

Il limite che vincola il legislatore in fase di formazione della norma penale non attiene esclusivamente alla scelta della qualificazione di illiceità penale, bensì anche alla graduazione della sanzione penale: è l'aspetto implicito nell'accento alla « significatività » della lesione. Le cadenze del ragionamento che sta alla base di ciò sono molto lineari: se è vero che la libertà personale ha un valore preminente nella Costituzione italiana, e che ogni restrizione della medesima anche a seguito di sanzione penale può avvenire soltanto per bilanciare la lesione di un valore costituzionalmente significativo, ne consegue logicamente che la restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo la stessa importanza del bene costituzionale offeso. Ne discende la proponibilità di eccezioni di illegittimità costituzionale per sproporzione fra la misura della pena e la *significatività* del valore offeso: è un tipo di questione di legittimità che, già conosciuto in altri sistemi positivi (8) sia pure muovendo da premesse non del tutto collimanti con le nostre, potrebbe contribuire a ridurre un margine di discrezionalità legislativa che sembra eccessivo. Né si può obiettare sottolineando l'elasticità e la difficoltà del sindacato che, ciò premesso, spetterebbe alla Corte Costituzionale. Infatti: trattasi di sindacato che, esperibile ovviamente nei soli casi di manifesta sproporzione (9), rientra nel sindacato di « ragionevolezza »,

consacrata, emerge dal rango primario attribuito alla « persona » nel contesto costituzionale.

(1) Sottolinea l'importanza dell'art. 3, cpv., Cost., anche con riguardo al settore penalistico, BASSO, *Giustizia e potere - La lunga via al socialismo* (Quale Giustizia, 1971 654).

(2) Ossia non suscettibili di un'interpretazione restrittiva in conformità dell'art. 3, cpv., Cost.

(3) Data la funzionalità dei principali valori costituzionali rispetto alla direttiva che promana dall'art. 3 cpv.

(4) Sottolinea tale aspetto BASSO, *Giustizia e potere* cit., 654.

(5) La forza « propulsiva » dell'art. 3, cpv., Cost., è ovviamente notevole anche negli altri settori dell'ordinamento giuridico.

(6) Per un esempio di moderna interpretazione della norma incriminatrice dell'usura (art. 644 C. Pen.) alla luce dell'art. 3, cpv., cfr. VIOLANTE, *Il delitto di usura*, Milano, 1970, pag. 237 e segg.

(7) Cfr. quanto si dirà al n. 9 b).

(8) Ci riferiamo, soprattutto, alla Germania occidentale.

(9) Per un'acuta panoramica sull'atteggiamento della Corte Costituzionale in materia è interessante la lettura di PRIZZONUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza* (Giur. It., 1971, IV, 192 e segg.). La Corte oscilla tra un atteggiamento radicalmente negativo in virtù del quale « la questione esula da qualsiasi riscontro di costituzionalità poiché attiene

a scelte di politica-legislativa, sottratte al (suo - l'inserto è nostro) sindacato e un atteggiamento in virtù del quale, pur effettuando il controllo della ragionevolezza delle norme che fissano la misura della pena, perviene però costantemente al risultato di dichiarare la manifesta infondatezza delle questioni proposte. Nella prima prospettiva deve essere collocata la sentenza 17 febbraio 1971, n. 22 (Giur. Cost., 1971, 135 e segg., con nota di RODOTÀ, *Nuove frontiere per il diritto di proprietà?*) che ha respinto un'eccezione sollevata dal Pretore di Siena con ordinanza del 27 maggio 1969 (Gazz. Uff., n. 172 del 9 luglio 1969): si trattava in tal caso di una impugnazione con la quale si denunciava la sperequazione esistente fra le pene previste per il furto e quelle comminate per il reato di lesioni personali — e destinate a tutelare, le prime, il diritto di proprietà, le seconde il diritto all'integrità fisica della persona — e si segnalava, in una prospettiva analoghi nella sostanza, se non nelle sue premesse costituzionali, a quella enunciata nel testo, come la maggior tutela del diritto di proprietà apparisse caratteristica di un'ideologia che non è più quella accolta nella nostra Costituzione.

La Corte Costituzionale, allorché ammette la possibilità di controllare la ragionevolezza delle norme sulla fissazione delle pene, sembra però restringerla alle sole ipotesi di irragionevolezza macroscopica ovvero alle ipotesi in cui « la sperequa-

di eventuali discriminazioni di trattamento, che la Corte Costituzionale pone a fondamento dell'applicazione del 1° comma dell'art. 3 Cost.

È, inoltre, un sindacato che, contrariamente alla tendenza dominante favorevole ad un livellamento dei valori costituzionali (1), presuppone il riconoscimento di una scala gerarchica di tali valori. Quest'ultima considerazione ci offre lo spunto per meglio precisare la portata del nostro discorso. Le tesi relative al profilo sostanziale dell'illecito penale ovvero al controllo sulla significatività della lesione con annessa valutazione di raffronto dei vari beni costituzionali, mentre, da un lato, contribuiscono a rendere meno arbitraria la procedura di depenalizzazione, dall'altro impegnano la dottrina e la giurisprudenza nei confronti di un discorso sui rapporti tra illecito penale e valori costituzionali diverso da quello e più approfondito di quello fino ad oggi sviluppato (2). Le possibilità che si offrono all'operatore in campo penale (3) sono svariate: sottolineare l'incostituzionalità di norme penali che tutelano beni i quali, pur avendo tuttora la propria collocazione nel contesto sociale, non assumono esplicitamente o implicitamente rilievo costituzionale; prospettare l'illegittimità costituzionale di norme penali volte a garantire beni antitetici a singole norme, all'intera Costituzione e allo spirito che la permea (4) ovvero all'istituzione politica che ne fa da supporto,

nonché di norme che tutelano beni in una dimensione diversa o non collimante con quella costituzionale; sollecitare delle norme predette, ove possibile, un'interpretazione che sostituisca al valore protetto un nuovo valore espresso dalla Costituzione (5); porre, infine, in luce l'illegittimità di norme che proteggono valori di rango costituzionale ma in misura sproporzionata al loro effettivo rilievo (6). Sono tutte prospettive, che, unitamente all'utilizzazione dell'art. 3, 2° comma, Cost. nel senso indicato in precedenza, possono consentire, fino a che durerà l'inerzia del legislatore rispetto ad una riforma globale (7), di riportare, con alcune operazioni di ortopedia giuridica, la vecchia impalcatura penale in un clima più « costituzionale ». Tutte queste prospettive poggiano necessariamente su di una valutazione approfondita e comparativa dei beni costituzionali e quindi, per correlazione necessaria, su di una più chiara scoperta del volto ideologico-politico, seppure di eventuale compromesso, della Costituzione italiana.

È infatti ovvio che una propensione al livellamento dei valori costituzionali favorisce piuttosto la tendenza a scolorare la caratterizzazione ideologico-politica del documento costituzionale. Non ci si può non prospettare l'eventualità che un tentativo del genere finisca in un insuccesso, per la difficoltà di enucleare una scala o gerarchia tra alcuni valori. Può tale even-

zione assai dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione (così la sentenza della Corte Cost., n. 109, del 1968, esaminata criticamente da PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene cit.*, 198-99). Esattamente il PIZZORUSSO, *op. cit.*, 206-07, dopo avere rilevato e tentato di spiegare il differente grado di « apertura », che la Corte dimostra in materia di controllo di « ragionevolezza » nel diritto penale e negli altri settori dell'ordinamento giuridico, rileva che: «... la conclusione cui deve pervenirsi è che, in linea di diritto, non esistono ostacoli al compimento, da parte della Corte Cost., del controllo della ragionevolezza nei confronti delle norme che fissano la misura della pena, o delle norme penali in genere, secondo gli stessi criteri che essa segue nel controllo di tutti gli altri settori dell'ordinamento giuridico e si deve perciò auspicare che l'autolimitazione cui la Corte opportunamente ricorre nell'esercizio di questo sindacato non si traduca di fatto in una pura e semplice rinuncia ad esercitare quei poteri che la Costituzione ha ad essa affidati ».

È evidente, tuttavia, che sia il discorso di PIZZORUSSO sia le ordinanze di rimessione alla Corte impostano il tema della « sproporzione » della sanzione penale su di un raffronto tra il bene tutelato dalla norma in discussione e il bene tutelato da altra norma, agganciando pertanto esplicitamente l'irragionevolezza della misura della sanzione all'art. 3 Cost. (non così, però l'ordinanza citata in tema di furto del Pretore di Siena). Dal nostro punto di vista, viceversa, la sproporzione tra misura della sanzione penale e valore tutelato dipende, oltre che da un giudizio quasi inevitabile di raffronto con altri beni costituzionalmente rilevanti e tutelati da altre norme penali, altresì e principalmente dal rapporto di gerarchia (e dall'entità di esso) intercorrente fra bene tutelato e libertà personale sacrificata dalla sanzione penale e quindi non solo da un giudizio estrinseco alla norma penale ma anche da un giudizio intrinseco ad essa.

Ciò consente di radicare l'illegittimità costituzionale delle pene « eccessive » non solo su di una violazione dell'art. 3 Cost. ma altresì sulla violazione di un principio costituzionale che, seppure non esplicito, è intrinseco alla stessa natura dell'illecito penale e della sua sanzione. L'aggancio all'art. 3 Cost. può essere necessario al fine di superare le assurde perplessità che la Corte Costituzionale dimostra sempre nei confronti di un giudizio di legittimità non impostato con riferimento ad una norma costituzionale esplicita. È ovvio, infine, che le pene nella misura in cui sono manifestamente sproporzionate sono diseducative e cioè perseguono un fine antitetico a quello che ex art. 27, 3° comma, Cost., deve caratterizzare la pena non solo nella fase esecutiva, ma, occorre ribadirlo nei confronti delle tendenze giurisprudenziali e dottrinali restrittive, anche nella fase applicativa e comminatoria (imposto l'eccezione sull'articolo 27, 3° comma, Cost., l'ordinanza già citata del Pretore di Siena).

Non ci nascondiamo naturalmente il fatto che la misura della sanzione penale possa dipendere da fattori o valutazioni estranee all'importanza del valore aggredito; nonché questi ulteriori elementi, sempre che risultino esplicitamente in sede

di determinazione della *ratio* alla tutela, potranno concorrere a giustificare l'entità della sanzione a condizione che non si traducano in pure valutazioni di opportunità politica o di mera prevenzione generale (tale carattere non posseggono, per es., le modalità oggettive o soggettive con cui è ipotizzata l'aggressione del valore tutelato laddove esse non siano tali da influire qualitativamente sullo stesso valore): in questo caso il divieto costituzionale di strumentalizzare la persona umana per fini di politica criminale *extranei* al fatto ne esclude la rilevanza.

In ogni modo poiché l'illegittimità costituzionale finisce per circoscrivere ai casi di sproporzione manifesta o eccedente, ne discende che rispetto al giudizio di sproporzione sanzionatoria rimangono di fatto quasi sempre estranei ad esso gli ulteriori elementi o le ulteriori valutazioni di cui sopra.

D'altro canto la limitazione del giudizio ai casi di « sproporzione manifesta » consente di respingere le prevedibili obiezioni fondate sul carattere di merito o di opportunità politica di tale giudizio.

(1) Non v'è dubbio che proprio sul livellamento dei valori costituzionali hanno fatto leva le principali tendenze dottrinali e giurisprudenziali volte a disapplicare la Costituzione.

(2) Alla luce di tali premesse il problema delle cosiddette pene detentive di breve durata potrebbe essere affrontato non solo sotto il profilo della loro idoneità ad assolvere una reale funzione rieducativa (e, quindi, ex art. 27, 3° comma, Cost.), ma anche considerando se la « breve durata » non sia il sintomo di un'assenza di significatività costituzionale del valore tutelato.

(3) Negli altri settori del diritto minore è, infatti, l'interesse per l'oggetto della tutela.

(4) Nell'importanza del raffronto più che nella lettera di una precisa disposizione della Costituzione collo spirito di riforma di cui essa è carica, già segnalata da CALAMANDREI, *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria* (Riv. Dir. Proc., 1956, I, 52), cfr. di recente COPPA, *Osservazioni sui « reati di sospetto » e, in particolare, sul « possesso ingiustificato di valori »* (Giur. Costit., 1968, 1739).

(5) Un esempio di immissione artificiosa del bene tutelato è offerto dalla sentenza n. 9 del 1965 (Giur. Costit., 1965, 61 e segg.) della Corte Costituzionale, a proposito dell'art. 553 C. Pen., dichiarato successivamente illegittimo con sentenza n. 49 del 1971 (Giur. Costit., 1971, 525 e segg.).

(6) Cfr., ad es., l'eccezione di illegittimità costituzionale degli art. 624 e 625 C. Pen. sollevata con ord. 27 maggio 1969, già cit. del Pretore di Siena.

(7) Di « riforma parziale » del Codice Penale nella sua parte generale può parlarsi anche per il disegno di legge approvato dal Senato in data 2 luglio 1971 (cfr. il testo in Riv. Dir. e Proc. Pen., 1971, 863 e segg.): cfr. la relazione e gli emendamenti presentati dall'on. Vassalli alla commissione giustizia della Camera sul citato disegno di legge (Riv. Dir. e Proc. Pen., 1972, 199 e segg.). Cfr. infine il testo delle modifiche al libro primo del Codice Penale, approvato nella legislatura in corso, dal Senato nella seduta del 31 gennaio 1973.

tualità che in ogni caso non ci pare di insuccesso globale scoraggiare l'interprete? No, di certo, se è vero che fra i compiti del giurista v'è pur quello di demistificare certe caratterizzazioni ideologiche della Costituzione implicite in alcuni *slogans* politici (1).

Riprendiamo a tal punto il problema concernente l'individuazione di limiti non tanto sostanziali (2) quanto piuttosto costituzionali di una politica di «depenalizzazione», utilizzando per la sua risoluzione i dati fin qui enucleati. È opportuno, avvalendoci di una terminologia convenzionale, distinguere tra «depenalizzazione normale» e «depenalizzazione anormale».

Con la prima locuzione si vuole connotare il processo legislativo di trasformazione di un illecito penale lesivo di un valore costituzionale (o di un valore non costituzionale, ove però la lesione sia presupposto necessario dell'offesa di un bene costituzionale) (3) ovvero di un valore non costituzionale in un illecito extrapenale (o amministrativo), sanzionato con misure pecuniarie o comunque non restrittive della libertà personale. Da quest'ultimo connotato facciamo dipendere la qualifica di «normalità». Se la depenalizzazione ha per oggetto un illecito lesivo di un valore non costituzionalmente significativo, il procedimento legislativo concreto addirittura un adempimento costituzionale. In caso contrario, si potrà accusare il legislatore di irrazionalità o di arbitrarietà (4), ma non di agire incostituzionalmente. Né l'applicazione delle nuove misure tramite procedure amministrative, sottoposte successivamente ad un controllo giurisdizionale (5), è tale da suscitare perplessità, in specie se si verrà sempre più concretando il profilo garantistico ad esse costituzionalmente coesistente (6).

Con la seconda locuzione («depenalizzazione anormale») si vuole caratterizzare il processo legislativo di trasformazione di un illecito penale lesivo di un valore costituzionale (nella duplice accezione chiarita) ovvero non costituzionalmente rilevante in un illecito extra penale sanzionato con una misura formalmente amministrativa ma in qualche modo restrittiva della libertà personale. La stessa applicazione di queste misure da parte dell'autorità giudiziaria e in chiave giurisdizionale non vale a fugare i forti dubbi di illegittimità costituzionale che investono la procedura di trasformazione dell'illecito e la legge di «depenalizzazione». Tali dubbi nascono da un'interpretazione a nostro avviso corretta dell'art. 13 Cost. (7), in virtù della quale misure restrittive della libertà personale non sono adottabili al di fuori di quelle previste dalla

normativa medesima (e dai casi eccezionalmente previsti dalla Costituzione), in chiave strumentale rispetto alle misure penali di cui all'art. 25 Cost. E si badi: qualora la depenalizzazione abbia per oggetto un illecito lesivo di un valore non costituzionale, la legge sarà egualmente incostituzionale anche alla luce di un'interpretazione dell'art. 13 Cost. fondata sul riconoscimento del «vuoto dei fini» in materia di libertà personale; dovendo, come s'è detto a suo tempo, il limite della «legalità» riferirsi ad una legge posta a tutela di un valore costituzionalmente significativo.

Nei casi eccezionali di restrizione della libertà personale previsti dalla Costituzione (es.: art. 16), la depenalizzazione «anormale» può essere consentita, a condizione che le misure extra-penali siano applicate in forma giurisdizionale dall'autorità giudiziaria. Esempificando; un illecito penale lesivo del valore costituzionale della sanità pubblica può essere trasformato in un illecito amministrativo sanzionato con una misura restrittiva della libertà di circolazione o di soggiorno (8). La necessità dell'applicazione in via giurisdizionale da parte dell'autorità giudiziaria dipende dal fatto che tale garanzia, a differenza della restrizione della libertà personale, eccezionale, e, perciò, non estensibile analogicamente, ha il carattere di principio generale ed è coesistente, operante in ogni caso di restrizione della libertà personale (9).

Così inquadrati i profili costituzionali e non della depenalizzazione, il legislatore potrà muoversi con maggiore consapevolezza e affrontare la via di una trasformazione di molte contravvenzioni previste nel codice penale in illeciti amministrativi, elevando, eventualmente, quelle più rilevanti (10) al rango di delitti (11).

È il momento di tirare le fila di questo lungo discorso. Si è dimostrato che l'unica possibile definizione sostanziale del reato in termini *positivi* (ossia come fatto lesivo di un valore costituzionale, la cui significatività si riflette sulla misura della pena), si ripercuote, altresì, sulla fase pre-normativa, delimitando i margini di scelta del legislatore, e rendendola entro questi limiti suscettibile di formare oggetto di una teoria generale del reato *stricto sensu*. La vincolatività del legislatore ai parametri di cui sopra, nonché agli altri limiti individuati (è il caso, per es., dell'art. 3, 2° comma, Cost.) contribuisce a rendere più garantista la riserva assoluta di legge fissata dall'art. 25, 2° comma, Cost. per la materia penale (12), rientrando nel novero di quei limiti strutturali di tipo costituzionale che vanno rispettati una volta operata la scelta di configurare un fatto come illecito penale.

(1) Sottolinea la necessità di stabilire una gerarchia dei valori costituzionali, FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, pag. 90: «La Costituzione, infatti — osserva l'Autore — non è un prontuario di "valori" allineati, a caso, l'uno dopo l'altro».

(2) Di limiti «sostanziali» parla, per contro BACHELET, *Questioni in tema di depenalizzazione cit.*, pag. 257.

(3) Si pensi, ad es., ad un reato di per sé lesivo di un valore non espressamente affermato dalla Costituzione, ma funzionante altresì come reato *obstacle* rispetto alla lesione di un altro bene di rilievo costituzionale: è ovvio, però, per quanto si dirà in seguito, che il fatto deve essere pur sempre *factus* a ledere questo ulteriore interesse.

(4) Tale depenalizzazione di un illecito lesivo di un valore di rilievo costituzionale potrebbe giustificare, però, un'eccezione di illegittimità costituzionale qualora essa determinasse un'irragionevole disparità di trattamento rispetto ad altri fatti lesivi di valori costituzionali di pari significato e configurati quali illeciti penali. Per un accenno ad eccezioni di legittimità costituzionale di un tipo assai simile a quello menzionato, per se formulate muovendo da premesse diverse, si veda PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene cit.*, 194, nota 7.

(5) Sul problema derivanti dal rapporto tra procedure amministrative e controllo giurisdizionale in tema di depenalizzazione, cfr. BACHELET, *op. cit.*, pag. 250 e segg.

(6) Profilo che è imposto dalla Costituzione.

(7) L'interpretazione risale a ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.

(8) Sul rapporto, poi, intercorrente fra libertà personale ex art. 13 Cost. e libertà di circolazione o di soggiorno ex art. 16 Cost., e sul significato conseguente in cui quest'ultima va assunta, si veda ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione cit.*, pag. 79 e segg.

(9) Afferma BACHELET, *op. cit.*, pag. 254: «Il legislatore... può... abolire un reato o trasformarlo in illecito amministrativo, ma se prevede in relazione a una qualsivoglia infrazione una sanzione che limita la libertà personale, non può affidarne l'applicazione altro che al giudice».

(10) Non è infrequente che in dottrina si proponga la trasformazione di una contravvenzione in delitto; cfr., ad es., per quanto concerne il reato di cui all'art. 660 C. Pen., in relazione all'esigenza di tutela della «riservatezza», G. VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica (Studi in onore di E. Betti)*, vol. V, Milano, 1962, pag. 690.

(11) Per la necessità di trasformare alcune contravvenzioni da reati a pericolo presunto in reati a pericolo concreto si veda quanto si dirà nell'ulteriore sviluppo della indagine.

(12) E contribuisce, altresì, a renderla più realistica, nei limiti in cui ad essa si ricollega una riduzione della sfera degli illeciti penali.

Un'ultima precisazione: si è deliberatamente circoscritta l'analisi dei limiti nella formazione della norma penale a quelli costituzionalmente rilevanti, senza voler con ciò disattendere l'esistenza di ulteriori limiti logici, o meglio riconducibili ad una scienza della legislazione (1), i quali intervengono ed operano dopo che il legislatore ha scelto la strada dell'incriminazione penale. Volendo esemplificare, si può citare il limite che coincide con le cosiddette costanti (espressione da assumere in un senso non del tutto coincidente con quello in cui è adoperato in talune analisi di teoria generale del reato a sfondo razionalistico, già accennate) (2) criminologiche. E cioè: il legislatore, per certi gruppi di reati, deve, nella sua opera di strutturazione della fattispecie, utilizzare i risultati di rilevazioni criminologiche in ordine a comportamenti che nell'ambiente sociale si svolgono secondo una certa trama e con certe caratteristiche (3).

Ma si tratta di limiti logici e non giuridici (quali sono quelli, pure strutturali, derivanti dalla Costituzione), la cui inosservanza può far correre al legislatore il rischio massimo di dar vita a fattispecie « emblematiche » (4), destinate a rimanere inapplicabili o ad essere distorte (tipico esempio è il delitto di plagio) dalle applicazioni giurisprudenziali. Qualche volta, però, è lo stesso legislatore che per rendere praticamente inapplicabili certe incriminazioni, le costruisce disattendendo i risultati offerti dalle costanti criminologiche (si pensi, ad es., al discorso che la dottrina ha sviluppato (5), per sottolineare il carattere « classista » del Codice Penale Rocco in tema di aggiottaggio — art. 501 C. Pen. — e in ordine al requisito, non rispondente a premesse criminologiche, del « fine di turbare il mercato interno dei valori e delle merci »). Nessuna sanzione (o vizio) colpisce tuttavia, proprio per la natura logica del limite, questi casi di « frode legislativa ».

Il limite rappresentato dal legame alle « costanti criminologiche », proprio per la rarità dei casi in cui il legislatore lo disattende, finisce per tradursi piuttosto in un limite per l'interprete: nel senso che, com'è stato rilevato (6), « tra i vari significati proposti come possibili dall'espressione linguistica, egli deve porre la sua scelta nei confronti di quello che meglio consente un avvicinamento del mondo astratto dei modelli legali alla realtà dell'esperienza concreta ». Una volta precisato come questi limiti siano pertinenti più che alla fase di formazione a quella di posizione (e inter-

pretazione) della norma penale, risulta evidente la loro riconducibilità nell'oggetto della teoria generale del reato, pur intesa in senso rigorosamente positivo: così è altresì dimostrato come le rilevazioni socio-criminologiche non vadano soltanto circoscritte a quel momento della scienza giuridico penale che concerne la costruzione delle norme future, ma attengano alla stessa fase di ricostruzione del diritto vigente e, quindi, alla teoria generale del reato. Sotto questo profilo può essere interessante segnalare la distinzione fra reati per i quali l'ancoraggio a tali costanti criminologiche è coesistente alla loro natura (7), e reati per i quali esso non si pone, o si pone soltanto riguardo a certi elementi della fattispecie (8). Fra i reati, per i quali esso non si pone, possono essere segnalati quelli che si sostanziano più nell'imposizione di una condotta per il raggiungimento di certe finalità di politica legislativa (reati omissivi, in specie propri) che non nella registrazione di condotte, vietate, già dotate di una loro dimensione sociale (9).

In definitiva, questo limite di tipo socio-criminologico si riporta alla più ampia matrice dell'ontologismo nel diritto penale (10). La chiarificazione dei rapporti tra premesse ontologiche e reato (11) rimane entro i limiti di una teoria generale del reato, intesa in senso positivo, finché non sconfini nella pretesa di sovrapporre il dato ontologico a quello normativo: errore in cui è, per es., incorsa la dottrina Welziana allorché ha cercato di far collimare ad ogni costo il modello ontologico indiscutibile dell'azione finalistica con lo schema normativo delle fattispecie colpose (12), con la conseguente e ben nota (13) « caccia al dolo e alla finalità nella colpa ».

d) Da quanto s'è detto nel paragrafo precedente emerge chiaramente l'importanza che noi attribuiamo alle norme costituzionali in materia penale per delineare una teoria generale che colga i connotati essenziali dell'illecito penale. Qualche riflessione si rende, però, ulteriormente necessaria al fine soprattutto di cogliere meglio le matrici di una tendenza, che non appartiene solo al passato, a svincolare la teoria generale del reato dagli agganci d'ordine costituzionale.

Sicuramente più frequente laddove la teoria generale del reato si dissolve in un'analisi dei singoli elementi costitutivi dell'illecito, questa tendenza era pienamente giustificabile nella dottrina penalistica sotto lo Statuto albertino: e ciò, sia a causa del carattere elastico di tale costituzione, sia a causa dell'esiguo numero di disposizioni in essa dedicate alla responsabilità penale

(1) Sulla scienza giuridica penale come scienza della legislazione ovvero della costruzione del sistema delle norme attraverso la natura dei fatti e la logica del pensiero, si veda, NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale* (Trent'anni di dir. e proc. pen., vol. I, Padova, 1969, pag. 205).

(2) Sulla distinzione tra contenuti costanti e contenuti variabili cfr. NUVOLONE, *Natura e storia* cit., pag. 197.

(3) Interessanti osservazioni sul punto si trovano in MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, pag. 102 e segg.

(4) Accenna a tale fattispecie, con specifico riferimento ai delitti di schiavitù e di plagio, FLORIAN, *Delitti contro il sentimento religioso e la libertà individuale* (Trattato di dir. pen., 4ª ediz., Milano, 1936 pag. 292 e segg.). Un atteggiamento critico nei confronti di tali fattispecie, le quali creano il rischio che l'emblema astratto venga a concretizzarsi di fatto mediante un'interpretazione personale ed arbitraria dei suoi valori e contenuti normativi, assume G. M. FLACK, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano, 1972, pag. 8, nota 15.

(5) Cfr. NUVOLONE, *Antisemie, fossili e derivazioni nel Codice Penale italiano* (Trent'anni di dir. e proc. pen. vol. I cit., pag. 713) con riferimento generico alla tutela penale dell'ordine economico nel C. Rocco. Parla di « gigantismo » delle principali fattispecie contenute nel titolo VIII, libro II C. Pen., anche con particolare riferimento all'oggetto del dolo specifico nel-

l'art. 501 C. Pen., PEDRAZZI, voce *Economia pubblica, industria e commercio* (Delitti contro la) (Enciclopedia del diritto, vol. XIV, 1965, pag. 280).

(6) MOLARI, *La tutela penale della condanna civile* cit., pag. 106.

(7) Iposesi che vengono grosso modo avvicinate a quelle che la più antica dottrina qualificava come delitti naturali: così MOLARI, *op. cit.*, pag. 106.

(8) Così, con riguardo al processo finalistico tipizzato nella fattispecie ex art. 388, 1ª comma, C. Pen., MOLARI, *op. cit.*, pag. 107.

(9) È naturalmente un rilievo tendenziale; entro questi limiti, però, esso giustifica le maggiori difficoltà interpretative che spesso si pongono rispetto ai reati omissivi.

(10) Per una recente formulazione del credo ontologico welziano, cfr. dell'illustre Autore, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft* (Erinnerungsgabe für Max Grünhut, 1965, pag. 173 e segg.).

(11) Così, per quanto concerne soprattutto l'azione, MARINUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 31 e segg.

(12) Sulla « rilevanza giuridica » della finalità nei reati colposi cfr. da ultimo, MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 100 e segg.

(13) Su tale aspetto e, per converso, sulla « caccia alla colpa nel dolo » vedasi MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 108 e segg. che ci fornisce un quadro attento e acutamente filtrato della dottrina tedesca.

(praticamente riconducibili alla sola affermazione del principio di legalità di cui all'art. 26, 2° comma, fra l'altro formulato in chiave prevalentemente processuale) (1).

Altrettanto giustificabile è l'identica tendenza nei principali paesi europei le cui Costituzioni, come si è già rilevato (2), non dedicano ampio rilievo al settore penale. Così dicasi, ad es., della Costituzione tedesca (3) la quale, oltre alla prescrizione concernente l'abolizione della pena di morte (art. 102), contiene soltanto una disposizione (art. 103) simile, entro certi limiti (4), all'art. 25, 2° comma, Cost. italiana. Nessun cenno si riscontra nel *Grundgesetz* al fine della pena, donde si spiega l'ancoraggio della dottrina tedesca alle tradizionali premesse retribuzionistiche, con venature «eticizzanti»; e parimenti non è dato reperire nella medesima alcuna affermazione circa il carattere «personale» della pena, indirettamente desunto, ma con qualche forzatura fino alla massima estensione costituita dal principio «*nulla poena sine culpa*», dall'art. 1 che afferma l'intangibilità della dignità umana (5).

L'ultimo rilievo rende comprensibile l'atteggiamento della dottrina tedesca volto a desumere il carattere «personale» dell'illecito penale piuttosto da basi giuridico-naturalistiche che non da basi costituzionali (6).

Prescindendo dai riferimenti storico-comparativi, in Italia la diversità delle premesse costituzionali non può non ripercuotersi sull'atteggiamento della dottrina in tema di reato. Malgrado ciò, la portata di tale incidenza è attuita sia dalla tendenza a considerare, da un lato, taluni principi costituzionali come meri principi politici, estranei, pertanto, alla teoria generale del reato, sia, più in generale, dalla tendenza a svalutare il significato delle norme costituzionali in materia penale. Sotto il primo profilo, con specifico riferimento al principio di tassatività, è significativo riportare il brano di un illustre Autore, il PAGLIARO, il quale così si esprime (7): «...il principio della precisa determinazione delle fattispecie (denominato, anche, con formula impropria, principio di tipicità) è certamente un principio politico che presiede alla formulazione delle fattispecie penali da parte del legislatore, ma non può essere considerato come un concetto della dottrina del reato, perché la scienza del diritto, almeno nel suo aspetto di scienza del diritto positivo, che è quello che conta in una indagine sulle categorie fondamentali della dottrina del reato (diversa cosa è, ovviamente, la politica criminale), non tiene in considerazione i criteri che guidano i soggetti che pongono in essere le leggi, ma solo l'effettivo risultato della normazione legislativa. Si pensi che, pur di fronte al tanto vantato contrassegno della «tipicità», che rivestirebbero le fattispecie penali, sarebbe nondimeno reato un fatto che il legislatore

descrivesse in termini generali e sanzionasse con una pena o una misura di sicurezza...». Sotto il secondo profilo, va ricordata sia la propensione ad interpretare le norme costituzionali alla luce delle norme ordinarie e non viceversa, sia, ma si tratta di aspetto collegato al primo, la propensione a neutralizzarne la portata: circoscrivendo, ad es., il contenuto dell'art. 25, 2° comma, alla mera affermazione di una riserva assoluta di legge, ma praticamente *relativa* per una serie di correttivi che la dottrina introduce (8), e del divieto di retroattività (aspetti — si dice — estranei alla struttura dell'illecito penale); limitando la portata dell'art. 27, 1° comma al divieto della responsabilità penale per fatto altrui (9), dell'art. 27, 2° comma al mero piano processuale e dell'art. 27, 3° comma al terreno dell'esecuzione penale. La svalutazione dell'art. 27, 3° comma e la scarsa considerazione per le rifrangenze che esso presenta sulla struttura del reato giustificano la scarsa permeabilità della dottrina generale del reato da parte dei principi costituzionali.

La rivalutazione del significato di tali norme, enucleata in forma autonoma dalle norme ordinarie, ci consentirà, viceversa, di formulare una teoria generale del reato, intesa come sintesi di connotati essenziali dell'illecito penale, sulla base dei principi costituzionali, non più esclusivamente appartenenti alla politica criminale.

e) Facciamo convergere in questo paragrafo la nostra attenzione su alcuni orientamenti metodologici propri delle dottrine generali del reato al fine di meglio connotare il taglio dell'indagine. È caratteristica principale di tali dottrine, assumano o meno il tratto distintivo di «teoria generale del reato», l'assumere come punto esclusivo di riferimento i principali istituti della parte generale del Codice Penale con tendenza più o meno accentuata al raggiungimento di certi livelli di sintesi. E inoltre, ma il rilievo si collega strettamente al precedente, queste dottrine tendono, sia pur con gradi diversi, a sganciare il proprio oggetto d'esame dalla tipologia dei reati, prevalentemente enucleata nella parte speciale del Codice Penale. Esaminiamo partitamente le due tendenze.

Sotto il primo profilo, gli studi di dottrina del reato possono distinguersi a seconda che assumano programmaticamente l'etichetta di «teoria generale del reato» ovvero si riferiscano genericamente al «reato» o alla «struttura del reato» (10), ovvero prendano come punto di riferimento uno degli elementi costitutivi del reato come spunto per un'analisi globale del medesimo. Esempio del primo tipo nella letteratura penalistica italiana, la «teoria generale del reato» di CARNELUTTI (11); esempi del secondo tipo sono le varie voci delle enciclopedie giuridiche (12)

(1) L'art. 26, infatti, dopo aver stabilito che «La libertà individuale è garantita», affermava al 2° comma che «Nuno può essere arrestato o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme che essa prescrive». Su tale normativa e, più in generale, sulla libertà personale nell'ordinamento albertino, si veda AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 167 e segg.

(2) Si tenga presente la raccolta di *Costituzioni straniere contemporanee*, a cura di BISCARETTI DI RUFFIA, Milano, 1970.

(3) Cf. *Costituzioni straniere contemporanee* cit., pag. 191.

(4) Per un raffronto fra le due normative rinviamo a BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, pag. 288.

(5) Sulle correlazioni esistenti tra l'art. 1 della Costituzione tedesca, il principio della *poena sine culpa*, e il principio di proporzionalità (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), operante per tutte le sanzioni penali, cfr., di recente, con richiami di dottrina e di giurisprudenza costituzionale, SCHMIDTKE, *Strafrecht, All. Teil*, pag. 84 e segg., Tübingen, 1970. Ritene rispondente allo spirito della Costituzione della Germania Oc-

cidentale il divieto di strumentalizzazione del soggetto per finalità di mera politica criminale, di recente, con riferimento ad altro problema, RUDOLPH, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre (Festschrift für R. Mawrach)*, 1972, pag. 72.

(6) Il principio di colpevolezza, il carattere retributivo della pena, la caratterizzazione del reato come «personales Unrecht» sono spesso considerati come principi d'ordine razionale più che costituzionale.

(7) *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, pag. 112.

(8) Per l'esame di tali correttivi rinviamo al nostro *La discrezionalità* cit., pag. 237 e segg., nonché a quanto diremo nel n. 3.

(9) Per un quadro delle diverse interpretazioni dell'art. 27, 1° comma Cost., si veda C. F. GROSSO, voce *Responsabilità penale* (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, 1968, pag. 710 e segg.).

(10) Cf., ad es., PANNAINI, *La struttura del reato*, Milano, 1958.

(11) La «teoria generale del reato» di CARNELUTTI, è del 1933, Padova.

(12) Le principali di queste voci saranno richiamate nel corso della trattazione.

dedicate all'argomento; esempi del terzo tipo, classici ormai nel loro genere, possono considerarsi l'opera del DELITALA (*Il fatto nella teoria generale del reato*) (1) in Italia e l'opera del BELING (*Die Lehre vom Tatbestand*) (2) in Germania.

A prescindere dai lavori dell'ultimo tipo, le opere menzionate affrontano con varia ampiezza quasi tutti gli istituti della parte generale del Codice Penale, comprese le forme di manifestazione del reato, ad eccezione degli istituti concernenti il « reato » (alcuni di essi rifulgono, però, nella *Teoria generale del reato* di CARNELUTTI, nel quadro della capacità al reato (3) e della « legittimazione del reato » (4) e della tematica relativa alla sanzione.

Quest'ultima esclusione è il risultato, come vedremo, di un misconoscimento dell'importanza di una concezione « teleologica » del reato, oltre che della tendenza, di marca giusnaturalistica, a svincolare il reato dalla punibilità e dalla pena.

Tutte le opere menzionate, malgrado la loro diversa denominazione, sono sostanzialmente opere di analisi del reato nei suoi elementi costitutivi e talvolta nelle sue forme di manifestazione.

Il grado massimo di sintesi che alcune di esse raggiungono è rappresentato dallo sforzo di enucleare come afferma, ad es., CARNELUTTI (5), « ...dei singoli istituti del Diritto Penale... quel tanto che può valere al chiarimento di ciò che sia non già questo o quel reato, ma il reato in genere, cioè qualunque reato ». Ossia per esemplificare: scopo della teoria generale, secondo l'Autore citato, non deve essere chiarire il concetto del dolo nei vari tipi di reato, delineati dalla parte speciale ed anche fissati nella parte generale (reati ommissivi, tentati, ecc.), ma solo quel concetto di dolo che può concernere qualunque reato. È questa una sintesi che, impropriamente può dirsi tale riguardando pur sempre singoli aspetti costitutivi del reato e non il reato nel suo complesso, e che inoltre non è scevra di pericoli, travisando, come meglio vedremo, la vera natura di concetti generali e astratti che è propria dei concetti di parte generale.

Al centro dell'attenzione riportiamo la *Teoria generale del reato* di CARNELUTTI come modello classico di questo sforzo di sintesi, condotto, però, secondo criteri troppo formalistici e mediante l'utilizzazione di schemi e categorie proprie dell'atto giuridico in genere e del negozio giuridico in specie: trasposizione della quale spesso sono stati sottolineati i margini di pericolosità (6). Secondo l'insigne Autore (7), la teoria giuridica del reato in senso ampio deve comprendere tutte le norme giuridiche le quali, comunque, stabiliscono poteri o impongono obblighi diretti alla sua eliminazione; in un senso più ristretto essa si identifica con la sistemazione logica delle norme non già comunque rivolte all'eliminazione del reato, sebbene dirette a questo scopo per mezzo della pena (8); in senso ancor più ristretto, la teoria giuridica del reato

coincide con la sistemazione logica delle proposizioni, mediante le quali l'ordine giuridico attua la determinazione del reato (9). In corrispondenza con la teoria giuridica del reato, così intesa, sta la teoria giuridica della pena, intesa come elaborazione logica di quella parte delle norme penali che riguardano la determinazione della pena (10). La tendenza a riportare formalisticamente il reato nello schema generale dell'atto giuridico impedisce al CARNELUTTI di cogliere la profonda connessione teleologica esistente fra teoria del reato e teoria giuridica della pena, e l'impossibilità di svolgere la prima senza trattare del fine della sanzione criminale. Secondo l'Autore, la teoria generale del reato ricomprenderebbe anche i reati in particolare, intendendo con questa espressione fare riferimento non solo alle singole specie delittuose della parte speciale (*Verbrechensarten*), ma anche alle forme di manifestazione del reato previste nella parte generale del Codice Penale (*Erscheinungsformen*). Il richiamo a quelli che CARNELUTTI preferisce chiamare tipi *nominati* e *non nominati* (11) non è tanto in funzione di elaborarne delle teorie particolari, quanto piuttosto, come s'è già detto, in funzione di un « chiarimento di ciò che sia non già questo o quel reato, ma il reato in genere, cioè qualunque reato » (12).

Il CARNELUTTI può, in tal guisa, osservare che « altro è il contenuto di questa mia *teoria generale del reato* e altro quello, per es., della così detta *parte generale del diritto penale* » (13). La teoria, pur riconoscendone l'elevato valore in considerazione anche dell'impossibilità di dare ad essa, vigente lo Statuto, un respiro costituzionale, non va esente da rilievi critici. A prescindere dalla svalutazione del rapporto intercorrente fra forme di manifestazione del reato e singoli reati tramite l'accentuazione del valore autonomo delle prime (14), si può notare, anzitutto che il proposito di « adoperare per la ricostruzione della teoria generale del reato non meno le norme contenute nel II e nel III libro del Codice che quelle del libro I » (15) non è sostanzialmente rispettato. L'aggancio alla parte speciale è spesso in funzione soltanto esemplificativa, talché i concetti di parte generale, così ricostruiti, non sono, nel senso più corretto (16) « generali » in quanto riferentesi ad una larga parte di reati ipotizzati nella parte speciale, ma « astratti », in quanto dipendenti « contenutisticamente », proprio dai singoli tipi di reati che possono entrare a comporre. Inoltre: l'esame dei cosiddetti tipi non nominati (reato tentato, concorsuale, ecc.) non è fatto per chiarire il reato in genere ma è fine a se stesso; a conferma della tendenza che spesso manifestano le trattazioni generali sul reato a dissolversi in un esame dei principali istituti della parte generale. E infine: gli sforzi di generalizzazione circa gli elementi costitutivi del reato non vanno esenti dalle critiche che la dottrina più recente ha mosso a questo tipo di metodologia (17). La ricerca di concetti generali ad ogni costo conduce

(1) Padova, 1930.

(2) BELING, *Die Lehre vom Tatbestand* (Rheinhard von Frank zum 70. Geburtstag dargebracht), 1930; dello stesso Autore cfr. il precedente lavoro, *Die Lehre vom Verbrechen*, del 1906. Sull'opera di BELING, cfr. PLATE, *Ernst Belling als Strafrechtssystematiker*, Berlin, München, 1966.

(3) *Op. cit.*, pag. 90 e segg.

(4) *Op. cit.*, pag. 116 e segg.

(5) *Op. cit.*, pag. 19.

(6) Cfr., ad es., quanto alla trasposizione del concetto civilistico di « causa » nell'ambito della teoria generale del reato, i rilievi critici di NUVOLOSE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, pag. 50, nota 39. Va rilevato, che lo stesso tentativo di applicare allo studio del reato le categorie del negozio giuridico è compiuto dal CARNELUTTI, ma con notevoli

varianti, nelle *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Milano, 1943 *passim*.

(7) *Op. cit.*, pag. 3.

(8) *Op. cit.*, pag. 4.

(9) *Op. cit.*, pag. 8.

(10) *Op. cit.*, pag. 13.

(11) *Op. cit.*, pag. 19.

(12) *Op. e loc. cit.*

(13) *Op. e loc. cit.*

(14) *Op. e loc. cit.*

(15) *Op. e loc. cit.*

(16) Sul rapporto fra concetti « generali » e « astratti » e, correlativamente sui rapporti tra « parte generale » e « parte speciale » del diritto penale si veda MARINUCCI, *Il reato come azione cit.*, pag. 35 e segg.

(17) In tal senso, MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 37 e segg.

o alla creazione di un *genus* esangue e privo di significato ovvero, laddove ciò non è possibile, all'utilizzazione del metodo della definizione *per genus proximum et differentiam specificam*, criticabile in quanto, come è stato posto in luce (1) «... vi è pericolo che l'operatore scelga come paradigma — come *Hauptform* — una specie dominante (magari per ragioni storiche) e, degradando le altre specie al ruolo di « eccezioni » o di « casi limite », sia indotto a « mettere in ombra » la reale diversità delle altre specie, magari ricorrendo ad artifici espositivi, spinto dalla preoccupazione di trovare qualche tratto comune per l'edificazione del ricercato concetto di genere. *Hauptformen* di questo tipo — e il discorso vale per la stessa impostazione carnellutiana — vengono, ad es., segnalate nell'*agire positivo* e nell'*agire positivo doloso* (2). Sono queste le ragioni che spingono attualmente le dottrine del reato ad essere sempre meno generali, a correre verso analisi più approfondite, ad evitare generalizzazioni artificiose, a salvare quelle sole — e sono poche — definizioni generali che non costringono per la loro edificazione ad artifici espositivi. Il discorso vale sia per i concetti che non sono espressamente definiti dal Codice (3), sia per quelli che sono oggetto di tali definizioni: si pensi, ad es., al concetto di « dolo », il quale va specificato in rapporto non solo ai contenuti concreti della parte speciale, ma anche in rapporto agli stessi tipi di condotta (azione ed omissione) all'interno della parte generale. Non c'è definizione per quanto generale che resista ad una necessità di analisi.

La corsa delle dottrine del reato verso un'analisi, che potrà avere come risultato o la scoperta di autentici concetti generali e astratti o la rivalutazione delle differenze specifiche, non elimina la possibilità di un momento di generalizzazione e di sintesi più ampio e diverso. La tendenza riscontrata avvalorata, infatti, la necessità già sottolineata di una teoria generale del reato che metta in luce non concetti generali che appartengono alla struttura dell'illecito, ma coefficienti che connotano nella sua globalità l'illecito penale rispetto ad altri illeciti: compito agevolato dalla normativa costituzionale che ci guida in questo lavoro di sintesi.

Intendiamo, cioè, per *teoria generale del reato* la *reductio ad unum*, alla luce dei principi costituzionali, di quei dati strutturali dell'illecito penale che vengono in sede analitica notomizzati, nonché il raggiungimento di unità sistematiche e di caratteri essenziali aventi per oggetto il reato nel suo complesso (es.: l'aggancio del reato ai valori costituzionali sotto il profilo sostanziale di cui al paragrafo precedente). La teoria generale del reato, così intesa, realizza una forma di *sintesi a priori*, dove la locuzione non vuole contrassegnare un disancoramento dal diritto positivo, ma anzi la rivelazione *immediata* (in tal senso aprioristica e cioè indipendente dall'analisi degli elementi struttu-

rali del reato) di connotati essenziali del reato nella sua unità principalmente attraverso le norme costituzionali: connotati che vanno confrontati con alcuni momenti apparentemente antinomici (in realtà costituzionalmente illegittimi) rilevabili dalla normativa penale ordinaria. Analisi del reato e sintesi dei connotati essenziali del medesimo (teoria generale del reato) non sono però termini slegati fra loro e contraddittori: il rapporto fra questi due momenti non vuole riprodurre la contrapposizione degli anni '30 (4) fra concezione analitica e concezione unitaria del reato. Quest'ultima, infatti, a prescindere dalle implicazioni ideologiche e politiche sottostanti (5), muoveva da un'ostilità nei confronti dell'analisi delle componenti del reato (6) che, viceversa, è per noi essenziale, anche se settorialmente distinta, e va approfondita.

Fra l'analisi del reato e la teoria generale del reato non mancano legami ed implicazioni. Anzitutto l'analisi non è fine a se stessa, ma tende anch'essa all'elaborazione dei concetti generali autentici, anche se diversi dai connotati essenziali dell'illecito penale. Inoltre, da un lato, la teoria generale deve tener conto di talune acquisizioni dell'analisi al fine di porre in luce alcuni momenti positivi dell'illecito penale apparentemente antinomici rispetto ai connotati essenziali costituzionali del reato (si pensi, ad es., alla rilevazione di taluni momenti di pura *Gesinnung* che dovremo confrontare con il connotato « realistico » dell'illecito penale) (7). E d'altro lato, certi caratteri essenziali ricavati direttamente dalla Costituzione possono condizionare momenti dell'analisi del reato. Volendo esemplificare: il connotato di « tassatività » enucleabile con riferimento a tutti gli elementi dell'illecito penale dall'art. 25, 2° comma, Cost. condiziona l'analisi nel senso di respingere una nozione ristretta di fatto, per lo meno a fini garantistici (8); la caratterizzazione dell'illecito penale come illecito di fonte *legale* preclude sul piano dell'analisi la via a talune possibili concettualizzazioni dell'antigiuridicità materiale.

La teoria generale del reato deve tendere alla *generalizzazione*, naturalmente fin dove è possibile, e cioè fino al limite dei caratteri enunciati da norme costituzionali ovvero eventualmente di principi generali che, pur non essendo espliciti a livello costituzionale, fungono da presupposto di tali normative (9). Né può funzionare da ostacolo l'asserto — ormai superato nella stessa dottrina e giurisprudenza costituzionale italiana (10) — secondo cui le norme costituzionali avrebbero già di per sé natura di principi generali. La generalizzazione, tuttavia, non può essere spinta fino al punto da individuare, quali caratteri essenziali dell'illecito penale, dei principi generali che nessun aggancio esplicito o implicito hanno nel sistema positivo ordinario e costituzionale. Va, infine, ribadito (11) che il pericolo normalmente annidantesi nei processi di generalizzazione, e cioè quello di costruire principi

(1) MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 37.

(2) MARINUCCI, *op. e loc. cit.*

(3) Sulla distinzione fra « concetti generali ed astratti » elaborati direttamente dal legislatore ovvero estratti dal materiale normativo da parte della dottrina e della giurisprudenza, ENGEL, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ediz., 1968, pag. 128 e segg.

(4) Sui termini della polemica tra concezione unitaria e analitica del reato è d'uopo tener presente BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato (Scritti giuridici)*, vol. I, Padova, 1966, pag. 388 e segg.

(5) Per una configurazione della concezione unitaria in chiave di reazione all'« esasperante formalismo giuridico » caratterizzante l'epoca liberale qualche spunto trovasi in BETTIOL, *Sul metodo cit.*, pag. 393.

(6) Per un metodo analitico teleologicamente orientato nella considerazione del reato cfr. BETTIOL, *op. cit.*, pag. 395.

(7) Cfr. quanto si dirà al n. 9.

(8) Sulla funzione « garantista » della concezione restrittiva e meramente descrittiva del « fatto » nel quadro del « *Klassischer Verbrechenbegriff* » si veda, H. H. JERICHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, All. Teil*, Berlin, 1972, pag. 154 e segg.

(9) Per una più frequente tendenza del giurista tedesco ad individuare principi generali impliciti nelle norme costituzionali, sulla base, però, di pretesse di tipo giustizialistico, segnaliamo l'acuto studio di A. VILLAM, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca contemporanea*, Napoli, 1964.

(10) Qualche utile spunto per la tematica cui stiamo accennando può trovarsi in FASOLI, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale (Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.)*, 1972, 897 e segg.

(11) Cfr. quanto s'è già detto nel numero 2 d).

generali che poi vengono ridotti nella loro portata o neutralizzati da eccezioni, non esiste per una teoria generale del tipo da noi accennato, fondata su principi costituzionali (a meno che non sia la stessa Costituzione ad introdurre un'eccezione al principio: si pensi, ad es., ai reati presidenziali e ministeriali non tassativi di cui all'art. 90 Cost., e al principio di tassatività ex articolo 25, 2° comma, Cost.).

Un esempio del vantaggio che così impostata acquisisce la teoria generale del reato: il principio «realistico» in tema di illecito penale se radicato nell'art. 49, 2° comma, C. Pen. trova una serie di eccezioni esplicite nei reati a pericolo presunto (o di attentato) che, per contro, una volta conferita al principio stesso una dimensione costituzionale, si ridurrebbero ad antinomie apparenti (1).

L'analisi del reato deve, viceversa, tendere alla massima specificazione. La fecondità di questa idea può essere agevolmente confermata ove si consideri la bontà dei risultati ottenuti tramite la separazione — da cima a fondo — delle fattispecie commissive e omissive e delle fattispecie dolose e colpose. « Non c'è infatti un solo problema delle dottrine generali del reato — si nota (2) — che non possa trarre nuova luce dalla metodica analisi separata di quelle basilari tipologie delittuose presenti nell'ordinamento ».

In sede di teoria generale del reato possono essere richiamati i principali istituti della parte generale del Codice Penale, non escluse le forme di manifestazione del reato, nella misura in cui da tali istituti è possibile ricavare una caratterizzazione essenziale dell'illecito penale ovvero momenti apparentemente antinomici rispetto al volto dell'illecito penale ricavabile dalle norme costituzionali (si pensi, ad es., al possibile aggancio alla fattispecie plurisoggettiva eventuale per una convalida della concezione «realistica» ovvero per un'analisi dei rapporti fra i limiti del contributo causale del compartecipe e il principio di tassatività).

Lo stesso istituto della pena non è estraneo, contrariamente ad una opinione prevalente (3), alla teoria generale del reato. Certamente esiste una teoria della

pena (o della sanzione criminale in genere), la quale si occupa del tipo di sanzione, delle modalità di applicazione e di esecuzione, ecc.; alla teoria generale interessa quasi esclusivamente il profilo teleologico della pena e le ripercussioni che esso provoca sulle connotazioni dell'illecito (4), del resto, auspicando il passaggio ad una sistematica teleologica, « poneva l'accento proprio su questo punto: sulla necessità cioè di un più ristretto e metodico nesso tra l'analisi dei connotati del reato e lo «scopo» delle sanzioni penali » (5). Non manca chi (6), in sede di analisi del reato, si propone espressamente l'obiettivo per cui « quando si tratta di un connotato del reato e del suo inquadramento bisogna interrogarsi sulla conseguenza giuridica da applicare » (7). Il rilievo vale a fortiori per la teoria generale del reato nel senso da noi accolto: la presa di posizione costituzionale sui fini delle sanzioni criminali (art. 27, 3° comma, Cost.) può essere, come già taluno ha autorevolmente dimostrato (8), produttiva di ripercussioni nel processo di determinazione degli stessi connotati essenziali dell'illecito penale (9).

Nell'ambito dell'analisi si possono distinguere varie indagini settoriali che assumono qualificazioni diverse a seconda delle premesse da cui muove l'interprete.

Oltre alla teoria della sanzione criminale nel senso precisato, si parla di una teoria del « fatto di reato » (10) (locuzione comprensiva del fatto nella totalità dei suoi elementi positivi e negativi, oggettivi e soggettivi), e di una teoria della « responsabilità penale » (11), comprensiva di tutti quei requisiti di capacità che condizionano l'imputazione della sanzione penale al soggetto agente. La scissione fra le due teorie non significa impenetrabilità fra le medesime, se si ritiene, conformemente ad un avviso già da noi espresso (12), che l'imputabilità condiziona le strutture soggettive del fatto. All'interno della teoria del « fatto di reato » si apre all'analisi un'ampia possibilità di scomposizioni: si pensi, ad es., ad una nozione restrittiva di fatto in funzione dell'elemento psicologico posta in luce dalla dottrina (13). Ma è bene frenare il nostro discorso per

(1) Cfr. quanto si dirà al n. 9 A).

(2) Così MARINUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 246 a conclusione dell'indagine. In questo senso è chiaramente orientata la dottrina tedesca più recente: si cfr., per es., la sistematica cui è improntata la trattazione nel recente *Manuale di diritto penale* di JESCHKE (all'esame separato dei problemi concernenti, rispettivamente, l'illecito commissivo doloso e colposo segue l'esame dei problemi relativi all'illecito omissivo doloso, e, quindi, colposo).

(3) A ciò contribuisce, altresì, la tendenza a costruire il « reato » come autonomo e indipendente dalla « punibilità ».

(4) Zur *Systematik der Verbrechenslehre* (Festgabe für Frank, 1930, rist. anst., I, 163).

(5) Al discorso di RADBRUCH si riaggancia MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 164 e segg.

(6) Così SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* cit., pag. 110, il quale parla di una « teleologische Systematik der Straftatmerkmale ». D'altro canto è noto come la dottrina tedesca faccia spesso giocare in sede di ricostruzione analitica degli elementi che compongono l'illecito penale e nella loro determinazione concettuale la funzione retributiva della pena non esplicitamente riconosciuta dalla Costituzione. È ovvio che il peso del dato teleologico deve essere maggiore in un sistema come il nostro che prende esplicita posizione (art. 27, 3° comma Cost.) sul fine della pena.

(7) In tal modo il momento teleologico non influisce soltanto sul piano dell'interpretazione della norma penale: così SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht* cit., pag. 110.

(8) Così, ad es., M. GALLO (*I reati di pericolo* [Foro Pen., 1969, 8-9]) desume dalla funzione della pena ex art. 27, 3° comma, Cost., la costituzionalizzazione della concezione realistica del reato.

(9) La caratterizzazione teleologica così marcata a livello costituzionale differenzia nettamente il reato dagli illeciti extrapenalari.

(10) Per una sintesi delle differenti accezioni in cui è usata la locuzione, cfr. per tutti, PAGLIARO, voce *Fatto* (Dir. pen.) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, 1967, pag. 951 e segg.).

(11) Tale accezione non coincide del tutto con quella fatta propria da C. F. GROSSO nella voce *Responsabilità penale* cit. L'Autore, muovendo dalla definizione di « responsabilità penale » come imputazione di un fatto penalmente rilevante ad un soggetto e come conseguente applicazione, a suo carico, di una sanzione criminale, si sofferma prevalentemente sui criteri generali e costituzionali che disciplinano tale imputazione, nonché sulle caratteristiche, anche costituzionali, delle sanzioni criminali, trascurando, per contro, l'esame dei requisiti di capacità che condizionano l'imputazione delle sanzioni criminali al soggetto (esaminati, viceversa, rispettivamente nelle voci *Capacità penale* [a cura di M. GALLO, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, 1958 pag. 880 e segg.] e *Imputabilità* [a cura di G. BATTAGLINI e G. CRIPÒ, *Ibid.*, vol. VIII, 1962, pag. 451 e segg.]).

Va rilevato, incidentalmente, che taluni profili costituzionali (come, ad es., quello della « personalità » della responsabilità penale) sono da C. F. GROSSO esaminati nella prospettiva dell'imputazione, mentre nella nostra voce saranno esaminati nella loro incidenza sulla struttura dell'illecito penale.

(12) Cfr. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, *passim*.

(13) Per un esame critico della tesi (sostenuta da M. GALLO, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, voce *Dolo* [dir. pen.], pag. 754 e segg.) secondo cui « fatto » sarebbe il complesso degli elementi del reato che rientrano nell'oggetto del dolo e della colpa, si veda PAGLIARO, voce *Fatto* (dir. pen.) cit., pag. 954 e segg., il quale, per contro, accoglie una nozione di « fatto di reato » comprensiva di tutti gli elementi strutturali oggettivi e subjetivi del reato, dei soggetti del fatto (ossia i soggetti che figurano nell'aspetto strutturale del reato e che possono anche non coincidere con il soggetto o i soggetti dell'illecito), delle condotte di questi soggetti nella totalità dell'aspetto subjetivo (volontà significativa) e dell'aspetto obiettivo (realizzazione del valore), dei momenti soltanto subjetivi (ad es., finalità non realizzate) o soltanto obiettivi (guri ac-

non impingere su di un terreno che, per una scelta non solo metodologica, abbiamo ritenuto estraneo (1) all'indagine.

All'inizio del paragrafo avvertivamo il lettore circa i pericoli che presenta una concezione della teoria generale del reato dimentica della parte speciale. È un pericolo sul quale la dottrina in sede di analisi, spesso combattuta fra una dedizione esclusiva o alla parte speciale o alla parte generale (2), ha già ripetutamente posto l'accento. Così, ad es., in tema di colpa si è sottolineato (3) il pericolo della creazione di « un unico e indistinto *crimen culpae*... con la conseguente totale « astrazione » della « colpa » dai *crimina culpae* di cui fa necessariamente parte, e con la conseguente « irrilevanza », tra l'altro, degli « eventi tipici » ai sensi delle varie figure colpose... ». Il risultato è spesso quello di ostacolare la costruzione di « concetti veramente generali e astratti » (4): come nel settore sopra prospettato, l'allontanamento della parte speciale è servito « a rendere, se possibile, ancor più « misterioso » e incomprensibile il già discusso « rapporto » tra colpa ed evento ». Il discorso, che potrebbe riprodursi anche per altri momenti dell'analisi (5), vale altrettanto in sede di teoria generale del reato. Alcune esemplificazioni: per ipotesi, non avremmo la sensazione dell'antinomia (apparente) tra art. 25, 2° comma, Cost. (carattere della tassatività) e sistema positivo se considerassimo esclusivamente l'art. 1 Codice Pen. e non anche le formule « vaghe », disseminate nelle specie di reati; ovvero potremmo considerare l'art. 115 C. Pen., nei limiti in cui afferma la non punibilità dell'istigazione non accolta o, se accolta, non seguita dalla commissione del reato, come principio generale, se non considerassimo le ipotesi specifiche di istigazione disseminate nella parte speciale. D'altro canto, si è detto (6), di una teoria generale del reato come sintesi dei suoi connotati essenziali, può parlarsi proprio in quanto esiste una tipologia dei reati, a differenza, invece, di quanto avviene per l'illecito civile.

f) Sempre nel quadro di una chiarificazione dei vari modi di impostare la teoria generale del reato è di

determinarne l'oggetto, è necessario accennare ad alcune tendenze miranti a risolvere la dogmatica del reato in dogmatica dell'autore. Alludiamo alla teoria germanica del *Tätertyp* (7) la quale nasce da un progressivo rifiuto opposto all'analisi razionale dell'illecito, dall'accoglimento di una concezione unitaria del reato che viene successivamente, data la sua natura (8), sostituita integralmente o quasi dalla nozione di « tipo d'autore ». L'argomento potrebbe avere un sapore esclusivamente storico se non fosse per un recente accostamento operato dalla dottrina (9) fra la concezione germanica del *Tätertyp* e la concezione materiale del reato, propria dei paesi socialisti (10): entrambe espressione di una tendenza a risolvere la dogmatica del reato in dogmatica dell'autore. Donde l'opportunità di seguire più da vicino, pur se in termini necessariamente schematici, i passaggi attraverso i quali la dottrina germanica del reato è pervenuta a tale risultato. E ciò anche al fine, sia di saggiare la validità dell'accostamento con la concezione materiale del reato, sia di raffrontare l'evoluzione delle dottrine generali del reato in Germania e in Italia in un periodo storico caratterizzato da rilevanti affinità ideologiche e politiche; sia di chiarire i rapporti intercorrenti fra la concezione unitaria del reato nel senso di cui sopra e la teoria generale dell'illecito penale intesa come sintesi dei connotati essenziali concernenti il reato nella sua globalità; sia, da ultimo, di ricavare dall'esame dei vari processi di scomposizione o di ricomposizione dell'unità del reato spunti validi per la nostra indagine. Nella misura in cui questo tipo di ricerca implica una comparazione fra sistemi diversi, è doveroso sottolineare come la dottrina (11) abbia posto spesso l'accento sui rischi e sulle difficoltà che il metodo comparativo presenta quando abbia per oggetto concezioni dogmatiche e, in specie, dottrine generali del reato.

Nella « *Verbrechenslehre* » vengono distinti (12) tre grandi momenti, ciascuno dei quali con premesse ideologiche più o meno marcate: concezione classica, neo-classica e finalistica del reato.

cadimenti naturali) comunque descritti dalla fattispecie penale e, infine, di certi elementi negativi (assenza di cause di giustificazione, di disculpa, e di esclusione della sola pena). Nel quadro di tale ampia concezione del fatto di reato resta escluso il rapporto di imputazione del fatto, come illecito, a un soggetto, e, di conseguenza, non solo il soggetto come effettivo titolare dell'illecito, ma anche la capacità giuridica penale, la quale, sulla base comune, costituita dall'assenza di cause di immunità fondate su ragioni politiche, si articola poi nelle due distinte qualifiche di imputabilità (in ordine ai rapporti sanzionati con pena) e pericolosità sociale (in ordine ai rapporti sanzionati con misure di sicurezza) (PAGLIARO, *op. cit.*, pag. 954 e segg.). Quest'ultimo rapporto di imputazione rientra in quella che abbiamo chiamata sfera della « responsabilità penale »: a nostro avviso però il nesso tra i fattori del rapporto di imputazione (ossia l'imputabilità) e il fatto di reato nella sua struttura sostanziale è più netto di quanto non risulti per PAGLIARO (cfr. il nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità cit.*).

(1) Gli accenti alla tematica del « fatto di reato » saranno solo indiretti.

(2) Su queste alternanze di svalutazione della parte generale o, rispettivamente, della parte speciale del diritto penale ad opera della dottrina si sofferma con acuti rilievi, MARINUCCI, *Il reato come azione cit.*, pag. 41.

(3) Così, per tutti, ESCHSCH, *Untersuchungen über Voraussetzungen und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, rist. 1969, pag. 49 e segg.

(4) MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 45.

(5) Si pensi, ad es., alla costruzione di un « dolo in sé », svalutando il contributo chiarificatore che può derivare dal rapportare gli schemi formali del dolo al contenuto peculiare delle singole fattispecie criminose: basti considerare a tal proposito come la tendenza del « dolo in sé » abbia per anni spinto la dottrina a disinteressarsi del dolo nei reati omissivi. E ancora: si pensi alla costruzione del « tentativo in sé » anziché del tentativo del delitto di omicidio, del delitto di lesioni, ecc.

(6) Rileva infatti TRIMARCHI, voce *Illecito* (*Diz. priv.*) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, pag. 94), con riferimento all'illecito civile che « ... una teoria generale dell'illecito intesa come una formula o come un'insieme di formule che consentano di distinguere il lecito dall'illecito, o come una sistemazione delle caratteristiche comuni alle fattispecie illecite, non è possibile. O, tutt'al più, è possibile al livello di formule povere di contenuto, come quella secondo la quale l'illecito consiste nella violazione di una regola di condotta e non necessariamente nell'attentato a un diritto altrui ».

(7) Alla trattazione dei rapporti intercorrenti fra dogmatica dell'autore, e dogmatica del reato dedica un capitolo (II della Parte II, pag. 477 e segg.) della sua interessante indagine sul *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore* (Padova, 1967), A. A. CALVI.

(8) In tal senso A. A. CALVI, *Tipo criminologico cit.*, pag. 492.

(9) Così A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 515 e segg.

(10) Su tale concezione cfr. NUVOLONI, *Pericolosità sociale dell'azione, pericolosità sociale del delinquente e problema della legalità* (*Front'anni*, vol. I, cit., pag. 538 e segg.).

(11) Il rilievo è principalmente formulato da H. H. JESCHCK, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Belling im Vergleich mit der österreichischen Lehre* (ZSfW, 73, 1961, 179).

(12) Così, H. H. JESCHCK, *Lehrbuch des Strafrechts, All. Teil*, 2ª ediz., Berlin, 1972, pag. 153 e segg. Un riepilogo della *Verbrechenslehre* degli ultimi cent'anni fino alla dottrina finalistica dell'azione trovasi in WITZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, (*Juristische Schulung*, 1966, pag. 421 e segg.). Viceversa, alle vicende della dottrina del *Tatbestand* dal 1906 in poi è il lavoro di SCHWENKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Belling*, 1957. Con riferimento all'Australia si veda di MOOS, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18 und 19. Jahrhundert*, 1968.

Quali antecedenti della concezione classica sono indicati, sia la contrapposizione fra imputazione oggettiva e soggettiva (*imputatio facti e imputatio iuris*), sia l'enucleazione di un concetto oggettivo di antigiusuridicità ovvero di un concetto generale di antigiusuridicità. Alla contrapposizione fra elemento oggettivo e soggettivo del reato (trasposizione in termini sostanziali della distinzione processuale fra *imputatio facti e imputatio iuris*), che trova il suo pendant nella scomposizione carrariana del reato in *forza fisica o forza morale* (1), la dottrina tedesca non farà più ritorno (2), a differenza di quella italiana che, dopo lungo aggirarsi sui complicati e tortuosi sentieri dell'analisi, è riapprodata attualmente, almeno in parte (3) e sulla base di diverse motivazioni (4), all'originaria bipartizione.

Il concetto oggettivo di antigiusuridicità è nel 1867 posto in rilievo da JHERING (5) con riferimento a talune ipotesi di illeciti civili che si concretano indipendentemente da un elemento di colpevolezza e troverà il suo posto nella concezione classica come momento autonomo del reato. Il concetto generale di antigiusuridicità risale a BINDING (6) il quale, riservando alla legge penale il compito esclusivo di determinare la sanzione, costruisce una teoria generale dell'illecito che trova il suo aggancio nelle «Normen» contenenti prescrizioni e divieti di carattere generale. Un rilievo spezza naturalmente a tal punto il discorso: non v'è alcun dubbio che, nella selezione fra ciò che «è vivo e ciò che è morto» del pensiero di BINDING (7), fra le cose «morte» debba riservarsi un posto alla teoria «generale» dell'illecito; il pensiero corre naturalmente alla Costituzione italiana che, stagliando un volto dell'illecito penale del tutto caratterizzato, smorza la tentazione irresistibile del giurista di costruire una teoria dell'illecito scevra da suggestioni sanzionatorie (8).

La concezione classica (9) del reato si fonda sulla tripartizione in *Tatbestandsmäßigkeit* (conformità al tipo), *Rechtswidrigkeit* (antigiuridicità) e *Schuld* (colpevolezza). Mentre, da un lato l'elemento della «*Tatbestandsmäßigkeit*» è frutto di un equivoco scambio fra il piano di posizione e quello di applicazione delle norme (10), l'elemento della antigiusuridicità trova nella tripartizione la ragione della propria autonomia ri-

spetto alla colpevolezza, in virtù dell'esistenza di casi di responsabilità oggettiva, e rispetto al fatto come locuzione espressiva dell'assenza di cause di giustificazione. Nell'ambito della tripartizione il *Tatbestand* viene inteso come descrizione puramente oggettiva del fatto (11), con esclusione di ogni elemento valutativo (12); l'apprezzamento giuridico del fatto, con i relativi giudizi di valore, tutti riconducibili però a parametri oggettivi, — si sente anche in ciò come vedremo l'infusso della concezione dello Stato di diritto — confluisce nell'ambito dell'antigiuridicità prevalentemente (13) intesa in senso formale.

Il rapporto fra «conformità» al tipo e «antigiuridicità» è costruito nel senso di configurare il primo come «indizio» (14) della seconda. Nella concezione classica del reato la colpevolezza è assunta in senso prevalentemente (15) psicologico: imputabilità, in chiave di presupposto, dolo e colpa come elementi costitutivi sono ad essa riconducibili; lo stato di necessità è visto come causa di esclusione della medesima. La riconducibilità della consapevolezza dell'antigiuridicità nell'ambito della colpevolezza è oggetto di vivaci contrasti. Lo stesso concetto unitario di colpevolezza non va esente da critiche (16); e spesso si preferisce elencare i fattori costitutivi qualificandoli come parte dell'elemento soggettivo.

Le matrici ideologiche e politiche della concezione classica del reato in Germania sono state chiaramente poste in luce (17). Da un lato la giuridicamente rigorosa determinazione degli elementi del reato trova la sua spinta filosofica nel positivismo scientifico il quale, in campo giuridico, propugna una costruzione dei concetti giuridici esclusivamente ancorata al diritto positivo, con eliminazione dalla dogmatica giuridica di considerazioni filosofiche, psicologiche e sociologiche. Sono le stesse basi dalle quali, qualche anno più tardi (18), in Italia prenderà le mosse l'indirizzo tecnico-giuridico con la prolusione di ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del «diritto penale»*, tenuta presso l'Università di Sassari nel 1910 (19), in chiave di antitesi polemica con i giuristi della Scuola classica (da non confondere con la concezione classica del reato in Germania) (20): «L'unica scienza classica del diritto penale — sono parole di ROCCO (21) —

(1) CARRARA, tuttavia, per aver considerato (*Programma*, parte gen. 8) il giudizio di imputazione del reato come «il risultamento di tre distinti giudizi» (*in facies*, imputazione *facti*; *in facies voluntariorum*, imputazione *moralis*; *in facies contra la legge*, imputazione *legale*), viene altresì, considerato come sostenitore della tripartizione: così PETROCCELLI, *Riassunto degli elementi del reato* (*Riv. It. Dir. e Proc. pen.*, 1963, 339-40, nota 6).

(2) Ciò traspare dall'*excursus* compiuto da H. H. JESCHKE, *Lehrbuch* cit., pag. 153 e segg., per il quale la «bipartizione» rappresenta soltanto l'antecedente storico della concezione «classica» del reato.

(3) Un riassunto della concezione tripartita, sotto il particolare profilo della collocazione delle cause di giustificazione nella sistematica del reato è compiuto da C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, pag. 27 e segg.

(4) Cfr. per una distinzione tra aspetto oggettivo e soggettivo del reato, C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti* cit., pag. 71.

(5) *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, pag. 4 e segg.

(6) *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 1, 2ª ediz., 1890, pag. 244. Va sottolineato come BINDING, se da un lato enucleando il concetto generale di antigiusuridicità, è ritenuto un anticipatore della concezione «classica» del reato, fondata sulla tripartizione, dall'altro è considerato un sostenitore (per la verità la tesi risale alla prima edizione 1872 della sua opera e non sembra più accolta nella seconda edizione citata) della configurazione delle giustificanti come parte della norma penale. Su quest'aspetto vedi C. F. GROSSO, *op. cit.*, pag. 28, nota 34.

(7) Un bilancio di tal natura è fatto da ARMIN KALFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normenlehre*, 1934.

(8) Fra l'altro, come s'è già detto, la concezione sanzionatoria del diritto penale perde ancor più mordente ove si pensi

alla delimitazione in senso costituzionale dell'oggetto della tutela, che differenzia il reato dagli altri illeciti.

(9) La locuzione è usata da H. H. JESCHKE, *Lehrbuch* cit., pag. 154.

(10) Così PETROCCELLI, *Riassunto* cit., 344.

(11) In tal senso BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* cit., pag. 178 e segg.

(12) Sul punto cfr. H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 155.

(13) La delimitazione in senso obiettivo e normativo dell'antigiuridicità è vista in correlazione con i principi dello Stato di diritto cui si riporta la concezione «classica»: cfr. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 156.

(14) In tal senso, CLASS, *Grenzen des Tatbestandes* (*Straf. Abh.*, vol. 323, 1933, pag. 39 e segg.).

(15) Sulla concezione psicologica della colpevolezza cfr. fra gli altri SANTAMARIA, voce *Colpevolezza* (*Enciclopedia del diritto*, vol. VII, 1960, pag. 648 e segg.).

(16) Sulla difficoltà della ricerca di un dato psichico unitario si sofferma SANTAMARIA, voce *Colpevolezza* cit., pag. 649.

(17) Manca nella dottrina italiana, salvi gli spunti fecondi contenuti nell'opera di BEYDOL, uno studio concernente le implicazioni ideologiche delle varie teorie formulate in sede di analisi del reato.

(18) Così H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 155; il ricollegamento della concezione classica del reato al positivismo scientifico è operato da WILZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pag. 22 e segg.

(19) La prolusione è pubblicata in *Opere giuridiche* di A. Rocco, vol. III, Roma, 1933, pag. 263 e segg.

(20) Non manca ovviamente qualche affinità: cfr., ad es., per un accenno alla tripartizione in CARRARA la nota 1 della pagina precedente.

(21) Cfr. *Opere giuridiche* cit., pag. 268.

ignara prima, e dimentica poi degli insegnamenti della scuola teorica del diritto, aveva preteso di studiare un diritto penale al di fuori del diritto positivo, si era illusa di potere, essa, foggare un diritto penale diverso da quello consacrato nelle leggi positive dello Stato, un diritto penale di carattere assoluto, immutabile e universale...». Questo indirizzo tecnico-giuridico si sviluppa poi pienamente, con un'accentuazione più marcatamente statualista e con prospettive politiche ben precise (1), in un periodo in cui in Germania prevale ormai la concezione neo-classica del reato, con una sfasatura cronologica della quale cercheremo di cogliere successivamente le motivazioni più riposte. L'opera che, in pieno indirizzo tecnico-giuridico, meglio corrisponde alla concezione classica del reato in Germania è la fondamentale monografia di DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato* (2).

L'altra matrice del *klassische Verbrechensbegriff* è costituita dalla concezione del *Rechtsstaat*, che ha, infatti, come corollari necessari sia la certezza del diritto sia la vincolatività del giudice a concetti semplici e controllabili. In questa prospettiva deve essere

collocata la funzione garantista del *Tatbestand* obiettivo e descrittivo, nonché la configurazione dell'anti-giuridicità e della colpevolezza in termini (la prima, formale e la seconda, psicologica) meno suscettibili di sconfinare in giudizi di valore.

Con la concezione «neoclassica» del reato si comincia ad operare quel processo di lenta erosione delle categorie formali che talora inconsapevolmente (E. WOLFF è, ad es. considerato «l'apprendista stregone» della teoria nazista del *Tätertyp*) (3) condurrà alla dissoluzione, in periodo nazista, della dogmatica del reato in una dogmatica dell'autore.

La concezione «neoclassica», influenzata dalla filosofia dei valori e dal neokantismo (*südwestdeutsche Schule des Neokantianismus*; RICKERT, LASK, ecc.), propugna una visione «teleologica» del reato, aperta ai «valori» e a condizionamenti irrazionali (4). Com'è stato rilevato (5), tale dottrina va smarrendo «...più o meno consapevolmente, il senso dogmatico genuino dei limiti posti a distinguere, nelle teorizzazioni classiche, i diversi elementi costitutivi del reato. Serii dubbi in ordine alla validità della tradizionale dicotomia,

(1) In periodo fascista si sviluppano in Italia due indirizzi che si riallacciano all'impostazione di massima del tradizionale metodo tecnico-giuridico, e cioè, il cosiddetto «realismo giuridico» ed il cosiddetto «indirizzo teleologico»; si delinea inoltre una posizione piuttosto isolata, la quale vorrebbe sostituire al tecnicismo giuridico e al Codice Penale del '30 una visione del diritto più marcatamente ed esplicitamente totalitaria.

I primi due indirizzi non sorgono contro l'impostazione generale del tecnicismo giuridico, bensì contro la sua mistificante pretesa di limitare l'interpretazione del diritto alle fonti positive, studiate con criteri di logica formale. Entrambi non spostano l'oggetto della scienza giuridica penale che deve essere soltanto il diritto positivo; senonché, mentre il primo reagisce all'abuso del metodo logico-formale, richiamandosi allo scopo della norma e alle necessità della vita, il secondo, cerca di rivitalizzare l'aridità della impostazione logico-formale sottolineando l'importanza della considerazione del valore tutelato.

L'abuso del metodo logico-formale a tendenza analitica aveva portato, ad es., la teoria generale del reato a sezionare la nozione di reato in un numero più o meno grande di elementi o di aspetti, di modo che la considerazione del tutto si era andata gradatamente perdendo. È bene chiarire che sia l'indirizzo realistico, sia l'indirizzo teleologico, pur reagendo a questa impostazione, rimangono pur sempre nel solco del tecnicismo giuridico e della scienza ufficiale del tempo, senza cioè propugnare quella concezione unitaria del reato nella prospettiva della violazione di fedeltà verso lo Stato, in questo momento dominante nella Germania nazista. L'ANTOLISE nella sua prolusione (*Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale* [Riv. It. Dir. Pen., 1937, 121 e segg.]) comincia a parlare di una considerazione realistica della scienza del diritto penale e muove guerra al formalismo giuridico partendo dalla considerazione che un suo primo difetto consiste nel «presupporre, implicitamente se non esplicitamente, che il diritto costituisce un sistema di principi organico ed armonico; un tutto perfettamente razionale. Tale presupposto, peraltro, non risponde in alcun modo alla realtà, perché il diritto è per natura sua atlogico. Nel diritto, infatti, esiste una grande quantità di elementi irrazionali, e cioè, di regole e principi che non è possibile ricondurre ad unità ed inquadrare in un sistema».

L'ANTOLISE cita, come esempi di questi ultimi elementi, alcuni casi di responsabilità oggettiva esistenti nel Codice Penale Rocco e difficilmente armonizzabili con il principio *nullo poena sine culpa*. L'Autore rileva che il metodo il quale trascuri tali elementi irrazionali non riesce a presentare la realtà in modo adeguato e perfetto, e consiglia al giurista di «...controllare i risultati delle sue operazioni dialettiche alla luce della realtà sociale. Ciò significa che egli deve costantemente considerare gli effetti che l'applicazione di una determinata interpretazione o di un dato principio hanno nella vita sociale, per verificare se esse rispondono ai fini delle singole norme e alle direttive generali dell'intero ordinamento giuridico... Insomma, il giurista non deve subire la tirannia della logica; deve piuttosto piegare la logica alle necessità della vita...». Alla luce di queste esigenze realistiche l'Autore riesamina molte delle questioni tradizionali: ma non ci è consentito in tal sede entrare nei particolari del metodo «realistico».

Un dato va però precisato: l'indirizzo attribuisce all'irrazionale un ruolo marginale che viene a temperare un sistema panlogistico in cui tutto si svolge secondo un ordine irreprensibile.

Ancora una volta si rimane nei limiti della scienza giuridico-penale ufficiale, senza lasciarsi suggestionare da certe premesse irrazionalistiche dominanti in quel tempo in Germania. La scienza penalistica di marca nazista, infatti, spinge l'istanza sostanzialistica, come osserva il NUZZOLENE (*Il momento penale*, in *Treat. ausl.*, op. cit., vol. I, pag. 141), «... fino a negare ogni validità agli strumenti razionali, e in particolare ai concetti, come mezzi di conoscenza, e a sostenere quindi, accanto e al di sopra della legge, la configurabilità di altre fonti di diritto penale, come la coscienza popolare, il sano sentimento della collettività, ecc... fonti a cui il giudice, nel pensiero di questi scrittori, avrebbe potuto attingere solamente attraverso una intuizione a carattere irrazionale».

L'indirizzo teleologico del BETTIOL propugna di superare il rigore del metodo logico-formale tramite la considerazione dei valori tutelati dal diritto penale: l'espressione «valore» è preferita alle espressioni «bene» o «interesse», poiché queste richiamano troppo una concezione materialistico-individualistica di un diritto penale informato ai criteri della giurisprudenza degli interessi. I valori etici, religiosi, culturali, economici della società organizzata non sono categorie astratte, bensì esprimono un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale. Fare appello al valore come strumento per superare il rigore logico-formale significa, pertanto, considerare il rapporto tra l'uomo e la realtà la quale ha in sé un ordine e una finalità; donde il carattere teleologico di tale indirizzo. Si badi: sia la considerazione dello scopo nell'indirizzo realistico che l'accentuazione della finalità nel teleologismo si mantengono nell'ambito delle grandi linee dell'indirizzo tecnico-giuridico; il fine è sempre quello *intra viam* alla norma: non si ricorre mai ad elementi irrazionalistici del tipo di quelli inseguiti in Germania dalla dottrina.

Malgrado le indiscutibili interconnessioni esistenti fra la dottrina tedesca e l'indirizzo teleologico, soprattutto per il tramite della filosofia dei valori, in BETTIOL rimane ben saldo il concetto di reato come lesione di un valore tutelato. Infatti: pure essendo tale Autore sensibile al processo di eticizzazione del giudizio di colpevolezza, alle varie forme di colpa d'autore e alla tipologia d'autore di marca tedesca, e pur essendo disposto ad ammettere il processo di subiezione del diritto penale attraverso l'accentuato rilievo dato alla volontà rispetto all'evento (diritto penale dell'atteggiamento interiore), egli non ammette che il concetto di valore tutelato debba scomparire con la relativa trasformazione dei reati da reati di lesione a reati di mera disobbedienza; com'era viceversa accaduto in Germania. Si vedrà in seguito come sia di quest'ultimi anni (1971) una completa adesione, attraverso un processo allora in germe, del BETTIOL al diritto penale dell'atteggiamento interiore: di questo mutamento d'opinione si cercherà di porre in luce le motivazioni politiche. In linea di massima, comunque, l'indirizzo realistico e l'indirizzo teleologico rimangono nell'alveo del mondo tecnico-giuridico ovvero della scienza ufficiale.

(2) Padova, 1930.

(3) La definizione è di A. A. CALVI, *Tipo criminologico* cit., pag. 508.

(4) In proposito vedi H. H. JESCHECK, op. cit., pag. 142. Siamo però su di un piano diverso da quella visione «teleologica» che caratterizza l'opera di BETTIOL.

(5) A. A. CALVI, *Tipo criminologico* cit., pag. 489.

nella dottrina germanica vengono avanzati, a quel tempo, con insistenza vieppiù accentuata». Cade, anzitutto, la concezione oggettiva e meramente descrittiva del *Tatbestand* di fronte alla rilevazione di elementi normativi e dei cosiddetti elementi soggettivi dell'antigiuridicità, appartenenti al fatto (1). La scoperta dei *subjektiven Tatbestandsmerkmale*, eliminando i quali il fatto perde ogni significatività, mette altresì in crisi la scissione tra fatto e antigiuridicità. D'altro canto, nell'ambito del *Tatbestand* da un concetto causale e naturalistico di azione (2) si passa o ad una configurazione della condotta come realizzazione del valore, premessa della concezione finalistica (3), ovvero ad una accezione « sociale » dell'azione che apre la porta, già sul terreno della fattispecie (4) prima che su quello dell'antigiuridicità intesa in senso materiale, al fenomeno scriminante dell'adeguatezza sociale (5). La difficoltà di una scissione fra fatto e antigiuridicità è comprovata dall'individuazione, all'interno della categoria degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità, di specifici momenti di *Gesinnung* (6), ossia di rilevanza dell'atteggiamento interiore dell'agente: è il primo passo verso il *Willenstrafrecht* e verso una concezione dell'illecito penale come « illecito personale dell'azione riferito all'agente » (7), nel quale il « disvalore personale dell'azione è il disvalore generale di tutti gli illeciti penali », mentre il « disvalore dell'evento », « l'offesa oggettiva ai beni giuridici », adempie ad una funzione solo « secondaria » e « limitativa »: come mera *quantité négligeable*. L'abbandono graduale dell'importanza del bene giuridico, caposaldo di un'ideologia liberale e classica dell'illecito penale, conduce ad una lenta svalutazione della dogmatica del reato a favore di una dogmatica dell'autore.

Il *Tatbestand*, perciò, nella concezione neoclassica del reato viene progressivamente tradotto in un'antigiuridicità tipizzata (8); mentre quest'ultima utilizza sempre di più punti di vista « materiali » (antigiuridicità materiale in contrapposizione a quella formale) per andare alla scoperta di nuove cause di giustificazione oltre quelle codificate, « al dichiarato scopo — come già si è sottolineato (9) — di colmare pretese o reali lacune » rilevate... in seno ad una legislazione (come quella tedesca) « nata vecchia », sotto la spinta di drammatiche e sempre inedite esigenze della prassi. Dall'antigiuridicità materiale traggono vita sia il concetto di *Tätertyp* in funzione scriminante, sia il concetto di azione socialmente adeguata.

(1) In tema di « subjektiven Tatbestandsmerkmale » la bibliografia è particolarmente vasta; per un quadro bibliografico assai accurato rinviamo a H. H. Jeschek, *op. cit.*, pag. 212-13. Utile, comunque, per cogliere l'incidenza che la scoperta degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità ha avuto sul passaggio dalla concezione classica a quella neoclassica del reato è la opera di SEEVERS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934.

(2) Per un accurato esame dell'evoluzione della dottrina tedesca sul concetto di azione è utile la consultazione di MARINUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 1 e segg.

(3) Sulla configurazione dell'azione come « Willensverhalten », « Willenswirklichkeit » o « Willkürliches Verhalten » si sofferma H. H. Jeschek, *Lehrbuch* cit., pag. 143.

(4) In tema di concezione « sociale » dell'azione, rinviamo a FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, pag. 118 e segg., e agli ampi richiami bibliografici ivi contenuti.

(5) Per un esame dei vari ruoli attribuiti all'adeguatezza sociale nella teoria generale del reato rinviamo a FIORE, *L'azione socialmente adeguata*, cit., *passim*. Cfr., altresì, GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, *passim*. Sul ruolo dell'adeguatezza sociale sono assai interessanti i rilievi di NUVOLOSE, nella *Premessa alla ristampa*, de « I limiti taciti della norma penale », Padova, 1972, pag. 19 e segg.

(6) Sulla rilevanza delle forme di *Gesinnung*, è fondamentale il lavoro di SCHARSTEN, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958. Ribadisce in Italia, di recente, e in forma

Con la concezione « neoclassica » del reato lo stesso elemento della colpevolezza si sposta da un piano meramente psicologico ad un piano normativo, ponendo così le premesse per quell'assorbimento, nell'ambito dell'azione, del dolo e, meno agevolmente, della colpa che sarà operata da WELZEL e dai sostenitori della teoria finalistica dell'azione (terza concezione, in ordine cronologico, dell'illecito penale che non sarà esaminata in questa sede in quanto estranea alle prospettive che ci siamo proposti). Attorno al concetto normativo di colpevolezza, in virtù del quale un comportamento vietato può essere imputato a taluno quando gli si può muovere un rimprovero per ciò che ha fatto, cominciano a ruotare, oltre all'imputabilità che è il presupposto del rimprovero, la consapevolezza dell'antigiuridicità penale (10) e l'inesigibilità; nonché alcune cause di colpevolezza non codificate ma individuate secondo precise esigenze che fanno da *pendant* rispetto a quelle già segnalate per le cause di giustificazione non codificate. In un clima di progressivo disancoramento dalla legge positiva liberale è logico che anche il concetto di colpevolezza si colora di una patina eticizzante pronta a recepire i nuovi contenuti autoritari: il progressivo scivolamento del giudizio di colpevolezza dalle basi sicure del « fatto » alle incerte fondamenta della « condotta di vita » o del « carattere » (11) avvalorata anche sul piano della colpevolezza l'emergenza sempre più significativa del tipo d'autore.

Il colpo di grazia è inferto alla dogmatica del reato tramite la riforma del Codice Penale tedesco realizzata in regime nazista con la modifica del paragr. 2, che autorizza, con l'appello alla fonte del « sano sentimento del popolo », il ricorso all'analogia *in bonam* e *in malam partem* (12). È tutto ormai chiaro: partendo dalla concezione classica del reato, attraverso una svalutazione e progressiva erosione dei momenti del fatto, dell'antigiuridicità e della colpevolezza, considerati espressione di una decadente visione liberale (13), attraverso la svalutazione dell'importanza del bene giuridico cui corrisponde una configurazione del reato in termini unitari come violazione del dovere di fedeltà (14), attraverso il riferimento dell'antigiuridicità e della colpevolezza a punti di vista materiali e la rilevanza di puri momenti di *Gesinnung*, si perviene a ritenere quale oggetto di imputazione penale un soggetto semplicemente *infedele*, magari per un semplice atteggiamento interiore - *Gesinnung*, alle nuove regole della comunità nazionalsocialista (15). In questa

assai significativa come meglio diremo in seguito, la rilevanza della « *Gesinnung* », BETTOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 3 e segg.).

(7) Così, successivamente, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 9ª ediz., 1965, pag. 56.

(8) Afferma in proposito H. H. Jeschek, *Lehrbuch* cit., pag. 144, che il *Tatbestand* si trasforma in « Unrechtsatbestand im Sinne des Begriffs der für die betreffende Deliktsart typische Momente der Rechtswidrigkeit ».

(9) L'affermazione è di MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 33.

(10) Una panoramica assai accurata della letteratura tedesca sulla consapevolezza dell'antigiuridicità penale trovasi in DE FIGUEROA DIAS, *O problema da consciência da ilicidade em Direito Penal*, Coimbra, 1969.

(11) Ciò è comprensibile in uno Stato attento come quello nazista in primo luogo ai principi della « eticità » così A. A. CALVI, *Typo criminologico* cit., pag. 494.

(12) A proposito di tale riforma significativa sono le pagine di NUVOLOSE, *La riforma del § 2 del codice penale germanico* (Trent'anni cit., vol. I, pag. 1 e segg.).

(13) In tal senso, DAHM e SCHARSTEN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, pag. 13-14.

(14) Per cogliere appieno tale concezione del reato sono assai utili le pagine di ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961.

(15) Si sofferma attentamente su tale configurazione del *Tätertyp* come avversario della comunità, A. A. CALVI, *Typo criminologico* cit., pag. 50 e segg.

atmosfera ideologica, anche se la dogmatica del reato apparentemente vive (1), in realtà essa è soppiantata da una dogmatica dell'autore. Una duplice precisazione si rende necessaria. Anzitutto, la tipologia d'autore, sorta col precipuo fine (2) di temperare *in bonam partem* il rigore di talune norme, viene gradualmente strumentalizzata, sia attraverso il paragr. 2 *StGB*, sia attraverso leggi speciali articolate secondo le cadenze di questa tecnica normativa (3), alle particolari finalità del «terrorismo» nazista. E inoltre: il passaggio da una dogmatica del reato ad una dogmatica dell'autore avviene soltanto, com'è stato acutamente messo in luce (4), in correlazione ad una tipologia *normativa* d'autore. Anzi la dottrina tedesca del «diritto penale autoritario» non dimostra una particolare sensibilità per la tipologia criminologica (5). È notorio in ogni caso che dogmatica del reato e tipo criminologico sono tendenze fra loro conciliabili e non destinate ad elidersi: la stessa scuola positiva italiana, tutta protesa verso un potenziamento della tipologia criminologica per un migliore adeguamento della sanzione alla personalità dell'agente, non è mai giunta a rinnegare la dogmatica del reato (6); e ciò anche prima che la scuola stessa finisca per stemperare gran parte delle proprie velleità nel filone ormai prevalente in Italia, durante il periodo fascista, del metodo tecnico giuridico (7). Sarà nostro compito sottolineare, nel seguito dell'indagine, come nell'attuale situazione positiva italiana, la tendenza ad un potenziamento della tipologia criminologica (pur coerente con le esigenze di legalità e di tassatività) espressa a livello costituzionale dall'art. 27, 3° comma («...le pene devono tendere alla rieducazione del condannato») si concili perfettamente con una dogmatica del reato rigorosa-

mente ancorata al postulato, anch'esso costituzionale, dell'idoneità lesiva del medesimo.

Con la caduta del regime nazista la dogmatica del reato riprende quota nel prevalente (8) contesto della concezione finalistica del reato (terza fase nello sviluppo della teoria del reato in Germania). Crollano, infatti, tutte le premesse normative e ideologiche della dogmatica dell'autore: viene abrogato il paragr. 2 *StGB*, unitamente alle leggi speciali naziste (9); per reazione alle sue premesse autoritarie, viene attaccata la concezione del reato come violazione del dovere di fedeltà e riaffermata, senza portarla alle sue estreme conseguenze, per le prevalenti venature «soggettivistiche» che connotano le dottrine generali del reato nella Germania del dopoguerra (10), la concezione del reato come violazione di un bene o interesse; viene ribadito a livello costituzionale (art. 103, 2° comma, *Grundgesetz*) il principio di legalità, malgrado l'atmosfera «giusnaturalistica» che, in antitesi con l'autoritarismo statuale del periodo nazista, si respira in Germania dal '45 in poi.

Non si assiste, tuttavia, ad una reviviscenza della classica tripartizione degli elementi del reato, di marca liberale. La concezione restrittiva e descrittiva del fatto si è ormai logorata al fuoco di fila degli attacchi della filosofia dei valori, mentre il *Garantietatbestand* del periodo liberale si converte gradatamente, sotto la spinta costituzionalistica del principio di legalità, in un *Gesamtatbestand* (11). È nell'ambito del *Tatbestand* (o, meglio, dell'*Unrechtsatbestand*) (12) che la dottrina finalistica, muovendo dalle premesse dei neokantiani circa la «*Wirklichkeit des sozialen Seins*» e, perciò, circa la necessità di ancorare la costruzione giuridica a *sachlogischen Strukturen* (categorie ontologiche) e alla *Natur der Sache* (natura delle cose) (13),

(1) In proposito si veda l'analisi di A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 479 e segg.

(2) Insiste particolarmente su tale aspetto — ed è assai singolare, SOLNAF, *La nozione di pericolo derivante alla società dal reato nel diritto penale socialista (Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1962, 1060), il quale afferma: «Tali indirizzi dottrinali (quelli cioè in tema di *Tätertyp*), che a qualcosa servono in quanto riuscirono a coartare l'estensione delle misure terroristiche instaurate dal regime nazista, non hanno nulla in comune con il diritto penale socialista, dal quale sono anzi categoricamente respinti».

(3) Le leggi speciali naziste più importanti sono successive alla legge del 1935 che rimpioveva il divieto di analogia in materia penale: sono richiamate da A. A. CALVI, *Tipo criminologico cit.*, pag. 114, nota 342.

(4) In tal senso A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 533 e segg.

(5) Come appare d'altro canto evidente attraverso l'esame del Progetto Ferri del 1921.

(6) Così A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 533-34.

(7) Per quanto attiene, alla scuola positiva, infatti, è significativo il fatto che, nell'atmosfera del tecnicismo giuridico, si registra un'accentuazione di quella componente giuridica, che, assieme alla componente sociologica ed antropologica, fa da supporto all'indagine del «positivismo criminologico».

L'accettazione del metodo propugnato da ARTURO ROCCO emerge evidente da dichiarazioni di esponenti della scuola positiva; per FLORIAN, ad es., «nessun serio cultore del diritto penale avrebbe potuto rifiutare l'indagine sistematica e dogmatica propugnata dall'indirizzo del tecnicismo giuridico». Il punto di frattura permane circa l'esclusività o meno di tale metodo: secondo i positivisti l'elemento logico-giuridico non può essere esclusivo, tenuto conto del fatto che il diritto penale non può essere schematizzato al pari del diritto privato essendo penetrato dalle condizioni economico-sociali di un popolo. Donde il maggior rilievo in chiave non esclusivamente *endogenica* che per i positivisti assume il momento critico e la maggior rilevanza che per essi rivestono le cosiddette scienze ausiliarie.

Ciò non toglie che la sensibilizzazione dei positivisti al nuovo metodo divenga ogni giorno più forte: fino ad arrivare a quel vertice di raffinato tecnicismo giuridico rappresentato dall'analisi della fattispecie oggettiva da parte del *Gesamtatbestand*.

In tal guisa, durante il fascismo, il positivismo criminologico, smorzate o neutralizzate certe istanze di riforma sociale (non

per nulla perde di consistenza l'idea dei cosiddetti sostitutivi penali) e, soprattutto eliminati da sinistra certi attacchi all'impalcatura borghese del sistema penale, riesce a mantenere, sia pure in forma decisamente sfumata, realmente inmutati i suoi presupposti basilari durante il periodo fascista.

E ciò perché tali presupposti, rappresentando già di per sé il prodotto della razionalizzazione dei principi del positivismo operato dal sistema liberale, non contrastano neppure essenzialmente con i principi autoritari del pensiero politico dell'epoca: il che sempre tenendo presente la continuità presente tra regime liberale e fascista, non deve destare meraviglia. Lo stesso concetto di «difesa sociale» su cui si fonda il positivismo criminologico, debitamente depurato, non è in antitesi con l'ideologia fascista. Abbandonato il concetto puramente naturalistico di società come organismo e non avendo d'altro canto mai accolto un concetto marxista di società fondato sulla lotta di classe, accolto soltanto da alcune frange estremiste della scuola positiva, il positivismo non trova difficoltà ad accettare pienamente la teoria fascista della società, legata al riconoscimento della diversità delle classi sociali in quale è superata tramite il mistificante concetto di interesse nazionale o perciò di reciproca compenetrazione degli interessi contrastanti in vista di un medesimo fine comune.

In nome di una difesa sociale così intesa si può comprendere come il fascismo possa anche aver recepito alcune istanze del positivismo sul terreno della politica criminale, traducendole in concrete riforme (si pensi, ad es., alla legge sui minori del '34 che, segnando un abbandono delle istanze retributive, risente indubbiamente anche dell'infusso della scuola positiva).

(8) Per l'esame del «*Verbrechensbegriff des Finalismus*», rinviamo a H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 160 e segg. e agli ampi richiami bibliografici ivi contenuti.

(9) Sulla fine del *Tätertyp* nella Germania Occidentale e «sul passaggio di consegne» tra le macerie di Berlino, vedi A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 514.

(10) Venature «soggettivistiche» che non si identificano esclusivamente col finalismo: cfr. H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 163.

(11) Di *Gesamtatbestand*, si parla anche per sottolineare l'inclusione nel *Tatbestand* degli elementi negativi, cfr. gli Autori citati da H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 188.

(12) Espressione che segna ormai l'abbandono di una concezione «Wertneutral» del *Tatbestand*.

(13) Su questi aspetti si veda soprattutto WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, pag. 49.

costruisce un contesto di azione cui si riportano il dolo e, in varia guisa, la colpa, nonché tutte le caratteristiche soggettive dell'illecito (1). La concezione dell'antigiuridicità materiale dopo la scomparsa del paragr. 2 continua a fare da supporto al tentativo di scoprire nuove cause di giustificazione (e il discorso parallelo vale per le cause materiali di esclusione della colpevolezza) per fronteggiare esigenze nascenti nel seno di una legislazione che continua ad essere « vecchia » (2). Il concetto di colpevolezza, non più saldamente distinto da quello di antigiuridicità come ai tempi della « tripartizione », rimane intriso di risvolti etici, per le suggestioni giusnaturalistiche del momento, anche se mutano i parametri di tale eticità (3). Il crollo delle premesse su cui si fondava la tipologia normativa d'autore influenza altresì la tendenza a porre quale oggetto del rimprovero, anziché un fatto, il carattere, la condotta di vita, ecc., esclusivamente (4) nell'ambito di ipotesi normative di aggravamento o attenuazione della colpevolezza (5) e non di ipotesi autonome di incriminazione (6). Una tendenza che la dottrina tedesca del dopoguerra, in armonia (7) con la concezione neoclassica del reato, non rinuncia a potenziare, è quella rivolta alla delineazione di un diritto penale più in termini di « volontà » che di « evento »: pur se nel binario di una più stretta legalità, di un più rigoroso ancoraggio dei momenti soggettivi al fatto e, infine, di un ripristino, in luogo del momento soggettivistico della violazione del dovere di fedeltà, del momento oggettivo del bene o interesse tutelato. La corsa alla scoperta di momenti personalistici del reato si potenzia, anzi, proprio nel dopoguerra: è infatti del 1958 il volume con cui SCHMIDHÄUSER (8) ha posto in piena luce i momenti di *Gesinnung*.

In sintesi, grazie soprattutto alla dottrina finalistica che, forse — ma l'ipotesi andrebbe più ampiamente approfondita e avvalorata —, rappresenta nella storia del pensiero giuridico penale tedesco la razionalizzazione della concezione neoclassica del reato e dei suoi momenti involutivi con riguardo alla presente situazione politica (9), la dottrina penalistica tedesca attuale non realizza una conversione della dogmatica del reato in una dogmatica dell'autore (all'interesse per la tipologia normativa essendosi viceversa sostituito un crescente interesse per gli aspetti criminologici del reato e per la relativa tipologia (10)), bensì una progressiva accentuazione del momento personalistico dell'illecito penale.

Il freno rappresentato dal riferimento al parametro oggettivo del bene o interesse è labile in quanto, come meglio si dirà in seguito, quest'ultimo funge soltanto da limite teleologico di interpretazione della norma; senza che l'effettiva compromissione (lesione o messa in pericolo) del bene o interesse, sia considerata, a livello di normazione ordinaria (si badi, per es., alla punibilità del reato impossibile nel codice penale tedesco (11)) o costituzionale (12), elemento imprescindibile di ogni reato. Il pericolo di una strumentalizzazione autoritaria di tale personalizzazione del reato non è, quindi, da trascurare. È significativo il fatto che il progetto di riforma del codice penale tedesco, nella sua parte speciale, o costruisce i modelli dei reati prescindendo dall'idea stessa di lesione del bene giuridico o, comunque, utilizza un concetto di bene che è troppo depurato, circa la sua funzione limitatrice genuinamente liberale, dall'influsso soprattutto del teleologismo metodologico. Non va per contro sottaciuto l'atteggiamento di reazione che connota su questo punto l'*Alternativ-Entwurf (eines Strafgesetzbuches, All. Teil, 2^a ediz., 1969)* nel quale, al § 2, viene energicamente riaffermato che le sanzioni penali devono servire « alla tutela dei beni giuridici » e al reinserimento dell'autore dell'illecito nella vita sociale: locuzione che di per sé ancora non significherebbe riaffermazione della « necessaria lesività » dell'illecito penale se il tutto non fosse inquadrato nella cornice di un recupero della funzione limitatrice, di marca liberale, del concetto di bene giuridico. Così recuperato il significato genuinamente liberale della retribuzione (reazione dell'ordinamento giuridico penale alla reale offesa di beni), l'accostamento delle due funzioni delle sanzioni penali nel citato § 2 si avvicina molto a quello che specificheremo essere il contenuto dell'art. 27, 3° comma, della Costituzione italiana.

Con riferimento al processo di risoluzione della dogmatica del reato in dogmatica dell'autore è sorta (13) spontanea una domanda: « Perché la dottrina penalistica italiana coeva a quella di lingua tedesca, e certo dotata di pari senso critico, non avrebbe avvertita l'inevitabilità di simili opinioni radicali? Per quale motivo codeste scelte, se davvero necessarie per uscire da un vicolo cieco, in Italia non sono state sostanzialmente operate? ». È noto, infatti, come in Italia, mentre in Germania si sovrverte la nozione di reato e si altera l'equilibrio di quegli elementi costitutivi che il legislatore tedesco non ha mutati, la tripartizione in senso classico conosca il suo momento di maggior

(1) Sulle ripercussioni che tale nuovo concetto di azione comporta rinviamo alle sintetiche ma precise osservazioni di H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 161-62.

(2) Le vicende, anche recenti, del concetto di antigiuridicità materiale e le principali applicazioni giurisprudenziali dello stesso sono chiaramente riflesse nello studio di HUNZIG, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, (Festschr. für Eg. Schmidt, 1961, pag. 266 e segg.), cui rinviamo per le principali citazioni.

(3) I vari risvolti della concezione normativa della colpevolezza nella dottrina contemporanea del reato sono esaminati lucidamente da SANTAMARIA, voce *Colpevolezza* cit., pag. 655 e segg.

(4) Sul rapporto fra *Einzeltat* e *Lebensführung* (cfr. *Täter-, Persönlichkeits-, Charakter*) cfr. i richiami dottrinali, giurisprudenziali e normativi operati da H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 316 e segg.

(5) Come esempio di valutazione della *Täterschuld* viene considerato anche il § 17 del Codice Penale tedesco, nella sua più recente formulazione (una traduzione delle recenti riforme dello *Strafgesetzbuch* è opera di SCHUBERT, in *Indice penale*, 1972, pag. 455 e segg.), che attribuisce rilievo in funzione di diminuzione della pena, all'errore di diritto colpevole. Altri esempi di *Täterschuld* trovano riportati da H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pagina 317.

(6) Secondo H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 318, l'*Alternativ-*

Entwurf (eines Strafgesetzbuches, All. Teil, 2^a Aufl., 1969) sembrerebbe delimitare rigorosamente la misura della pena alla colpevolezza per il fatto (*Tatschuld*).

(7) Sulla contrapposizione tra « *Handlungswert* » e « *Erfolgswert* » nella dottrina tedesca attuale e sulla prevalenza attribuita al primo disvalore, in una prospettiva di diritto penale della volontà, si veda, in termini polemici, RUDOLPH, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes* cit., pag. 51 e segg.

(8) *Die Gestaltungsmerkmale in Strafrecht*, cit.

(9) Sulle origini « autoritarie » della concezione finalistica si soffermarono, in termini eccessivamente polemici con argomentazioni troppo semplicistiche ed ingenue, i giuristi della Germania Orientale, soprattutto nel periodo « stalinista ».

(10) Ciò si ricollega alla crescente consapevolezza dei legami tra dogmatica penale e criminologia empirica caratterizzante l'attuale fase della scienza giuridico-penale tedesca: di ciò qualche cenno in H. H. JESCHKE, *op. cit.*, pag. 163.

(11) Sulla concezione soggettiva ed oggettiva del tentativo in Germania (Occ.), anche in rapporto all'art. 23, 3° comma, della legge di riforma del Codice Penale, RUDOLPH, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes* cit., pag. 72-3.

(12) Per un tentativo di enucleare la « necessaria lesività » dell'illecito penale dallo spirito della Costituzione tedesca si veda RUDOLPH, *op. e loc. cit.*

(13) Si ponga l'interrogativo A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 496.

fulgore (1). L'identità delle premesse politiche da cui muovevano i due sistemi in quel tempo può far apparire strana la diversità delle soluzioni dogmatiche e contraddittoria in Italia l'adesione alla teoria della tripartizione, a sfondo liberale. Si è cercato di dare una risposta a tale quesito (2) rilevando che la dottrina italiana, mostrandosi restia all'accoglimento di quegli schemi dogmatici tramite i quali la concezione neo-classica tedesca ha sovvertito la « tripartizione », avrebbe palesato il proprio vincolo ad una impostazione culturale « naturalistica » (3). Altri (4), per contro, spiega l'ancoraggio della scienza penale italiana, anche durante il fascismo, ai postulati della concezione (tedesca) classica del reato come un tentativo di salvare in clima totalitario categorie schiettamente liberali, magari gabellandole per utili al diritto penale autoritario (5). In linea preliminare, escludiamo di poter addurre a giustificazione del fenomeno la tendenza, spesso sottolineata ingiustamente, della scienza giuridica penale italiana a collocarsi in posizione *mancipia* rispetto a quella tedesca; fra l'altro, per la discrasia cronologica, ingiustificabile, tra la concezione classica del reato in Germania e il recepimento delle relative categorie in Italia. La prima delle due ipotesi giustificative, pur parlando genericamente di impostazioni culturali « naturalistiche » senza distinguere opportunamente fra indirizzo positivistico-criminologico e tecnico-giuridico, coglie in parte nel segno: è indubbia, infatti, malgrado talune eccezioni (6), la scarsa permeabilità della dottrina penalistica dell'epoca da parte della filosofia dei valori ed altrettanto indiscutibile è la resistenza frapposta alle suggestioni della tipologia normativa di

autore da parte di una mentalità che, pur in una chiave ideologica ormai (7) scevra di elementi materialistici, risentiva ancora dell'influsso della tipologia positivista a sfondo criminologico. La seconda delle due ipotesi è, viceversa, la risultante di un atteggiamento, assunto da alcuni penalisti (e non (8) italiani i quali, all'indomani (9) del ripristino della democrazia, affermarono di essersi battuti in pieno regime per conservare, all'interno del sistema autoritario, categorie e principi del pensiero liberale. La verità è che la scienza penale « ufficiale » durante il regime trovò congruo, rispetto alla realizzazione degli scopi del medesimo, continuare ad utilizzare quelle categorie che l'indirizzo tecnico-giuridico, sorto con ben precise finalità ideologiche (10), aveva affinato sul modello germanico. Infatti: mentre nella Germania nazista l'esistenza di un Codice ormai vecchio aveva determinato, per il raggiungimento delle finalità autoritarie, la necessità di rivoluzionare le categorie penalistiche e la struttura del reato, in Italia finalità affini vennero raggiunte tramite l'elaborazione di un nuovo Codice (Rocco), preparato dalle raffinate elaborazioni del tecnicismo giuridico. Per cui, il rispetto del principio di legalità, la riaffermazione della tripartizione fondata su un concetto formale di antigiridicità e di colpevolezza sono gli strumenti indispensabili per rafforzare l'autorità del nuovo Codice. In altri termini, non v'è bisogno di andare alla ricerca di parametri extralegali di valutazione (antigiridicità materiale e colpevolezza in senso normativo o etico), quando il metro autoritario della condotta del cittadino leale è già scandito dal nuovo Codice; non v'è bisogno di costruire il reato come violazione del dovere di fedeltà (11) quando la misura

(1) Il classico lavoro di DELITALA (*Il fatto nella teoria generale del reato*) è del 1930.

(2) Si veda l'analisi di alcune possibili risposte in A. A. CALVI, *op. e loc. cit.*, pag. 496 e segg.

(3) In tal senso DANNERY, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1963, pag. 137-41.

(4) Tale è, ad es., il senso del discorso di G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio* (*Arch. Pen.*, 1945, 23) e di DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale* (*Ibid.*, 1945, 168 e 194), secondo i quali, principio di legalità, divieto di retroattività e resistenza del Codice Rocco alle suggestioni di un diritto penale sintomatico o della volontà sarebbero alcuni, certamente i principali sintomi della vittoria della tradizione giuridica incardinata nel tecnicismo giuridico sulla tendenza politica fascista.

(5) Così A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 511, nota 105, prendendo spunto dalla polemica tra BETTIOL (*Sul metodo della considerazione unitaria del reato* [*Scritti giuridici*, vol. I, cit., pag. 388 e segg. e specialmente pag. 393-95]) e SCHAFFSTEIN (*Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsquellenlehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft*, [*ZStW*, 59, 1940, 518 e segg. e specialmente 330 e segg.]). Secondo il CALVI, con una certa dose di ottimismo e di ingenuità, nella polemica fra BETTIOL che difende la validità di certe categorie (liberali) e SCHAFFSTEIN, che difende la considerazione unitaria del reato e le relative implicazioni, il secondo si renderebbe conto che « lo scrittore italiano gabella per utili al diritto penale autoritario, categorie schiettamente liberali: come il principio di legalità, il ruolo del bene giuridico nell'interpretazione, e via dicendo. Ma, pure accorgendosi, si limita a polemizzare per quel tanto ch'è necessario... ».

(6) È il caso di BETTIOL che filtra, però, tale dottrina in modo del tutto particolare.

(7) Sullo stemperarsi graduale dei presupposti ideologici e filosofici della scuola positiva italiana durante il fascismo si veda quanto già rilevato in una precedente nota.

(8) È il caso, ad es., di SANTORO PASSARELLI, *cit.* da G. LEONE in *Arch. pen. cit.*, pag. 28.

(9) E cioè nel 1945.

(10) A suo tempo poste in luce.

(11) In una posizione isolata nella dottrina penale durante il fascismo, si trova, per contro, il MAGGIORANI il quale, rialacciandosi all'impostazione generale della scienza giuridica tedesca durante il periodo nazista, propugna l'avvento di un diritto penale totalitario con eliminazione delle scorie di origine liberale presenti nel Codice Rocco (*cf.* *Diritto penale totalitario*

nello Stato totalitario [*Riv. It. Dir. Pen.*, 1939, 140 e segg.]). L'Autore muove dal presupposto di ritenere che nel Codice Penale Rocco, a causa dell'eterno contrasto tra diritto e politica, il primo avrebbe frenato la seconda, impedendo che la pressione di questa portasse a violare quelle che erano le regole tradizionali di marca liberale nel nostro diritto penale. Ecco perché — secondo MAGGIORANI — si sono mantenuti fermi principi ed istituti in contrasto con le premesse teoriche del fascismo.

Esaminiamo alcuni di questi principi. Così il Codice Rocco avrebbe mantenuto l'idea del rapporto giuridico-penale, incompatibile con l'ideologia totalitaria in quanto pone sullo stesso piano il diritto statale di punire ed inesistenti diritti soggettivi dei singoli.

Analogamente alla base del codice sarebbe stata mantenuta l'idea del reato, di origine liberale, come lesione di un bene giuridicamente protetto. Di conseguenza l'Autore auspica l'avvento della concezione totalitaria del reato, d'origine nazista, come violazione di un dovere di fedeltà nei confronti dello Stato. Il MAGGIORANI non avverte che questa concezione del reato svincolata dal bene giuridico, se aveva avuto ragione di affermarsi in Germania, ancora legata all'intelaiatura dei beni stabilita dal codice prussiano, non aveva senso in Italia dove il nuovo Codice Penale aveva creato un assetto di valori e, quindi, specifici doveri di fedeltà, espressione del nuovo assetto autoritario.

Da questo auspicio circa l'accoglimento di una nuova concezione del reato, il MAGGIORANI ricava la correlativa configurazione di ogni reato come « politico ». Ogni delitto è un *crimen lesae majestatis* in quanto attenta alla maestà e alla autorità dello Stato, portatore dell'ordine etico e giuridico.

Da queste considerazioni l'Autore prende le mosse per un attacco al principio di legalità dei delitti e delle pene accolto dall'art. 1 del C. Pen. Rocco. E, senza tener conto della diversità di situazione tra l'Italia fascista e la Germania nazista, sopra accennata, propone, al fine di consentire al giudice, tramite l'applicazione analogica la costruzione di un diritto penale realmente totalitario, corrispondente pienamente all'ideologia del fascismo, la sostituzione dell'art. 1 con una norma del seguente tenore: « È un reato ogni fatto espressamente previsto dalla legge penale come reato e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della rivoluzione fascista e la volontà del duce, unico interprete della volontà del popolo italiano. Tale fatto, ove non sia previsto da una precisa norma penale, è punibile in forza di una disposizione analogica ».

È difficile giustificare nel contesto della scienza giuridica pe-

di fedeltà necessaria è già filtrata attraverso i beni normativamente tutelati.

Quanto s'è detto conferma che le categorie penali-stiche, come quelle giuridiche in genere, data la loro natura sovrastrutturale, non sono ontologicamente liberali, ecc. (1), ma possono assumere connotazioni diverse a seconda del contesto in cui vengano calate e dei fini che con le medesime il sistema vuole raggiungere: non si deve confondere la loro origine storica (ad es., la tripartizione è indiscutibilmente di origine liberale) con la loro connotazione ontologica.

g) Si è acutamente sostenuto (2) che il *Tätertyp* generale, accortamente elaborato dagli studiosi nazional-socialisti, non avrebbe esaurito la propria funzione politico-criminale in quell'ordinamento oggi tramontato. In altri termini, una politica criminale autoritaria si muoverebbe necessariamente sulla linea di un rifiuto, più o meno pretestuoso, della tipologia soggettiva criminologica e di un accoglimento della tipologia normativa d'autore. La politica criminale autoritaria, cioè, si osserva (3), « tenderà sempre a risolvere il reato nell'autore, la dogmatica del reato nella dogmatica dell'autore, il parametro valutativo giuridicamente certo in un parametro largamente discrezionale a sfondo politico-sociologico, la pena predeterminata in una misura di sicurezza « rieducativa » tendenzialmente indeterminata ». A riscontro di tale assunto si adduce il fatto che il *Tätertyp* costituirebbe oggi eredità accettata dalle democrazie popolari. « Muta soltanto l'etichetta. Il giudizio sulla presenza sociale dell'autore viene travestito, seppure non completamente, dalla clausola generale con cui si subordina la conseguenza del fatto-reato alla sua « pericolosità » o « dannosità » per gli interessi dello Stato, del regime, della classe sociale al potere. La sostanziale identità politico-criminale emerge, oltre tutto, dalla concezione materiale del reato e dalla dichiarata finalità di subordinare e commisurare la pena allo scopo preventivo di una rieducazione politico-sociale » (4). Malgrado il generico riferimento a tutti i Paesi a democrazia popolare l'assunto è formulato prendendo specificamente le mosse dalla Repubblica Democratica Tedesca e, in particolare, dai paragrafi 8 e 9 del relativo Codice

Penale attualmente modificati (5), i quali, nel riaffermare la concezione materiale del reato, rispettivamente stabilivano: (§ 8) « Non sussiste reato qualora una azione, pure corrispondendo al tenore letterale d'una fattispecie incriminatrice, per la sua trascurabilità e assenza di conseguenze dannose non sia pericolosa per la Repubblica Democratica Tedesca, per l'edificazione del socialismo, come pure per gli interessi del popolo lavoratore o del singolo cittadino. Ciò non esclude la punizione di un simile atto come contravvenzione »; (§ 9) « Non trova luogo alcuna punizione quando al momento del processo penale l'azione non possa più vedersi come socialmente pericolosa, oppure quando successivamente all'azione si sia verificato nel complessivo comportamento dell'autore un cambiamento tale da lasciar supporre che egli si atterrà alla legalità socialista ».

Le disposizioni legislative citate si risolverebbero nella figura di un generale *Tätertyp* negativo, « affatto identico nella portata sistematica a quello teorizzato da certi Autori nel periodo prebellico » (6). Tale discorso guarda « al significato sostanziale, e quindi politico, che ogni categoria giuridica formale ripete dalla presenza storica in più ordinamenti tra loro diversi » (7). « In effetti — si nota (8) — questo è il vero e prezioso contributo che la comparazione giuridica, specie se legata ad una considerazione storica, può apportare alla dogmatica e alla ricerca politico-legislativa ».

Esisterebbe, altresì, un nesso di evidente continuità fra la dottrina tedesca del periodo prebellico e la dottrina della Repubblica Democratica: « L'eredità di FREISLER (9) — si precisa (10) — ... tra le macerie di Berlino passa con disinvoltura nelle mani della BENJAMIN (11), a sua volta esponente ufficiale e teorizzatrice d'una nuova politica criminale autoritaria ». L'analogia tra le due esperienze sarebbe, altresì, rafforzata dallo scarso rilievo che la tipologia criminologica assume nelle legislazioni dei Paesi socialisti nonché dalla funzione di prevenzione speciale che in questi Paesi verrebbe attribuita alla pena.

Senza avere la pretesa di approfondire l'argomento che presupporrebbe ben altra trattazione, ci sembra che l'accostamento così operato fra la concezione na-

nale italiana durante il fascismo la posizione particolare del MAGGIORILE.

Si affaccia l'ipotesi secondo cui il predominio dell'indirizzo tecnico-giuridico avrebbe rappresentato soltanto una fase necessaria all'integrale devitalizzazione della scienza giuridico-penale; una fase necessaria ma transitoria che forse poteva precludere a scelte più drastiche e non più legate, nemmeno a livello formale, ai tradizionali istituti che per essendo essenzialmente autoritari erano di origine liberale.

L'ipotesi non ci pare sufficientemente suffragata. È più probabile che si tratti di una posizione « anomala » legata ad una valutazione approssimativa del Codice Rocco il quale così come era, senza bisogno di un ulteriore processo di « nazificazione », con il contorno delle leggi speciali, era sufficientemente espressivo dall'autoritarismo fascista.

(1) Altro è, infine, affermare che la costruzione dogmatica penale sfuggirebbe a suggestioni ideologiche, come ritiene, per es., MAURACH, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico* (trad. ital. NUVOLONE) (Riv. It. Dir. Pen., 1949, 638 e 639).

(2) A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 514.

(3) A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 555.

(4) A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 554-55.

(5) Il § 3 del C. Pen. attualmente vigente nella Repubblica Democratica Tedesca (cfr. *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Lehrkommentar Strafrechtsgesetzbuch*, I, Berlin, 1969, pag. 76) dispone che: « Eine Straftat liegt nicht vor, wenn die Handlung zwar dem Wortlaut eines gesetzlichen Tatbestandes entspricht, jedoch die Auswirkungen der Tat auf die Rechte und Interessen der Bürger oder der Gesellschaft und die Schuld des Täters unbedeutend sind (1° comma). Eine solche Handlung kann als Verfehlung, Ordnungswidrigkeit, Disziplinarverstoß oder nach den Bestimmungen der materiellen Verantwortlichkeit verfolgt werden, soweit dies gesetzlich zulässig ist ». Essendo stato, per ragioni di garanzia della legalità, in molte

disposizioni della parte speciale concretizzato in specifiche formale il principio di cui al § 3, quest'ultima norma ha oggi, a differenza della precedente, il valore di una generale « orientierende Grundsatzbestimmung ». Su queste ragioni di certezza che hanno ispirato la riforma è opportuna la consultazione di SCHMIDT-WEBER, *Straftaten und Verfehlungen* (Neue Justiz, 67, 110 e segg.); e per spunti vari cfr.: H. BENJAMIN-H. SCHMIDT, *Die Verantwortlichkeit für leichte Vergehen* (Staat und Recht, 1966, 28 e segg.); H. H. BRUHM, *Die Verfehlung als neuartige Sanktionsbewehrte Unrechtsabhandlung im Strafrecht der DDR* (GA, 1971, 97 e segg.); HILDBRAND, *Straftaten und Verfehlungen im neuen Strafrecht der DDR* (Jahrbuch für Ostrecht, 1969, I, 7 e segg.); MAURACH, *Das neue Strafrecht der DDR* (NJW, 68, 913 e segg.).

Il § 25 del vigente codice, in luogo del § 9, dispone che: « Von Maßnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist abzusehen; 1. wenn der Täter durch ernsthafte, der Schwere der Straftat entsprechende Anstrengungen zur Beseitigung und Wiedergutmachung seiner schädlichen Auswirkungen oder durch andere positive Leistungen beweist, dass er grundlegende Schlussfolgerungen für ein verantwortungsbewusstes Verhalten gezogen hat und deshalb zu erwarten ist, dass er die sozialistische Gesetzlichkeit einhalten wird; 2. wenn die Straftat infolge der Entwicklung der sozialistischen Gesellschaftsverhältnisse keine schädlichen Auswirkungen hat ».

(6) Così A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 516.

(7) A. A. CALVI, *op. e loc. cit.*

(8) A. A. CALVI, *op. e loc. cit.*

(9) È uno dei teorici del *Tätertyp*: autore, fra l'altro, di *Gedanken zur Strafrechtsreform*, nel vol. *Nationalsozialistisches Strafrecht-Denkchrift der preussischen Justizministeriums*, Berlin, 1933, pag. 6 e segg.

(10) A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 514.

(11) Il CALVI cita (a pag. 514, nota 112) della BENJAMIN lo studio *Zur Strafpolitik* (Neue Justiz, 1954, 453 e segg.).

zista del *Tätertyp* e la concezione materiale del reato nei Paesi socialisti sollevi non poche perplessità. Si badi: le considerazioni che faremo si muovono su di un piano concettuale e normativo astratto, non avendo la possibilità di conoscere le esatte applicazioni giurisprudenziali della concezione materiale del reato. E ancora: di quest'ultima si terrà conto nei limiti utili ad inficiare di dubbio la tesi esposta, rinviandone l'ulteriore esame al punto dell'indagine che toccherà i rapporti fra concezione realistica del reato ex articolo 49 C. Pen. italiano e concezione materiale dell'illecito penale nei Paesi socialisti.

Anzitutto, il riscontro storico di istituti analoghi, quando in effetti siano strutturalmente tali, in ordinamenti diversi non ha ancora significato politico se tali istituti non vengono inquadrati alla luce dei rispettivi presupposti ideologici.

E inversamente, lo si è verificato in precedenza, istituti e categorie giuridiche diverse possono assolvere ad analoghe finalità politiche in ordinamenti affini.

Sotto questo profilo va sottolineata la diversità fra il parametro indistinto e irrazionale, diretto a mascherare soltanto la volontà del Führer, del « sano sentimento del popolo », e il parametro che, per il giudizio di pericolosità dell'azione, è costituito dall'evoluzione della società socialista in funzione dell'interesse della classe lavoratrice. La concezione materiale del reato nei Paesi socialisti deve, pertanto, essere vista in collegamento con la concezione sovrastrutturale del diritto e con la conseguente tensione dialettica operante all'interno dell'illecito penale tra l'interesse specifico protetto dalla norma e quel più ampio interesse (della classe lavoratrice) (1) che è il polo attorno a cui ruota (2) tutto il sistema socialista.

Una conferma delle diverse premesse da cui muove la concezione materiale del reato può ritrovarsi nell'atteggiamento unanimemente critico — salvo qualche eccezione peraltro equivoca (3) — assunto dalla dottrina dei Paesi socialisti e in particolare della Repubblica Democratica Tedesca (4) nei confronti delle teorie del *Tätertyp* e delle connotazioni eccessivamente soggettivistiche proprie delle concezioni del reato nella Germania *pre* e *post-bellica* (concezione finalistica dell'azione).

E ancora: nei Paesi socialisti il reato non viene concepito come violazione di un dovere di fedeltà ma come offesa ad un bene o interesse; e tale aspetto viene esplicitamente ribadito, con specificazione dei beni e interessi protetti, dalle definizioni del reato, o meglio dei vari tipi di reato (5), che sono solitamente collocate in « apertura » dei codici penali dei Paesi del-

l'Est (6). Inoltre: sia le norme che definiscono il reato sia quelle che escludono la punibilità di un fatto conforme al tipo, in funzione della concezione « materiale », parlano esplicitamente, sia pur con sfumature leggermente diverse (7), di « pericolosità dell'azione » o del « fatto », ma non di « pericolosità dell'autore ». E laddove qualche codice enumera i fattori da cui desumere tale pericolosità, la personalità dell'agente occupa soltanto il ruolo di uno dei possibili indici. È il caso dell'art. 3, 4° comma, del Codice Penale cecoslovacco (8) il quale dispone: « Il grado di pericolosità di un fatto (9) per la società è determinato in special modo (10) dall'importanza dell'interesse che è tutelato dalla norma, dalle modalità dell'azione e dalle sue conseguenze, dalle circostanze in cui il fatto è commesso, dalla personalità dell'agente, dal grado della sua colpevolezza e dai motivi che hanno condizionato il fatto ». Si noti che l'accento all'importanza dell'interesse tutelato non è circoscritto all'ambito della fattispecie, ma esprime quella tensione dialettica tra oggetto specifico della tutela e oggetto generico e proprio di tutto il sistema socialista di cui s'è fatto cenno.

Va sottolineato che la personalità dell'agente funge soltanto da indice diagnostico, unitamente ad altri, della pericolosità sociale del fatto. Esistono poi codici penali di Paesi socialisti in cui la pericolosità sociale del fatto è caratterizzata in senso ancora più marcatamente oggettivo (11); è il caso, ad es., del Codice Penale jugoslavo (12) il quale, in assenza di norme che accennino ad un'incidenza di elementi attinenti alla personalità dell'agente, sulla valutazione della pericolosità sociale del fatto, afferma all'art. 4, 2° comma, che « Non è reato il fatto che, pur corrispondendo al tipo delineato da una norma penale, ha un valore lesivo insignificante (13) a causa della sua limitata importanza ovvero irrilevanza o dell'assenza di conseguenze lesive ».

Le perplessità circa il significato oggettivo o soggettivo della concezione « materiale » del reato nei Paesi socialisti sono soprattutto originate da alcune norme che, conferendo rilievo alla difforme valutazione tra il momento della commissione del fatto e il momento del giudizio, operano taluni apparenti scambi fra la pericolosità del fatto e la pericolosità dell'agente. Citiamo alcuni esempi di tali normative. È il caso, ad es., dell'art. 50 C. Pen. sovietico (14) il quale dispone che il giudice può astenersi dall'affermare la responsabilità penale e dall'applicare la pena se riconosce che « al tempo dell'istruttoria o del dibattimento in tribunale, a seguito d'un mutamento della situazione, il fatto commesso dal colpevole abbia perduto

(1) Un accenno alla necessaria dialettica tra oggetto generico e oggetto specifico del reato, della quale potrebbe essere espressione la pericolosità sociale dell'azione, trovasi nella recensione della DURIGATO a BORIS VEŘEKAL, *Concetto e significato dell'oggetto del reato nel diritto penale socialista cecoslovacco*, (Notiziario dell'Accademia cecoslovacca delle scienze, Praga, 1956). Tale recensione è pubblicata in *Riv. It. Dir. e Proc. pen.*, 1959, 1157.

(2) Sulla concezione socialista del reato in rapporto alla lotta di classe è interessante la lettura di THEA LYON, *Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR*, Bonn, 1960, in particolare a pag. 52 e segg.

(3) Alludiamo al passo di SOLNAËR in precedenza citato.
(4) Contro le teorie « soggettivistiche » in senso lato del periodo nazista e della dottrina finalistica (troppo sbrigativamente ritenute affini) si veda, per es., oltre all'ampia letteratura citata nel lavoro della LYON, W. KRUTZSCH, *Gegen Subjektivismus für die richtige Beachtung des Subjekts und der subjektiven Seite des Verbrechens* (New Justice, 1957, 292 e segg.).

(5) Per una definizione di *Straftaten, Vergehen o Verbrechen*, cfr., per es., il § 1 del C. Pen. della DDR (*Strafrecht der DDR*, cit., pag. 62).

(6) Sottolinea la rilevanza di articoli come il § 1 del C. Pen. della DDR per cogliere gli scopi della legislazione penale di un

paese socialista, GRÜNWARD, *Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik* (ZStW, Auslandsteil, 1970, 82, 254).

(7) Sulle principali formule usate dai codici dei paesi socialisti, cfr. NUVOLONE, *Pericolosità sociale dell'azione* cit., pag. 538 e segg.

(8) Sulla concezione « materiale » del reato nel diritto penale cecoslovacco, cfr. di recente SOLNAËR, *Kriminalpolitische Tendenzen des neuen tschechoslowakischen Strafrechts im Vergleich mit dem modernen deutschen Strafrecht* (ZStW, Auslandsteil, 1970, 82, 231).

(9) La disposizione è analizzata da SOLNAËR, *La nozione di pericolo derivante alla società dal reato* cit. pag. 1053 e segg.

(10) L'indicazione dei fattori che influiscono sul grado di pericolosità nel 4° comma dell'art. 3 del C. Pen. cecoslovacco non è pertanto tassativa.

(11) Senza alcun accenno, cioè, alla personalità dell'agente.
(12) Cfr. il Codice Penale jugoslavo in *Recueil des lois de la RFS de Yougoslavie*, XI, Belgrado, 1964.

(13) Si veda *Codice Penale jugoslavo* cit., pag. 20.

(14) Accenna alla norma NUVOLONE, *Pericolosità sociale dell'azione* cit., pag. 543 e segg.

il carattere di pericolosità sociale, oppure l'agente abbia cessato di essere socialmente pericoloso; ed aggiunge che «la persona che ha commesso un reato può essere esonerata dalla pena se si riconosce che, a causa della sua condotta successiva irreprensibile e della sua leale disposizione al lavoro, essa, al momento del dibattito davanti al Tribunale, non può essere considerata socialmente pericolosa». E l'art. 65 C. Pen. cecoslovacco, nel titolo concernente le cause di esclusione della punibilità e della pena (1), dispone che: «La punibilità di un fatto che al momento della sua commissione era pericoloso per la società, cessa se, con riguardo ad un mutamento della situazione o con riguardo alla persona dell'agente, il fatto non è più pericoloso per la società». Da ultimo l'art. 25 C. Pen. della Repubblica Democratica Tedesca (2) esclude l'applicabilità di sanzioni penali («*Absehen von Massnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*»): 1° qualora l'agente attraverso seri sforzi di eliminare o rimuovere le conseguenze dannose dell'illecito ovvero attraverso altre positive prestazioni dimostra di essersi reso conto della portata dell'atto commesso e perciò è presumibile che egli in avvenire rispetterà la legalità socialista (3); 2° qualora il fatto penale a seguito dell'evoluzione dei rapporti sociali di produzione non ha più ripercussioni dannose (4).

Il paragrafo 25 sostituisce il precedente paragrafo 9 (5) (ritenuto da taluno (6) decisivo per affermare l'accettazione della tipologia normativa d'autore nella Repubblica Democratica Tedesca e negli altri Paesi socialisti). Tale sostituzione risponde alla necessità di improntare ad un canone di maggior certezza il Codice Penale della Repubblica Democratica Tedesca (7). Trattasi di norme di non agevole sistemazione. In alcuni casi (si pensi, ad es., all'articolo 65 C. Pen. cecoslovacco in rapporto al 4° comma dell'art. 3) parrebbe trattarsi di un'integrale applicazione dei principi (corrispondenti all'art. 2 C. Pen. italiano) che governano la successione delle leggi penali nel tempo. Sembra, tuttavia, più corretto ricollegare tali norme, almeno per quanto esse dispongono circa la sopravvenuta non pericolosità dell'agente (8), alle disposizioni dei codici occidentali concernenti il cosiddetto pentimento operoso, inteso com'è ovvio in una visuale più strettamente socialista. Ossia, in altri termini, tali norme, nella misura in cui attribuiscono rilievo ad atteggiamenti sopravvenuti e a manifestazioni sopravvenute della personalità dell'agente, non incidono sull'esistenza del fatto punibile e sulla pericolosità sociale del medesimo; a differenza delle ipotesi di assenza (o irrilevanza) della pericolosità sociale del fatto che operano quasi, per usare una terminologia occidentale, come limite esegetico, le ipotesi di «pentimento operoso» fungono da cause di esclusione della pena (9).

Questa differenza emerge assai evidente nel Codice Penale della Repubblica Democratica Tedesca il quale,

(1) Cfr. *Das Tschechoslowakische Strafgesetzbuch*, tradotto e presentato da E. SCHMIDT, in *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung*, Berlin, 1964, pagina 37. Va segnalato che il § 66 è dedicato al pentimento operoso («*Tätige Reue*»).

(2) Per un commento al § 25 rinviamo a *Strafrecht der D.D.R.* cit., pag. 139 e segg.

(3) Il testo tedesco dell'articolo è già stato da noi citato.

(4) La non applicabilità delle sanzioni penali è nell'ipotesi di cui al § 25 obbligatoria.

(5) Sulle differenze esistenti tra le due normative si veda *Strafrecht der D.D.R.* cit., pag. 140.

(6) Così A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 515.

(7) Queste esigenze di certezza sono già state sottolineate in precedenza.

(8) Il collegamento tra il § 65 e il § 66 che, come s'è già sottolineato, disciplina nel Codice Penale cecoslovacco il pen-

sotto la suggestione della terminologia e delle categorie giuridico-penali della Germania Occidentale, nell'art. 3 usa la locuzione «*Eine Straftat liegt nicht vor...*», mentre nell'art. 25 parla di «*Absehen von Massnahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit*».

In sintesi dunque: pur nella precarietà dei mezzi di rilevazione della concezione materiale del reato nei Paesi socialisti, si può affermare che la personalità dell'agente al momento del fatto può fungere soltanto da indice diagnostico, al pari di altri d'indole oggettiva, della pericolosità sociale del fatto. Forme di non pericolosità dell'agente (o di pentimento operoso) successive alla commissione del fatto possono giocare soltanto nel senso di escludere l'applicabilità della pena a fatti che, anche dal punto di vista «materiale», sarebbero reato. Ciò è sufficiente per mettere in dubbio le conclusioni di chi ravvisa nella concezione materiale del reato uno strumento di conversione della dogmatica del reato in una dogmatica dell'autore (10). Per contro, ammessa la validità della tesi da cui abbiamo preso le mosse in chiave critica, a nulla varrebbe obiettare che la concezione materiale del reato si risolve nei Paesi socialisti soltanto nella configurazione di un *Tätertyp* di tipo negativo (11). Infatti: l'ammissione di un generale *Tätertyp* di pura marca negativa, se da un lato rappresenterebbe un progresso sotto il profilo garantista rispetto a sistemi che hanno conosciuto un generale *Tätertyp* di tipo positivo e negativo, dall'altro sarebbe sufficiente a vanificare una dogmatica autonoma del reato e a rendere di preminente od esclusivo rilievo la dogmatica del tipo d'autore. (12)

Si noti ancora: con riferimento a quei paesi socialisti (praticamente la sola Cecoslovacchia) in cui la personalità dell'agente è esplicitamente almeno assunta quale uno fra i possibili indici della pericolosità sociale del fatto, non è da escludere la formazione di un, sia pure abnorme, orientamento giurisprudenziale tendente a trasformare tale indice in parametro esclusivo (13). È evidente che in tal caso (piuttosto difficile da realizzarsi ove si tengano presente gli altri fattori che contrastano in questi Paesi l'accoglimento della tipologia normativa d'autore: ad es., la concezione del reato come violazione di beni o interessi e non di un dovere di fedeltà) si realizzerebbe di fatto quella conversione della dogmatica del reato in dogmatica dell'autore di cui s'è parlato. Ciò tuttavia non significherebbe ancora identità, come vuole viceversa il CALVI (14), tra dogmatica dell'autore in chiave marxista e dogmatica dell'autore in chiave nazista sotto la comune egida di una politica criminale autoritaria. A questo punto il giurista dovrebbe liberarsi dei panni sovrastrutturali del diritto per affrontare in chiave esclusivamente politica il discorso; cioè che, purtroppo, ci è precluso dai limiti dell'indagine.

Ulteriore argomento sul quale il CALVI fonda la sua tesi: l'accettazione pacifica della esclusiva fun-

zionamento operoso in relazione a talune categorie di reati, è assai evidente.

(9) Parla di «limite esegetico» NUVOLOSE, *Pericolosità sociale dell'azione* cit., pag. 547.

(10) In tal senso A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 515 e segg.

(11) Sulla differenza tra *Tätertyp* positivo e negativo, è utile consultare A. A. CALVI, *op. cit.*, pag. 516.

(12) Si pensi, per correlazione, allo scarso peso che avrebbe il principio della necessaria lesività del reato in un sistema positivo in cui le cause di giustificazione non fossero strutturate come fatti agganciatisi in qualche modo al profilo lesivo, ma si risolvessero esclusivamente in motivi o finalità specificamente rilevanti.

(13) Mancano, purtroppo, ancora riferimenti giurisprudenziali precisi sulle applicazioni concrete del concetto di «pericolosità sociale dell'azione».

(14) *Op. cit.*, pag. 525.

zione preventiva speciale, correlato necessario di una dogmatica dell'autore, nei Paesi socialisti. L'assunto di partenza è, tuttavia, assai controverso in dottrina (1): sarebbe, d'altro canto, sufficiente considerare, ad es., la disciplina della recidiva nel Codice Penale polacco (2), per rendersi conto dell'entità delle infiltrazioni retributive che ancora permangono nelle legislazioni penali dei Paesi socialisti. Ciò premesso, tuttavia, la correlazione tra la funzione di prevenzione speciale della pena (o funzione rieducativa la quale, fra l'altro, in un Paese socialista assume o dovrebbe assumere un contenuto più univoco, data l'omogeneità di valori della società, di quanto non avvenga nei Paesi occidentali o in particolare in Italia, ove la non omogeneità della società finisce per dilaniare ed esaurire il concetto di rieducazione fra gli opposti poli dell'emenda in senso cattolico e del reinserimento sociale in chiave marxista (3)) e la dogmatica dell'autore non è un dato ontologico: la prima, anche accolta in forma esclusiva, potendo soltanto mirare ad un adeguamento totale della sanzione alla personalità del soggetto, senza incrinare la premessa inderogabile (4) del reato. D'altro canto, si dimostrerà, con riferimento al nostro sistema positivo, che l'accoglimento a livello costituzionale della funzione rieducativa della pena, accanto al momento logicamente ineliminabile della retribuzione, si accompagna alla riaffermazione, sempre a livello costituzionale, della lesività del reato come presupposto essenziale della responsabilità penale.

E da ultimo: secondo il CALVI (5), l'adesione dei Paesi socialisti alla tipologia normativa d'autore troverebbe la sua conferma nella scarsa propensione che le legislazioni di tali Paesi dimostrerebbero per la tipologia criminologica.

È necessario a tal punto distinguere: se con la locuzione «tipologia criminologica» si vuole alludere ad una tipologia radicata su momenti *endogeni* (patologici o meno) al reo, l'ipotetica scarsa sensibilità delle legislazioni socialiste per essa potrebbe giustificarsi con la prevalente tendenza marxiana a spiegare la criminalità più in chiave esogena o sociale (ossia di relazioni individuo-società) (6) che non endogena. Va peraltro rilevato che lo stesso CALVI (7) lamenta la scarsità di tipi criminologici, nel senso dianzi accennato, nelle stesse legislazioni occidentali e in particolare modo nel Codice Penale italiano (8). Se, per contro, si assume la locuzione «tipologia criminologica» in senso più ampio, è indubbio che essa non sia estranea ai Codici Penali socialisti (9).

A) Verificata la possibilità, non solo astratta, di una risoluzione della teoria generale del reato in una dogmatica del tipo d'autore, resta da chiarire se fra i compiti di una teoria generale del reato sia riconducibile anche quello di ricercare i connotati essenziali

in base ai quali individuare il reato nella gamma dei vari illeciti, ossia stabilire quando un fatto sia reato e non illecito civile o amministrativo. Un compito di tal guisa sarebbe però concepibile, e certamente riconducibile fra quelli propri della teoria generale del reato, solo in un ordinamento il quale, a differenza dei sistemi positivi prevalentemente vigenti, non legasse la qualificazione di un fatto come illecito penale ad un criterio meramente formale (10), qual è quello del tipo di sanzione, ma al riscontro di connotati strutturali. Un tal compito possedeva, vigente il Codice Zanardelli, significato pratico se non per la teoria generale del reato, almeno per la teoria generale del delitto e, correlativamente, della contravvenzione. Infatti, com'è stato rilevato (11), l'art. 21, 2° comma, D. Att., stabiliva nei confronti dei reati preveduti nella legislazione speciale che, per determinare se un reato dovesse essere considerato delitto oppure contravvenzione, era d'uopo aver riguardo non alla specie della pena per esso stabilita, bensì soltanto al suo carattere, secondo la distinzione fatta nel codice stesso; determinati, dunque, tramite l'esame dei singoli reati preveduti nel codice, gli elementi caratterizzanti l'una e quelli specifici dell'altra categoria di illecito penale, essi in forza del predetto art. 21 venivano elevati a criterio, alla cui stregua accertare la natura di altre figure penalmente antigiuridiche.

Nella vigente legislazione è scomparsa ogni traccia di simile criterio e l'art. 39, C. Pen., riconduce ad un criterio meramente *formale* la stessa distinzione fra i delitti e le contravvenzioni. Si registra, pertanto, oggi un netto scadimento dell'importanza pratica dell'indagine, pur astrattamente riconducibile fra i compiti della teoria generale, rivolta ad individuare le note sostanziali tramite le quali è possibile qualificare un fatto come delitto o contravvenzione, ovvero come reato in raffronto agli illeciti extra-penal.

Lo scadimento di questa prospettiva è una delle principali ragioni che spingono il giurista ad indulgere per definizioni del reato legate alla possibilità di applicare un certo tipo di sanzione criminale ed eventualmente integrate dal richiamo della specifica procedura applicativa. Tra i due fenomeni non c'è però una connessione rigorosa e necessaria. Infatti: altro è che il sistema positivo tronchi ogni discussione sulla qualificazione di un fatto come reato tramite il riferimento al dato formale della sanzione, altro è che a fini non diagnostici si ricerchino i connotati sostanziali del reato dal punto di vista del diritto positivo. Così, per es., la necessità da noi sottolineata di riportare alla teoria generale del reato la ricerca dei connotati formali e sostanziali che per esso fissa la Costituzione, non è determinata da finalità diagnostiche, ma dalla necessità di selezionare tra i fatti

(1) Per una completa rassegna delle tesi sul fine della pena nei Paesi socialisti è d'uopo consultare PORZIO, *Sistemi punitivi e ideologie*, Napoli, 1965; secondo NUVOLONE (*Pericolosità sociale* cit., pag. 344) la simbiosa punitivo-preventiva della sanzione penale sarebbe nell'attuale momento storico caratteristica dei vari regimi politici.

(2) Tale disciplina non sembra affatto rinunciare all'elemento punitivo di cui alla simbiosa accennata alla nota precedente, e ciò malgrado l'introduzione di due istituti supplementari per combattere la recidiva, quali la sorveglianza di protezione e il centro di riadattamento sociale: in proposito cfr. G. SŁOWICKI, *Il nuovo Codice Penale polacco del 19 aprile 1969 e i suoi nuovi istituti* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1972, 12 e segg.).

(3) Per un esame delle diverse accezioni di prevenzione speciale e di rieducazione sono essenziali le pagine (698 e segg.) di BERTOL, *Diritto penale*, 8ª ediz., Padova, 1973, con ampia informazione bibliografica.

(4) Cfr. quanto si dirà nel n. 9.

(5) *Op. cit.*, pag. 534 e segg.

(6) Su questa teoria eziologica della criminalità richiama l'attenzione lo stesso CALVI, *op. cit.*, pag. 529.

(7) *Istanze criminal-pedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva* (Sul problema della rieducazione del condannato, Padova, 1964, pag. 281 e segg.).

(8) La tipologia criminologica è destinata a ridursi nel Codice Penale italiano se verrà attuata, com'è logico, la proposta di soppressione della figura del delinquente per tendenza (in tal senso è il progetto di riforma della parte generale approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 31 gennaio 1973).

(9) Contro CALVI, *Tipologia criminologica* cit., pag. 536, accennando però a tentativi storicamente superati nei Paesi socialisti di negare i «tipi» dell'impotabilità. Aumentano, viceversa, nei codici penali dei Paesi socialisti le previsioni relative a categorie di soggetti «asociali»: in proposito SŁOWICKI, *Il nuovo Codice Penale polacco* cit., 12.

(10) Così ANTONISSEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale* cit., pag. 128 e segg.

(11) C. F. GROSSO, voce *Delitti* (Diritto penale) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XII, 1964, pag. 18).

costituenti formalmente reato quelli che tali non sono sotto il profilo costituzionale.

L'accento alle definizioni formali del reato fondate sull'aggancio con la sanzione ci offre lo spunto per alcune considerazioni. La graduale, ma oggi definitivamente acquisita dimostrazione circa l'appartenenza delle misure di sicurezza al diritto penale e non al diritto amministrativo (1) sembra aver messo in crisi le definizioni formali del reato fondate sul semplice ricollegamento con la pena criminale. Donde la tendenza (2) a considerare come reato anche il fatto per il quale la legge preveda astrattamente la comminazione della pena e della misura di sicurezza, dimodochè in concreto risulti possibile applicare, a seconda delle condizioni personali dell'agente, o la sola pena o la sola misura di sicurezza o entrambe le sanzioni. In altre parole, secondo questa impostazione, non incide sulla definizione del reato da un punto di vista formale e astratto il fatto che l'intervento delle condizioni personali dell'agente abbia in concreto impedito l'applicazione della pena e della misura di sicurezza o di entrambe le sanzioni.

L'assunto ha come inderogabile premessa non soltanto la qualificazione delle misure di sicurezza come vere e proprie sanzioni di natura penale, ma altresì la definizione dei due requisiti della imputabilità e della pericolosità sociale come nuove condizioni personali dell'autore di un fatto di reato, che funzionano da elementi discriminatori delle conseguenze sanzionatorie che in concreto debbono essere comminate all'agente. Ossia: l'assunto si basa sul rilievo che l'imputabilità non incide nè sugli elementi oggettivi nè su quelli soggettivi del reato, dimodochè, pur stabilendo la legge l'esclusione dell'assoggettabilità alla pena, anche il soggetto non punibile commette un vero e proprio fatto di reato; nonchè sul rilievo che l'illecito si configura perfetto in tutti i suoi elementi, a prescindere dal fattore pericolosità, dimodochè da tale requisito la legge fa unicamente discendere l'applicazione della misura di sicurezza, sia che si tratti di soggetto imputabile sia che si tratti di soggetto non imputabile.

L'ampliamento della definizione di reato che la tesi comporta non ci pare persuasivo. Mentre, infatti, da un lato, condividiamo l'inserimento delle misure di sicurezza nel novero delle sanzioni di natura penale, dall'altro riteniamo, sulla base di argomentazioni altrove (3) svolte e alle quali facciamo rinvio, non essendo esse state scalfite da critiche successive (4), che sia troppo formalistico ridurre l'imputabilità al rango di mera condizione personale di discriminazione tra diverse sanzioni penali senza alcuna incidenza

sulla struttura del fatto di reato e in particolar modo sulla sua dimensione soggettiva. Identico rilievo va fatto per la pericolosità non degradabile al ruolo di condizione, ma operante come fattispecie soggettiva che determina in via principale (5) l'applicazione delle misure di sicurezza.

Si discute, altresì, se sia possibile estendere la definizione di reato in guisa da ricomprendere quei casi in cui, prescindendo dalle condizioni personali dell'agente, la legge già in astratto esclude l'applicabilità della pena e prevede come eventuale l'applicabilità di una misura di sicurezza: è praticamente il caso del reato impossibile (6); si riscontra, nello stesso art. 49 C. Pen., l'espressa negazione dell'assoggettabilità a pena, a prescindere da qualsiasi ulteriore considerazione relativa alla qualificazione che in concreto venga attribuita all'agente in quanto soggetto imputabile o non imputabile, nonchè all'eventuale applicazione della misura di sicurezza, per il caso in cui il soggetto venga ritenuto dal giudice socialmente pericoloso. Al quesito si risponde negativamente sia sulla base di considerazioni generali e sistematiche (7) (la legge ricollega al reato impossibile una sola delle due sanzioni normalmente previste per l'illecito penale) sia, più semplicemente e fondatamente (8), sulla base di considerazioni di stretto diritto positivo (l'art. 202 C. Pen., parla di « fatto non preveduto dalla legge come reato » riferendosi all'art. 49, 2° comma, o all'art. 115 C. Pen.).

In conclusione, non ci sembra che la qualificazione della misura di sicurezza come sanzione di natura penale sia tale da incrinare la definizione formale e restrittiva del reato. È evidente, peraltro, che lo stesso reato impossibile potrebbe farsi rientrare nella definizione formale del reato in un sistema positivo (diverso dall'attuale) il quale, muovendo da una concezione prettamente soggettivistica dell'illecito penale (9), affidasse in tal caso al giudice un potere discrezionale di scelta tra la pena e la misura di sicurezza, astrattamente previste in forma alternativa, a condizione naturalmente che la pericolosità, necessaria in concreto per scegliere l'adozione della misura di sicurezza, sia concepita, per quanto sopra s'è detto, come mera condizione personale per l'applicabilità della sanzione. Soluzione normativa, tuttavia, che ben difficilmente potrebbe essere inserita in un sistema che, come il nostro, si fonda su di una concezione realistica, o necessariamente lesiva del reato, consacrata, come si dirà, anche a livello costituzionale, e che, per il principio di cui all'art. 25, 2° comma, Cost., non è disposto a tollerare una previsione in chiave alternativa e discrezionale della pena e della misura di sicurezza.

(1) Sui termini della questione si veda l'ampia indagine di CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970.

(2) La validità di tale definizione di reato è principalmente ribadita da M. GALLO, voce *Capacità penale* (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, 1958, pag. 886).

(3) Cfr. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità* cit.

(4) Per una critica alle nostre tesi cfr. di recente, con ampie citazioni bibliografiche, MARINUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 165, nota 109. L'autore insiste sulla consueta obiezione per cui: «... Se i dati dell'ordinamento — come quello italiano — sembrano indicare che il legislatore ha "scelto" di regola, come indici della pericolosità criminale sanzionabile con misure di sicurezza, dei fatti di reato al completo di tutti gli elementi costitutivi, "oggettivi" e "soggettivi", si potrà senz'altro discutere della "congruenza" di una simile scelta teleologica rispetto alle esigenze della "difesa sociale" soprattutto in ordine al problema dell'errore sul "fatto" o sulle "cause di giustificazione", "condizionato dall'infirmità" che rende il non imputabile "socialmente pericoloso"... » ma non crediamo che si possa muovere altra censura oltre quella che attiene, appunto, alla ragionevolezza di una simile scelta di politica criminale. Tali osservazioni non ci pare incrinino la validità dei nostri rilievi. Infatti, solo a patto di costruire

una nozione «oggettiva» di colpa e di depurare il dolo dalla consapevolezza di elementi normativi o dell'offesa degli interessi tutelati, la cui presenza è impossibile riscontrare nei soggetti affetti dalle infermità ex art. 222 C. Pen., è possibile raggiungere una nozione di colpa o di dolo unitaria quali che siano le condizioni di capacità dell'agente. Diversamente: o si applica l'art. 222 C. Pen. anche «a costo» di presunzioni o se ne esclude l'applicabilità nella maggior parte dei casi.

La tema di rapporti fra imputabilità e reato, cfr. da ultimo, CRISPI, voce *Imputabilità* (*Diritto penale*) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, pag. 768 e segg.).

(5) Sui rapporti, nel quadro della fattispecie condizionante l'applicabilità delle misure di sicurezza tra reato e pericolosità o quasi reato, rinviamo al nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità* cit., pag. 119 e segg.

(6) Vedasi, sul punto, NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, pag. 402 e segg.

(7) Così NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 409.

(8) In tal senso NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 410.

(9) Non è il caso, viceversa, della Germania Occidentale; il Codice Penale tedesco, infatti, pur muovendo da una concezione soggettiva del tentativo, ricollega al reato impossibile soltanto l'applicabilità di una pena.

Fra i compiti di una teoria generale del reato potrebbe anche farsi rientrare la verifica di un'eventuale coincidenza fra la nozione di reato, i cui connotati essenziali vengano ricostruiti alla luce delle norme ordinarie e soprattutto delle norme costituzionali, e l'accezione in cui la locuzione « reato » è usata in molte norme sia di parte generale che di parte speciale del Codice Penale. L'attribuzione di tale compito alla teoria generale del reato avrebbe ragion d'essere solo qualora si intravedesse la possibilità di cogliere un significato unitario della locuzione in tutte le norme in cui essa figura.

In caso contrario, la ricerca avrebbe maggior senso a livello di *analisi* delle singole norme, incriminatrici o meno, nel corpo delle quali si usa il termine « reato ». Le opinioni della dottrina sono piuttosto concordi in questo senso, quali che siano le note formali e sostanziali che ciascun autore pone a fondamento della definizione generale di reato.

Citiamo a titolo esemplificativo i risultati di una recente ed attenta analisi (1), assai significativa per noi in quanto l'Autore muove da una nozione generale di reato non formale, ma tale da comportare come requisito indefettibile, oltre alla conformità esteriore del fatto al tipo descrittivo, l'effettiva violazione dell'interesse prodotto. È una nozione che sarà da noi accolta, muovendo più da premesse costituzionali che non dal solo art. 49, 2° comma, Codice Penale. Ciò premesso, l'analisi accennata dimostra come il legislatore non abbia seguito criteri rigorosissimi nella formulazione dei singoli tipi descrittivi, usando il termine reato in significati spesso non coincidenti con quello tecnico giuridico che gli è proprio. E ciò vale per le norme di parte generale malgrado una certa apparenza di univocità (2); basti pensare, ad es., all'art. 61, n. 2, C. Pen., in cui l'accezione « atecnica » del reato « fine » è la logica conseguenza della natura prevalentemente psicologica dell'aggravante (3). Il rilievo vale *a fortiori* per le norme di parte speciale, ciascuna delle quali tende (si pensi, ad es., all'art. 361 C. Pen.) (4) ad utilizzare la locuzione « reato » con riferimento ad una realtà diversa da quella definita, sul terreno formale ed astratto, come entità cui la legge ricollega la pena e la misura di sicurezza e, su quello sostanziale, come fatto conforme al modello legale e lesivo dell'interesse protetto.

Lo stretto legame esistente fra le finalità della singola norma incriminatrice e la tecnicità o atecnicità del significato in cui è assunta in essa la locuzione « reato » esclude la riconducibilità di tale analitica verifica nel quadro dei compiti della teoria generale del reato (5).

l) L'analisi dei vari compiti che può assumere una teoria generale del reato ci ha portato a formulare talune premesse metodologiche e sostanziali che vanno sinteticamente riassunte.

Anzitutto, a nostro avviso, la teoria generale del reato non deve subire le lusinghe del diritto naturale ed imboccare decisamente ed esclusivamente la via del diritto positivo: ben s'intende, però, che l'ancoramento al diritto positivo non significa adesione alle tesi della « neutralità » del giurista, né esaurisce l'oggetto e i compiti della scienza giuridico penale. Scopo

della teoria generale del reato è la ricostruzione dei connotati essenziali dell'illecito penale nel nostro sistema positivo; e soprattutto nella Costituzione, la quale delinea un volto del reato che, come vedremo, è antinomico rispetto a quello scaturito dalle norme penali ordinarie, frutto di una visione istituzionale radicalmente diversa da quella riflessa nella Costituzione. L'evidenziare i momenti di antinomia fra i due volti dell'illecito penale è fra i compiti principali di tale teoria, la quale poi, agganciandosi al diritto positivo, non deve soltanto circoscriversi alle norme di parte generale, bensì estendersi alle fattispecie di parte speciale, nei limiti in cui queste ultime possono fare emergere caratteri generali dell'illecito penale.

L'accostamento ai profili costituzionali del reato ci ha condotto ad enucleare una prima connotazione generale, di natura sostanziale, del medesimo. E cioè: il reato deve sempre concretarsi in una lesione di un valore costituzionalmente rilevante, la cui *significatività* condiziona l'entità della sanzione effettivamente o potenzialmente detentiva. E ancora: la teoria generale del reato, protesa verso l'individuazione dei caratteri essenziali di tale illecito, si differenzia dall'analisi dei suoi momenti costitutivi: concezione unitaria e concezione analitica del reato, contrapposizione da assumersi in un senso diverso da quello usuale, sono però legate da condizionamenti reciproci assai rilevanti.

Teoria generale del reato e funzione della pena non sono due momenti concettuali distinti posto che, dal fine costituzionalmente attribuito alla pena può derivare, come meglio si dirà in seguito, una connotazione globale e sostanziale dello stesso illecito penale (concezione teleologica del reato). Ed è questa stessa connotazione (lesività necessaria di ogni reato) — lo anticipiamo — che impedisce nel nostro sistema la risoluzione della dogmatica generale del reato in una dogmatica del reo (6).

Esula, viceversa, dai compiti della teoria generale del reato il confronto tra la nozione di illecito penale da essa ricavata e la locuzione « reato » usata in molteplici norme di parte generale e speciale del Codice Penale, a causa dell'estrema frammentazione di significati che la medesima rivela *prima facie* nei diversi contesti normativi.

Esaurita questa prima fase, è tempo di procedere alla rilevazione dei connotati essenziali del reato nel contesto degli altri illeciti, muovendo *principalmente* dalla normativa costituzionale che attiene alla materia della responsabilità penale.

3. La qualificazione del reato come illecito di formazione esclusivamente legislativa discende dall'art. 25, 2° comma, della Costituzione. Tale norma, oltre all'esigenza di tassatività e al divieto di retroattività, sancisce per la materia penale una riserva di legge che la dottrina, ormai unanimemente, considera *assoluta*; i dissensi vertono soltanto sui « limiti dell'assoluto », ossia, fuori del bisticcio di parole, sul significato e sull'ambito di estensione della riserva. Pur rinviando per un più approfondito discorso ad una nostra precedente indagine (7), è opportuno fare il punto su taluni risvolti che il problema ha assunto in questi ultimi anni, al fine soprattutto di meglio illuminare tale connotato dell'illecito penale. Si ha l'impressione

(1) Ci riferiamo a NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 411 e segg.

(2) Cfr., ad es., con riferimento all'art. 185 C. Pen., l'analisi di NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 412.

(3) In tal senso NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 426, dimostrando la conciliabilità di tale interpretazione con la natura lesiva dell'illecito penale.

(4) Estende le sue considerazioni anche agli art. 367, 378 e 385 C. Pen. NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 444 e segg.

(5) L'affermazione non è aprioristica: è decisamente preva-

lente l'opinione relativa ad una frammentazione di significati della locuzione « reato » nelle varie norme penali. In particolare perviene allo stesso risultato chi (NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 435 e segg.) muove da una nozione di reato affine, quanto meno per il contenuto necessariamente lesivo, alla nostra.

(6) Diverso, e non tale da produrre la risoluzione predetta, è l'ambito di operatività dell'art. 133 C. Pen.

(7) BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I: *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

che molti equivoci dipendano dalla non chiara percezione circa il significato della riserva di legge di cui all'art. 25, 2° comma, della Costituzione.

È indubbio, infatti, che l'identificazione del fondamento di essa in quell'esigenza di certezza che sta alla base degli altri profili della norma costituzionale porta necessariamente ad una svalutazione del carattere assoluto della riserva: formando la consuetudine oggetto di un discorso a se stante (1), l'alternativa legge-regolamento dell'esecutivo non si risolve certamente in favore della prima per motivi di certezza (2).

L'importanza e il fondamento della riserva di legge in campo penale emergono, viceversa, in modo netto ove si ponga l'accento sul significato di massima garanzia che essa rappresenta per il cittadino; garanzia necessaria data l'incidenza della sanzione penale sul bene fondamentale della libertà personale. Il procedimento legislativo, pur con le sue inevitabili imperfezioni e lentezze (3), è nell'attuale momento politico costituzionale il mezzo più idoneo a garantire tali beni. Com'è stato rilevato (4), « la sola ragione che giustifichi la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale, risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo, che attraverso i suoi rappresentanti, si attende che l'esercizio avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse »; nel contempo il fondamento rappresentativo dell'organo parlamentare (5), « in connessione con le modalità e le caratteristiche del procedimento legislativo, permette alle minoranze ed alle opposizioni di limitare e controllare la volontà della maggioranza quanto alla determinazione del contenuto della disciplina sulle materie riservate » (6).

L'attribuzione di tale significato garantista alla « riserva » di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. conduce, da un lato, a circoscrivere i tipi di atti normativi idonei a soddisfare la riserva stessa, dall'altro, ad estendere al massimo gli aspetti dell'illecito penale di determinazione « legale ». Un'osservazione metodologica si impone a tal punto: è chiaro che in una prospettiva di teoria generale del reato ci interessano principalmente i rapporti fra riserva assoluta di legge e vicende costitutive della punibilità, mentre rimangono in secondo piano le relazioni tra la riserva ex art. 25, 2° comma, Cost. e le vicende modificative od estintive della punibilità, nonché tra la riserva stessa e la determinazione della sanzione penale.

Sotto il primo profilo, l'identificazione dei tipi di atti normativi idonei a soddisfare la riserva assoluta nella legge in senso formale e negli atti aventi forza di legge, è stata sottoposta a critiche assai acute (7). Nei confronti del decreto legislativo si è rilevato (8) che « le leggi delegate violano decisamente quelle garanzie relative ai diritti delle minoranze », che costituiscono, unitamente alla salvaguardia delle libertà individuali (benchè in posizione strumentale rispetto a queste ultime), l'oggetto della tutela delle riserve di

legge costituzionalmente sancite (9), e, in particolare, della riserva in materia penale. E infatti, si osserva (10), « a ben vedere... tra la legge delega e la legge delegata corre lo stesso rapporto che vige tra una qualsiasi legge che, in ossequio al principio sostanziale di legalità, detti la disciplina sostanziale della materia che intende regolare e la fonte secondaria (ad es., un regolamento) che, sulla linea dei principi e dei criteri direttivi tracciati dalla legge, sia da questa autorizzata a disciplinare ulteriormente la stessa materia ». E ancora (11): « le possibilità che le minoranze parlamentari hanno di influire sulla maggioranza durante la fase di deliberazione della legge delega ex art. 76 Cost. sono sostanzialmente eguali a quelle che le stesse possono godere durante la fase di deliberazione di una qualsiasi legge che, in ossequio al principio sostanziale di legalità, pur autorizzando un'ulteriore normazione di carattere secondario, precisi direttamente il nucleo sostanziale della disciplina della materia che intende regolare ».

Non meno illegittimo sarebbe, alla luce della stessa tesi, il ricorso al decreto-legge in materia penale. Si fa leva principalmente sulle gravi conseguenze che il decreto-legge fa sorgere nel periodo di tempo che intercorre tra il momento della sua approvazione e relativa pubblicazione e quello della sua conversione in legge formale da parte delle Camere; « in tale periodo tutte le garanzie legate al principio costituzionale della riserva di legge vengono di fatto completamente annullate: i diritti delle minoranze elusi ed arbitrariamente violati i diritti fondamentali dell'individuo » (12). E si sottolineano i pericoli di gravi menomazioni che in tale periodo può correre la libertà personale del cittadino, soprattutto in caso di mancata conversione di norme incriminatrici contenute nel decreto; senza la possibilità di ricorrere alla sanatoria ipotizzata dal costituente nell'art. 77 Cost.

L'attenzione riservata alla tesi esposta si giustifica agevolmente, pur nei limiti della nostra indagine. È evidente che l'accoglimento della stessa connoterebbe in senso ancor più marcatamente formale la qualificazione legalistica del reato e differenzierebbe quest'ultimo ancor più nel novero degli illeciti. Infatti: pur ammettendo per alcuni illeciti extrapenalici (amministrativi) l'eventuale previsione a livello costituzionale di una riserva di legge e pur interpretando la medesima come assoluta (13), giacchè le sanzioni ad essi illeciti ricollegabili non coinvolgono il bene della libertà personale (14), lo stesso carattere assoluto della riserva si stempera alquanto: basti pensare, ad es., al venir meno di quelle ragioni che sconsigliano l'utilizzazione del decreto-legge in materia penale (15).

Da parte di chi intende ribadire l'inclusione dei decreti legislativi tra le fonti ex art. 25, 2° comma, Cost., si osserva che la necessità di conciliare l'esigenza di controllo del contenuto normativo da parte dell'organo legislativo con la circostanza per cui, una volta emanata la legge di delegazione, il decreto legislativo è definitivamente sottratto al Parlamento, può essere

(1) Cfr. quanto si dirà fra breve.

(2) I regolamenti dell'esecutivo sono spesso più precisi delle leggi approvate dal Parlamento.

(3) Sul tema, ma da un angolo visuale più generale, MANNOVICI, *Sulla crisi della produzione legislativa (Atti conv. Parlamento [ISLE], 1969, pag. 261 e segg.)*.

(4) DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1964, 968)*.

(5) FOSI, *Rinvio, recezione e riserva di legge (Giur. Costit., 1966, 397)*.

(6) Sul punto cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, pag. 243 e segg.

(7) Cfr. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, pag. 256 e segg.

(8) CARBONI, *op. cit.*, pag. 256.

(9) Sulla ratio delle varie riserve di legge nell'ordinamento italiano ritorna di recente A. DA GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano (Memorie dell'Istituto Giuridico, Università di Torino, 1969, pag. 19 e segg.)*.

(10) CARBONI, *op. cit.*, pag. 257.

(11) CARBONI, *op. cit.*, pag. 258.

(12) CARBONI, *op. cit.*, pag. 261.

(13) Sul punto si tornerà comunque fra breve.

(14) Sulla base anche di quanto s'è detto in precedenza.

(15) In tal senso VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa e disciplina penale (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 1122)*.

soddisfatta dal sistema di controlli del decreto legislativo predisposto dall'ordinamento costituzionale: entrambi affidati alla Corte Costituzionale, concernono (1), l'uno, la conformità delle norme delegate alle norme sostanziali della Costituzione, l'altro, la conformità delle norme delegate ai principi e criteri direttivi fissati dalle norme di delegazione. Il rilievo, nella misura in cui tende a rivalutare sotto il profilo garantistico (2) il rapporto legge di delegazione-decreto legislativo rispetto al rapporto legge delegante-regolamento delegato, è valido qualora si ritenga fondato l'orientamento prevalente (3) secondo cui il contenuto dei regolamenti delegati non sarebbe suscettibile di formare oggetto del controllo di costituzionalità neppure per il tramite della legge delegante (4). Il rilievo stesso, inoltre, opera una sovrapposizione della garanzia costituzionale rispetto alla ragione di garanzia che, come a suo tempo si è rilevato, sta alla base della riserva di cui all'articolo 25, 2° comma, Cost. A ben vedere infatti — si è rilevato (5) — ciò che con la riserva si vuole impedire non è una normazione dell'esecutivo in contrasto con i principi costituzionalmente sanciti, ma qualsiasi attività normativa dell'esecutivo, anche se, per avventura, questa sia coerente col dettato costituzionale (6).

I motivi di perplessità che accompagnano l'utilizzazione del decreto legislativo nelle materie riservate, e in particolare in campo penale, non sono tutti fugati dal ricorso all'aspetto della garanzia costituzionale. A riprova di ciò possono addursi alcuni tentativi di delimitare la portata di tale utilizzazione.

Anzitutto, per quanto concerne la preoccupazione che attraverso la delegazione della funzione legislativa si possa affidare al Governo il compito di redigere il Codice Penale, una salvaguardia è offerta dall'interpretazione restrittiva del requisito degli « oggetti definiti » di cui parla l'art. 76 Cost. (7). In secondo luogo, si ritiene che (8) nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, e in particolare nella materia penale, la ratio di garanzia da cui quest'ultima è ispirata esige che la direttiva parlamentare, pur senza togliere all'esecutivo il margine di discrezionalità che è conaturato ad ogni delegazione legislativa, sia particolarmente accentuata, particolarmente attenta e penetrante, perchè quanto più essa è resa esplicita tanto più è possibile il controllo da parte della Corte Costituzionale della conformità ad essa del decreto legisla-

tivo. In terzo luogo, per avvalorare i profili garantistici connessi all'adozione dello strumento del decreto legislativo, si fa leva sull'assoggettabilità del medesimo al referendum abrogativo (9), nonché sulla configurabilità di limiti ulteriori rispetto a quelli ipotizzati dall'art. 76 Cost. (10).

Queste precisazioni non valgono a fugare tutti i dubbi connessi all'utilizzazione del decreto legislativo in materia penale; soprattutto se messe a raffronto con la prassi costantemente seguita in argomento. Per quanto attiene al primo rilievo, va sottolineato che sul carattere « definito » dell'oggetto non sembra aver peso l'ampiezza del medesimo (11); e inoltre non risulta che l'idea della riforma del Codice Penale tramite decreto legislativo abbia incontrato obiezioni di ordine costituzionale, ma soltanto critiche snodantesi sul piano tecnico (12) e dell'opportunità.

Per quanto concerne il secondo rilievo, non sembra agevole individuare il limite di maggior determinazione dei « principi e criteri direttivi in materia penale ». Infatti: parlare di « sufficiente determinazione » dei principi e criteri direttivi può significare, o che al decreto legislativo si intende attribuire lo stesso margine di operatività che anche i sostenitori più tenaci del carattere assoluto della riserva sono disposti a concedere, con riguardo a precisazioni prevalentemente tecniche, ai regolamenti dell'esecutivo; ovvero che la legge di delegazione dovrebbe consentire già di per sé l'enucleazione dei beni che si vogliono tutelati dal decreto legislativo. Senonchè: nel primo caso il margine di intervento del decreto legislativo si assottiglia a tal punto da rendere superfluo il ricorso ad esso; pur essendo pacifica in linea astratta la legittimità costituzionale di un decreto legislativo che si uniformi integralmente o quasi ad un contenuto prefigurato dalla legge di delega (13). Nel secondo caso le conclusioni non mutano: ove si riconosca la validità dell'assunto, per cui ogni fattispecie penale garantisce un bene o interesse e pochi sono gli elementi (marginali) di essa che non concorrono alla determinazione dell'oggetto della tutela (14). Al di là di questi due limiti (15) si apre un margine assai ampio di incertezza, avvalorato — ed il ricorso alla prassi è essenziale in materia — dalla estrema genericità e indeterminazione di alcune deleghe legislative recenti nel settore penale (16). Richiamarsi alla garanzia rappresentata dalla sottoponibilità del decreto legislativo a referendum abrogativo (17) può,

(1) Fa leva sul controllo di costituzionalità VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa cit.*, 1122. Sul tema, in generale, cfr. di recente CERVATI, *La delega legislativa*, Napoli, 1972.

(2) In tal senso sono orientate le precisazioni di VINCIGUERRA, *op. e loc. cit.*

(3) Sul punto la bibliografia specializzata è vastissima; ci limitiamo a segnalare, per un inquadramento specifico, A. D'ATENA, *Regolamento delegato, legge abilitante e sindacato di costituzionalità* (*Giur. Costit.*, 1967, 1222 e segg.).

(4) Cfr. A. D'ATENA, *op. e loc. cit.*

(5) CARBONI, *op. cit.*, pag. 259, nota 107.

(6) Esiste, infatti, un diritto delle minoranze di intervenire anche rispetto a quelle scelte, e soprattutto in campo penale, che si mantengono entro i limiti della costituzionalità, non essendovi dubbio come la Costituzione rappresenti soltanto un baluardo — anzi l'ultimo — di difesa, ma non l'unico contro l'arbitrio di chi detiene il potere.

(7) Sul punto, CARBONI, *op. cit.*, pag. 255-56, nota 102.

(8) Ribadisce tale necessità VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa cit.*, 1122. Per una critica, però, relativa agli abusi della delega in materia penale veda CARBONI, *Una tendenza preoccupante: ripetutamente violato dal Governo e dal Parlamento il principio di riserva di legge in materia penale* (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1972, 248 e segg.).

(9) Garanzia assai flebile se si pon mente alle recenti vicende avvenute per oggetto la legge sul divorzio.

(10) L'argomento è trattato in generale da CICONETTI, *I limiti « ulteriori » della delegazione legislativa* (*Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 578 e segg.).

(11) Sull'interpretazione del carattere « definito » dell'oggetto da parte della Corte Costituzionale cfr. FENUCCA, *La delegazione legislativa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (*Rass. Pubbl.*, 1965, 847 e segg.).

(12) Cfr. sul punto, fra gli altri, COLONNA, *Sulla delega legislativa per la riforma del codice* (*Democ. e Dir.*, 1963, 527 e seguenti).

(13) Per un più dettagliato esame di tutti questi problemi relativi ai decreti legislativi rinviamo a CERVATI, *La delega legislativa cit.*

(14) È di M. GALLO (voce *Dolo* [Diritto penale] [*Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 1964, pag. 783]) la tesi, sulla quale torneremo in seguito, per cui l'interesse tutelato deve essere dedotto dalla « intera struttura della fattispecie ».

(15) Esamina un caso specifico di insufficienza della delegazione legislativa in materia penale, VINCIGUERRA, *Sulla riforma della legislazione penale in materia doganale* (*Dir. e Proc. Trib.*, 1969, I, 306).

(16) Per esemplificare la genericità di certe forme di delega legislativa, cfr. la *Delega legislativa al Governo per la riforma del codice* (disegno di legge presentato alla Camera il 10 ottobre 1969 e pubblicato in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1964, 110 e segg.); all'art. 4, lett. e), ad es., si delega «... la revisione delle fattispecie penali in relazione al mutamento delle condizioni politiche, sociali ed economiche del Paese ».

(17) Sulla necessità di un'utilizzazione dell'istituto cfr., fra gli altri, GALASSI, *Esigenza e problemi del referendum* (*Atti Conv. giur. catt.*, 1969, pag. 51 e segg.).

almeno nel presente momento, far sorridere se si pensa alla rapidità con cui si sono soffocati i primi vagiti di questo istituto neonato, sia pure per... conclamate esigenze di tutela della democrazia (1). Dubbioso può essere, infine, l'aggancio ai « limiti ulteriori » della delegazione legislativa (2) per lo meno fino a quando non sia esattamente determinata la loro incidenza sulla legittimità costituzionale del decreto legislativo (3).

La linea di difesa del decreto-legge come fonte in materia penale parrebbe lastricata di minori difficoltà. Si rileva (4) che «... la temuta aggressione ai beni fondamentali dell'individuo da parte dell'esecutivo è neutralizzata da una serie di rimedi operanti sia sul piano politico che giuridico, come la previsione della responsabilità dei membri del Governo che ha emanato il decreto-legge (art. 77, 2° comma, Cost.), la convocabilità delle Camere per la conversione anche se sciolte, l'esiguità dell'intervallo di tempo in cui il decreto-legge ha vigore e la possibilità di paralizzarne l'applicazione sollevando dinanzi alla Corte Costituzionale le questioni circa la sua legittimità costituzionale senza dubbio non manifestamente infondate qualora esso violi diritti fondamentali del cittadino ». I dubbi non sono, però, del tutto fugati: la sospensione dell'applicazione del decreto (5) tramite la proposizione della eccezione di legittimità costituzionale non vale ad interrompere l'eventuale carcerazione preventiva; risultato questo che la mancata conversione del decreto-legge e la legge di cui all'art. 77 Cost. (6) non varranno certo a riparare. Ma, soprattutto, l'esiguità dell'intervallo di tempo in cui il decreto-legge può operare, rischia di diventare meno evidente qualora il Governo segua la prassi di riemanare il medesimo decreto-legge di cui il Parlamento abbia rifiutato la conversione, ovvero di riemanarlo, sempre a contenuto inalterato (7), qualora si avvii infruttuosamente a scadenza il termine di conversione previsto dall'art. 77 della Costituzione. Ritenere che questo modo di procedere apra « la strada ad una legiferazione per decreto-legge in termini che sono lontanissimi dalle intenzioni dei costituenti e che potrebbero rendere più facili le paventate aggressioni ai diritti fondamentali dell'individuo che la riserva di legge intende scongiurare » e che, pertanto, sia inconstituzionale la riproposizione di un decreto-legge non convertito, in virtù di un limite tacito del nostro ordi-

namento costituzionale (8), è un discorso corretto sotto il profilo costituzionalistico. Esso deve fare però i conti con un orientamento dottrinale non del tutto concorde (9) e, soprattutto, con la prassi che di recente ha registrato la riemanazione del cosiddetto « decretone » recante misure straordinarie in materia fiscale. Il pericolo di un consolidarsi di tale espediente, che ha sollevato polemiche solo sul piano strettamente politico, anche con riguardo al terreno penale non rende tranquillanti le precedenti asserzioni dogmaticamente impeccabili (10).

In conclusione, pertanto, la ratio di garanzia che sta alla base dell'art. 25, 2° comma, Cost. imporrebbe, forse, più coerentemente una delimitazione delle fonti in materia penale alla sola legge in senso formale (11); tuttavia, ai nostri fini attuali (12), una caratterizzazione dell'illecito penale nel senso legale più ampio è già di per sé sufficiente a porlo in netto rilievo, come diremo tra breve, rispetto agli altri illeciti.

Chiarito il significato della connotazione del reato come illecito di stampo legalistico, resta da considerare se nessun ruolo, anche marginale, possano svolgere nella determinazione del medesimo altre fonti e, in particolare (13), i regolamenti dell'esecutivo. Il limite estremo è rappresentato da quelle tesi, invero minoritarie, recentemente riprese dal PAGLIARO (14), ad avviso delle quali la riserva di legge *ex art. 25, 2° comma, Cost.* sarebbe assoluta solo per ciò che attiene al modo di disciplina: il precetto potrebbe essere completato o addirittura costituito integralmente da altre fonti (15).

Premessa della tesi è il convincimento, secondo cui il diritto penale non si caratterizzerebbe per i beni tutelati, ma soltanto per il modo di disciplina. Si scopre quindi immediatamente il punto vulnerabile dell'impostazione la quale tende a sottovalutare le correlazioni esistenti fra il peculiare modo di disciplina penale e l'oggetto della tutela, a suo tempo messe in luce (16).

Inoltre la tesi è contraddittoria nella misura in cui, pur muovendo dalla premessa di ritenere la riserva più chiaramente desumibile dall'art. 1 C. Pen., norma avente carattere costituzionale in senso materiale (17), che non dall'art. 25, 2° comma, Cost., non presta attenzione al fatto che nell'art. 1 C. Pen. la riserva è autonomamente ed efficacemente (18) scolpita

(1) Sulle vicende ben note si veda, fra gli altri, BAUNORI, *Referendum e divorzio* (Justitia, 1971, 46 e segg.).

(2) Cfr. CICONETTI, *I limiti « ulteriori » cit.*, pag. 578 e segg.

(3) Per un esame del problema rinviamo a CICONETTI, *op. e loc. cit.*

(4) Così VINCIGUERRA, *Profilo sistematico dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica*, Milano, 1971, pag. 29.

(5) Sui rapporti tra carcerazione preventiva e « pregiudiziale costituzionale », CHIAVABO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1967, pag. 245 e segg. e pag. 354 e segg.

(6) Fondamentale in materia è la voce di ESPOSITO, *Decreto-legge* (Enciclopedia del diritto, vol. XI, 1962, pag. 831 e segg.).

(7) Sulla rinnovazione del decreto-legge non convertito e sui problemi connessi cfr., ad es., DI COLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, Milano, 1970, pag. 201 e segg.

(8) Così VINCIGUERRA, *Profilo sistematico cit.*, pag. 29.

(9) Rinviamo per una panoramica delle varie opinioni sul punto, a DI COLO, *Questioni in tema di decreti-legge cit.*, pag. 201 e segg.

(10) Sulle vicende relative ai « decretone », cfr. fra gli altri, BON VALSASSINA, *Fiducia, decretone e Governo assembleare* (Carr. cost., 1970, 3 e segg.). Va segnalato, anche se ciò non contribuisce a risolvere le perplessità sollevate, riguardando un aspetto diverso da quello di cui si discute, che l'art. 1 del disegno di legge contenente « Modifiche al libro I ed agli articoli 576 e 577 C. Pen. », approvato di recente dalla Commissione permanente (Giustizia) del Senato e dal Senato nell'adunanza del 31 gennaio 1973, modifica l'ultimo comma dell'articolo 2 C. Pen. nel senso che: « Nel caso di mancata conversione in legge di un decreto-legge o di conversione dello stesso con modificazioni, si applicano ai fatti commessi nel tempo

del suo vigore le disposizioni del decreto-legge non convertito in legge o modificato, allorché le stesse siano più favorevoli al reo ».

(11) Così CARSONA, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità cit.*, pag. 263.

(12) Il fine del nostro esame della tematica delle « fonti » è principalmente quello di differenziare il reato dagli altri illeciti extrapenalici.

(13) Per un più dettagliato esame relativo a tale aspetto rinviamo in ogni caso al nostro *La discrezionalità nel diritto penale cit.*, pag. 255 e segg.

(14) *Principio di legalità e indeterminazione della legge penale* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1969, 701).

(15) In tal senso anche SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, pag. 17.

(16) Cfr. quanto s'è detto al n. 2 c).

(17) Così PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1972, pag. 47-48. L'Autore rileva che gli art. 1 e 199 C. Pen. (in quanto concernenti diritti fondamentali e appartenenti alla Costituzione in senso materiale) non sono venuti meno, per quanto concerne la loro validità, con l'entrata in vigore della Costituzione: essi, addirittura esprimerebbero nel modo più preciso quel che è statuito nei due capoversi dell'art. 25 Costituzione. Tuttavia essi farebbero parte della Costituzione e per la loro modifica occorrerebbe il procedimento aggravato di revisione costituzionale. Ci si domanda, per inciso, se lo stesso valga per l'art. 2 C. Pen. pure concernente diritti fondamentali.

(18) Sui rapporti tra art. 1 e art. 25, 2° comma, Cost. e sulla maggior precisione del primo sia rispetto alla riserva di legge che rispetto alla tassatività, cfr. il nostro *La discrezionalità nel*

sia con riguardo al fatto sia con riguardo alla sanzione.

Sia detto tuttavia per inciso: anche una riserva assoluta di modo di disciplina sarebbe già di per sé sufficiente a caratterizzare il reato nell'ambito degli altri illeciti.

Spesso nel novero delle tesi che limitano la riserva al modo di disciplina vengono ricondotte impostazioni che presentano un contenuto diverso. È il caso, ad es., dell'interpretazione che dell'art. 25, 2° comma, Cost. ci dà lo SPASARI (1). Secondo l'Autore (2) — ed è questa l'affermazione che può trarre in inganno — « la riserva assoluta di legge garantisce soltanto la disciplina della materia penale, ovvero, se ci si consente l'espressione, della materia originariamente ed esclusivamente penale ». Ma il pensiero dell'Autore si chiarisce poco dopo: « ... la forma della prescrizione, ossia la scelta dei requisiti ritenuti necessari e sufficienti nonché la fissazione dello schema "presupposti-conseguenze", non può che essere riservata in modo assoluto alla legge penale; il contenuto della prescrizione, invece, può essere in tutto o in parte di origine extrapenale e perciò la sua disciplina può essere in tutto o in parte affidata alla normazione extralegislativa » (3). L'incertezza circa i limiti tra *forma* e *contenuto* della prescrizione rischia di incrinare il carattere assoluto della riserva o, almeno, di circoscriverla al solo modo di disciplina: tale risultato, del quale è consapevole lo stesso Autore (4), è probabilmente dovuto ad una non chiara percezione del significato della riserva nell'articolo 25, 2° comma, Cost. (5).

Nel quadro di un'impostazione tendente, pur con diverse motivazioni circa la *ratio* (6), a non circoscrivere la riserva assoluta di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. al solo modo di disciplina si registrano diverse sfumature.

Nel delineare il rapporto fra legge ed altre fonti in materia penale si attribuisce alla prima il compito di una *sufficiente determinazione dell'illecito* (7) ovvero la funzione di delineare le *scelte caratterizzanti* (8) o le decisioni a livello politico (9) o, infine, il bene o interesse che si vuol proteggere con l'incriminazione.

Sufficiente determinatezza, scelte caratterizzanti, ecc. sono, tuttavia, locuzioni che non esprimono un parametro di valutazione univoco e sicuro. Basti a tal fine considerare un solo esempio. La Corte Costituzionale, dopo avere a lungo utilizzato la teoria della *presupposizione* (10) per neutralizzare praticamente la portata assoluta della riserva (11), ha gradualmente, ma proba-

bilmente per gli stessi fini (12), accolto il criterio della *sufficiente determinazione legale*: ossia, in particolare per quanto attiene ai rapporti fra legge e provvedimenti dell'autorità, ha affermato più volte che il principio di legalità non è violato « quando sia una legge dello Stato — non importa se proprio la medesima legge o un'altra legge — a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla cui trasgressione deve seguire la pena ». Per vagliare la univocità e quindi la pratica utilizzabilità di tale criterio non v'era migliore occasione di quella offerta dal giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 650 C. Pen. (13). La Corte Costituzionale, attesa al varco, confermando la utilità del criterio e la sua pratica fungibilità con quello della « presupposizione », ha respinto l'eccezione di illegittimità, sottolineando che « nel caso dell'art. 650 C. Pen. la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi... Spetta al giudice indagare volta per volta se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini « con sufficiente specificazione » le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento ». Se si pon mente al fatto che, com'è stato acutamente dimostrato (14), l'art. 650 C. Pen. sanziona prevalentemente l'inosservanza di provvedimenti dell'autorità che, pur agganciandosi ad una legge, hanno carattere *discrezionale*, la Corte avrebbe dovuto dichiarare l'incostituzionalità, posto che sufficiente determinatezza e discrezionalità sono termini antitetici, anziché rinviare ogni decisione al giudice sulla base di un parametro che, così valutato, appare insufficiente (15).

Analogamente dicasi per il criterio della « determinazione » del bene giuridico: se si accoglie, infatti, la tesi per cui quasi tutti gli elementi di ogni fattispecie confluiscono nell'individuare l'oggettività giuridica (16), non si vede quale margine potrebbe residuare alle fonti diverse dalla legge.

Maggior fondamento e maggior coerenza con il significato della riserva presenta, a nostro avviso, un criterio che circoscriva la operatività del rinvio, unicamente in rapporto ai regolamenti (per la consuetudine ci pare, infatti, operi il limite della tassatività, quale che possa essere l'entità del ruolo che essa svolge nell'ambito della fattispecie), a quei casi in cui la norma penale indichi già di per sé la sfera dei significati di disvalore che essa intende ricoprire,

diritto penale cit. pag. 203 segg. Ciò non toglie che poi l'art. 1 sia stato imponentemente derogato nel Codice Rocco e nella normativa penale speciale.

(1) *Diritto penale e Costituzione* cit. pag. 15.

(2) *Op. e loc. cit.*

(3) *Op. cit.*, pag. 17.

(4) *Op. cit.*, pag. 18.

(5) Afferma SPASARI, *op. cit.*, pag. 18, in una proposizione intrinsecamente contraddittoria, che: « ... se il canone della riserva assoluta di legge penale nasce in forza della esigenza politica di escludere l'intervento normativo di poteri diversi dal legislativo in questo settore, non vi è dubbio che, sia pure in via mediata, la ingerenza indesiderata si realizza e pertanto quella esigenza rimane in parte insoddisfatta ».

(6) Per un esame di tali motivazioni rinviamo a CARONZI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità* cit., pag. 195 e segg.

(7) Si sofferma sulla concretizzazione del criterio della « sufficiente determinatezza », SINISCALCO, *Ratio di « certezza » e ratio di « garanzia » nella riserva di legge dell'art. 25, 2° comma, della Costituzione* (*Giur. Costit.*, 1969, 998).

(8) Cfr. in materia, G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale* (*Giur. Costit.*, 1964, 269).

(9) Tale limitazione appare eccessivamente indeterminata.

(10) L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale in merito è sintetizzata da SINISCALCO, *Ratio di « certezza »* cit., pag. 992 e segg.

(11) Per una critica della teoria della « presupposizione » fra gli altri, CARONZI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità* cit., pag. 166 e segg., con riguardo all'art. 650 C. Pen.

(12) Cfr. C. Cost., 5-8 luglio 1971, n. 168 (*Giur. Pen.*, 1972, I, 30 e segg.).

(13) Riguardo a tale norma di tutto si può parlare fuorché di sufficiente determinazione del precepto.

(14) CARONZI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità* cit., pag. 120 e segg.

(15) Sulla legittimità costituzionale delle norme penali in bianco, cfr. altresì G. M. PONZO, *Norme penali in bianco e art. 665 C. Pen.* (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1969, 990 e segg.). Sulla riserva di legge in materia penale, a prescindere dalle trattazioni più ampie e specifiche, segnaliamo: FERRATO, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità* (*Riv. Pen.*, 1967, II, 934 e segg.); GIRETTO, *Regolamenti di esecuzione e doveri del giudice* (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1969, 990 e segg.); GONZA, in *Giur. It.*, 1969, II, 354 e segg.; IANOTTI, *Alcune osservazioni sulla riserva di legge in materia penale-sanitaria* (*Rass. Ann. Sanità*, 1959, 1268 e segg.); LA CUTE, *Riserva di legge e regolamenti contenenti norme penali* (*Giur. merito*, 1970, II, 327 e segg.); PECORARO ALBANI, *Legge penale e regolamento di polizia ferroviaria o di orario di lavoro: profili di legittimità costituzionale* (*Giur. Costit.*, 1968, 1055 e segg.).

(16) In tal senso M. GALLO, voce *Dolo* cit., pag. 783.

lasciando al regolamento la dettagliata ed aggiornata, da un punto di vista tecnico, enunciazione dei fatti od oggetti che tale significato di disvalore presentano. Al di fuori dell'esplicazione di un criterio tecnico, altro margine non può essere lasciato ai regolamenti (1): s'intende che laddove al potere esecutivo sia affidata la stessa individuazione del criterio tecnico, la violazione della riserva assoluta di legge è evidente. Il criterio tecnico è l'unico parametro obiettivo al quale si possono agganciare concetti di per sé vaghi, come quelli di «sufficiente determinazione» o di «scelte caratterizzanti» (2); anche se ci rendiamo conto che in taluni casi valutazioni tecniche e scelte caratterizzanti, anche sotto il profilo politico, non sono sempre agevolmente differenziabili.

Il margine di dubbio si rarefa, tuttavia, ove si specifichi la distinzione tra *criterio tecnico*, affidato all'elaborazione legislativa, e determinazione in via meramente deduttiva della portata della categoria tecnica affidata all'esecutivo. Questo meccanismo consente un più felice adeguamento della norma penale all'evoluzione delle scoperte tecniche e scientifiche; è chiaro che, ove l'evoluzione metta in crisi o alteri il criterio tecnico, la riserva assoluta di legge esige un intervento del legislatore penale stesso (3).

Abbracciando la riserva assoluta, per logica coerenza (4), gli stessi elementi negativi del fatto di reato (5), il carattere «legalistico» dell'illecito penale si staglia con ancor maggiore evidenza.

Sotto questo profilo alcuni rilievi si impongono necessariamente. Anzitutto, la configurazione del reato come illecito a fonte esclusivamente legale non deve suscitare meraviglia se si rapporta alla ratio dell'art. 25, 2° comma, Cost., e si pone in luce, parallelamente, la volontà del costituente emergente pure da altre norme, di circoscrivere la sfera degli illeciti penali; esigenza che si sensibilizza maggiormente proprio in quei settori in cui più frequente è la tendenza ad avvalersi nella costruzione delle fattispecie della collaborazione dell'esecutivo (6).

Inoltre: l'esigenza di tutela delle minoranze, particolarmente evidente ove vengano in gioco restrizioni

del diritto (fondamentale) della libertà personale, assume ulteriore risalto nella materia penale qualora si tenga presente che il reato, per quanto s'è a suo tempo rilevato, deve necessariamente concretarsi nella lesione di un bene avente rilievo costituzionale e la sua previsione legale non deve risolversi a danno di un altro valore costituzionale (7).

Poiché i valori costituzionali e, in particolare (8), i diritti del cittadino sono prevalentemente posti a favore delle minoranze (9), ne consegue la necessità che siano soprattutto i rappresentanti di quest'ultime in Parlamento (10) a poter valutare (ed eventualmente opporvisi), con tutti gli strumenti democratici (11) a loro disposizione, la configurazione di nuovi illeciti penali. In quest'ordine di idee la portata esclusivamente «legalistica» *stricto jure* del reato risulta viepiù avvalorata, e i dubbi, già di per sé non indifferenti, circa la legittimità costituzionale dell'utilizzazione dei decreti legislativi e dei decreti-legge in materia penale, acquistano ancor più consistenza.

È indubbio, infine, che tramite l'attribuzione di tale connotato all'illecito penale il costituente voleva, da un lato, colpire sollecitamente in radice, con gli strumenti della disapplicazione giudiziale o dell'abrogazione tacita (12), l'apparato normativo penale fascista posto in essere dall'esecutivo al di fuori del Codice Rocco (13), nonché, d'altro lato, fissare le linee direttive entro le quali avrebbe dovuto muoversi la riforma penale democratica: duplice prospettiva che, per ragioni troppo complesse da analizzare in questa sede (14), è andata prevalentemente (15) disattesa.

I riflessi di tale connotato sul piano dell'analisi dell'illecito penale sono assai rilevanti. Fedeli all'impostazione metodologica impressa al lavoro (16), ci limitiamo a segnalare alcuni di maggior spicco. L'art. 25, 2° comma, Cost., risolve, nel nostro sistema, l'alternativa fra *antigiuridicità formale* e *materiale* a favore esclusivo della prima, precludendo alla seconda ogni incidenza sia in chiave positiva che in chiave negativa nella determinazione del reato. La mancata attuazione della riforma penale democratica rende, com'è ovvio e come meglio si dirà in seguito, particolarmente stridente la

(1) Si pensi al caso in cui ai provvedimenti dell'autorità amministrativa sia affidato il compito di una precisazione tecnica: il problema è poi quello di vedere se essa sia vincolante in chiave probatoria per il giudice penale.

(2) Analogamente dicasi per il criterio che affida alla legge le decisioni a livello politico.

(3) Cfr. quanto s'è detto ne *La discrezionalità nel diritto penale* cit. pag. 255 e segg.

(4) Circa l'estensione della portata dell'art. 25, 2° comma, Cost. alle cause di giustificazione si veda BRACCA, *op. cit.*, pag. 262 e segg.

(5) Cfr. M. GALLO, *La legge penale. Appunti delle lezioni*, pag. 23.

(6) Ossia principalmente nel settore contravvenzionale. Il rilievo è naturalmente solo tendenziale.

(7) Di rango inferiore, naturalmente: cfr. quanto s'è detto nel n. 2 g).

(8) Si è, infatti, rilevato che le norme penali possono anche tutelare valori che non si riflettono necessariamente in un diritto subjetivo del cittadino.

(9) È il caso, ad es., della libertà di manifestazione del pensiero; così configura il diritto, ex art. 21 Cost., PULITANO, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi* (*Quale Giustizia*, 1969, t. 5-6, 187 e segg.). È ovvio che si fa riferimento a quei diritti che le maggioranze, per il solo fatto di essere, detentrici del potere, già possiedono naturalmente.

(10) Insiste sulle possibilità d'intervento delle minoranze, CARONNI, *L'incorrimento dei provvedimenti dell'Autorità cit.*, passim e pag. 238.

(11) Con un'intensità che, come rileva A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge cit.*, pag. 78, può arrivare fino all'ostruzionismo.

(12) La bibliografia sull'alternativa — dichiarazione di illegittimità costituzionale o abrogazione tacita — è talmente vasta (è nota) che riteniamo di doverci esimere da ogni accenno in

tal sede. Ci limitiamo a sottolineare incidentalmente come il NERVOLONE, propenso ad ammettere nella 1° ediz. dei *Limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, l'operatività di limiti taciti istituzionali ovvero di forme di abrogazione tacita per incompatibilità anche istituzionale, nella *Premessa* alla ristampa del volume (Padova, 1972, pag. 28) circoscrive ogni forma di adeguamento tra norme penali e Costituzione al settore della dichiarazione di illegittimità costituzionale (con riserva per le sentenze interpretative).

(13) È indubbio, però, che molti atti normativi dell'esecutivo in materia penale sono anteriori all'avvento del regime fascista.

(14) Va rilevato che a questo risultato, o cioè a mantenere in vita norme penali contenute in regolamenti esecutivi, ha contribuito non solo l'esclusione della soluzione all'abrogazione tacita, ma anche, oltre alla tendenza della Corte Costituzionale a paralizzare il principio della riserva assoluta tramite gli espedienti accennati, l'affermazione da parte della stessa Corte, in qualche occasione, di un principio assai singolare che può essere così sintetizzato: i regolamenti (e, più in generale, ogni atto non avente il valore e l'efficacia della legge formale) anteriori all'attuale Costituzione, pur continuando a disciplinare materie ad essi attualmente precluse da specifiche riserve di legge, e pur continuando a produrre effetti (cioè ad essere applicati) quanto a rapporti inerenti a tali materie, tuttavia dovrebbero tuttora essere considerati pienamente validi, efficaci ed applicabili e ciò perché tali in base al sistema delle fonti operanti al tempo della loro emanazione. Esprime tale curioso orientamento C. Cost., 27 giugno 1968, n. 73 (*Giur. Costit.*, 1968, 1052 e segg.) con nota di PECORARO ALBERTI, *Legge penale e regolamento di polizia ferroviaria cit.*, pag. 1055 e segg., e di G. AMATO, *Norme anteriori e riserva di legge*, pag. 1071 e segg.

(15) Si noti che quasi nulla è stata, sotto tale profilo, l'incidenza dell'attività della Corte Costituzionale.

(16) Cfr. quanto s'è detto nei precedenti sottoparagrafi.

delimitazione delle cause di giustificazione entro un quadro rigorosamente positivo e legalistico (1). Nel contempo, l'estensione della riserva assoluta di legge agli stessi elementi negativi condiziona l'individuazione delle fonti del diritto e dell'obbligo (art. 51 C. Pen.); ovvio essendo, peraltro, che, non escludendo la riserva assoluta di legge dal novero delle fonti la norma costituzionale (2), da quest'ultima possono scaturire direttamente il diritto e il dovere operanti come cause di giustificazione (3).

Il carattere essenzialmente « legale » del reato deve, altresì, condizionare la selezione delle posizioni di « garante » ossia di titolare dell'obbligo giuridico di impedire l'evento ex art. 40, 2° comma, C. Pen. (4), nonché indurre l'interprete a rimeditare, sotto il profilo delle fonti, la cosiddetta colpa specifica e, in particolare, la colpa per inosservanza di regolamenti, ordini e discipline (5). Il profilo costituzionale di cui si discute sottolinea ancor più l'incongruenza dell'atteggiamento dottrinale (6) che, mentre da un lato restringe le fonti dell'obbligo di impedire l'evento, dall'altro concede ampio rilievo, quale che ne sia la fonte, alle regole di diligenza rivolte a prevenire od evitare un evento di un certo tipo (7). Il margine per una diversa soluzione potrà forse anche sussistere, ma il problema esige, comunque, una rimeditazione (8).

4. La caratterizzazione esclusivamente *legale* dell'illecito penale sotto il profilo delle fonti lo differenzia nettamente dagli illeciti extrapenalici.

Il raffronto è assai marcato con l'illecito civile. La Costituzione, com'è noto, tace su questo così come su altri aspetti di tale forma di illecito. Non sembra pertanto dubbio che fonti di grado inferiore rispetto alla legge o agli atti ad essa equiparati, possano anche indipendentemente da ogni aggancio legislativo (non essendo prescritta per l'illecito civile neppure una riserva in senso relativo), sia qualificare « l'ingiustizia » ex art. 2043 C. Civ. e, quindi, *indirettamente* configurare un illecito civile extracontrattuale, sia delineare *direttamente* uno schema tipico di tale illecito.

Il discorso si riferisce ai regolamenti la cui utilizzabilità nel settore dell'illiceità civile non pare contrastata da alcuna norma costituzionale. Quanto all'ammissibilità dell'analogia nella materia di cui si

tratta, è assunto validamente sostenuto, che, tuttavia, attiene più strettamente all'aspetto *strutturale* dell'illecito civile, ovvero alla tematica della tipicità e tassatività dell'illecito (9).

Per quanto concerne la rilevanza della consuetudine, la dottrina civilistica sull'illecito non è particolarmente ricca di suggerimenti: si nega (10) per solito la rilevanza della stessa nella sua *forma introduttiva* con un'argomentazione che, prendendo le mosse dall'art. 8 D. prel., è valida per il diritto italiano in generale. È una presa di posizione che merita qualche attenta considerazione.

Anzitutto, occorre rilevare che, essendo l'art. 8, D. prel. C. Civ., norma ordinaria pure sulla produzione giuridica (11), non funziona come eterolimita analogamente all'art. 25, 2° comma, Cost., e, pertanto, potrebbe essere modificata in ogni tempo da una norma di pari grado diretta a conferire piena efficacia, in materia d'illecito civile, alla consuetudine introduttiva.

Anche a voler prescindere dalla consuetudine introduttiva *stricto sensu*, sia la formula dell'« ingiustizia » del danno nell'art. 2043 C. Civ., sia talune clausole generali contenute nelle figure tipiche di illecito civile (si pensi, ad es., al richiamo alla « correttezza professionale » nell'art. 2598, n. 3, C. Civ.) (12), sembrano aprire ampi varchi ad una consuetudine che è *secundum legem*, e quindi in linea con il disposto dell'art. 8, D. prel. (a meno che non si intenda il rinvio postulato da tale normativa alla consuetudine come *explicito*: assunto di rado emergente in dottrina), ma solo in senso *formale*. Con quest'ultima precisazione si vuol porre in risalto il fatto che, pur trovando indiscutibilmente nei casi menzionati la consuetudine un aggancio legislativo, essa svolge, sostanzialmente tramite il rinvio alla correttezza professionale nuove ipotesi atipiche di concorrenza sleale e tramite la concretizzazione dell'ingiustizia nuove forme di illeciti civili extracontrattuali, un ruolo tutt'affatto marginale. È un ruolo che in sede penale non sono disposti ad accordare a tale fonte neppure coloro i quali ritengono che la consuetudine *secundum legem*, spesso scambiata con un richiamo agli usi ovvero con un aggancio normativo alla realtà sociale in evoluzione (13), non sia in contrasto con la riserva asso-

(1) Richiamiamo fin d'ora l'attenzione su quanto si dirà in materia di adeguata tutela sociale.

(2) I rapporti tra legge ordinaria e legge costituzionale sono approfonditi da A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge cit.*, pag. 155 e segg.

(3) Sulle fonti del diritto si veda l'accurato esame di CARACIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, pag. 44 e segg. Cfr. altresì M. LEONE, *L'esistente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970, pag. 23 e segg.

(4) Sulla fonte dell'obbligo di impedire l'evento la letteratura giuridica tedesca, a differenza di quella italiana, è assai ricca; ci limitiamo a segnalare l'ultimo, almeno a tutt'oggi, dei lavori apparsi sull'argomento: SCHÜNEMANN, *Grenzen und Grenzen der wächsten Unterlassungspflicht*, 1971, cui rinviamo per i copiosi richiami bibliografici. Per un caso di obbligo di impedire l'evento nascente da circolare manoscritta anche se *latu sensu* riconducibile ad una norma giuridica, cfr. Trib. Milano, 1° aprile 1966 (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1968, 1224 e segg. con nota di FLICK, *Omissione di oculata vigilanza e obbligo giuridico di impedire l'evento*).

(5) Un accenno al tema trovasi già in BRICOLA, *La discrezionalità cit.*, pag. 260.

(6) La dottrina, soprattutto italiana, studia separatamente i due problemi. Non ci risulta che fino ad oggi essi siano stati collegati.

(7) Spesso la giurisprudenza è oscillante circa la soluzione di certi problemi a livello di obbligo di impedire l'evento ovvero di colpa per inosservanza: citiamo, ad es., la sentenza del Tribunale di Venezia, 15 febbraio 1955 (*Riv. It. Dir. Pen.*, 1955, 580 e segg., con nota di G. D. PISAPIA, *Libera professione e colpa per omissione*) e soprattutto, sulla stessa vicenda, App. Venezia, 14 marzo 1957, riportata in FORMAGGIO, *Deontologia*

medica e legislazione sanitaria, 1958. Le due decisioni, affrontando il tema dell'obbligo di soccorso del medico libero professionista, oscillano tra l'individuazione delle norme deontologiche come fonte dell'obbligo e la collocazione delle medesime a contenuto della colpa per inosservanza di disciplina.

(8) I problemi aperti in materia sono molteplici. Si pensi, ad es., all'esatta individuazione del concetto di « ordini e discipline » nell'art. 43, 1° comma, C. Pen.; al mutamento delle fonti dell'obbligo ex art. 40, capov., C. Pen. in rapporto all'art. 2 C. Pen. (tema quest'ultimo affrontato soltanto con riguardo al mutamento del contenuto normativo della colpa specifica, sia in giurisprudenza che in dottrina: cfr. Cass. Pen., 6 aprile 1960 [*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1960, 1206 e segg.] con nota di C. F. GIROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*), e più in generale, tutti i problemi di collegamento tra art. 40, capov., e art. 43, 1° comma, C. Pen. (colpa specifica).

(9) Ampio spazio è dedicato all'argomento dal CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, *passim*; cfr. però in particolare, pag. 156.

(10) CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza cit.*, pag. 156.

(11) Sul tema della natura delle « preleggi » con riferimento all'attuale regime a « costituzione rigida » cfr., soprattutto, SANTORO-PASSARELLI, *Le norme di determinazione della legge (Studi Segni, IV, pag. 261 e segg.)*.

(12) Sulla portata generale di questa regola cfr. TRIMARCHI, voce *Illecito* (Diritto privato) (*Enciclopedia del diritto*, volume XX, 1970, pag. 105).

(13) Sono utili in proposito i rilievi di MARNUCCI, voce *Consuetudine* (Diritto penale) (*Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 1961 pag. 511 e segg.).

luta di legge di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. (1). Si tenga, inoltre, presente, ad ulteriore conferma del diverso ambito di operatività che la consuetudine possiede in sede civile e penale, il fatto che, data l'incertezza di rilevazione della norma consuetudinaria (2), tale fonte si pone altresì in antitesi con quell'esigenza di tassatività che, costituzionalizzata dall'art. 25, 2° comma, Cost., per l'illecito penale, non ha per l'illecito civile alcun rilievo costituzionale né alcuna dimensione positiva, a livello di normazione ordinaria, come tra breve si dirà.

Si badi, infine, che, oltre a quanto s'è notato in tema di consuetudine, già la diversa rilevanza del regolamento è sufficiente a differenziare l'illecito civile dal reato sotto il profilo delle fonti: anche qualora, in linea di mera ipotesi, si muovesse dall'assunto di ritenere costituzionalizzata in materia penale una mera riserva *relativa* di legge (3).

Il reato si caratterizza egualmente, sotto il profilo delle fonti normative rispetto all'illecito amministrativo: espressione quest'ultima da ritenersi (4) comprensiva tanto degli illeciti riferiti alla pubblica amministrazione (e, quindi, ai suoi organismi) come soggetto attivo della potestà amministrativa, quanto degli illeciti commessi dai soggetti passivi della medesima potestà (illeciti *disciplinari*).

A differenza dell'illecito civile, l'illecito amministrativo ha una propria disciplina costituzionale, sia pure meno qualificante e compiuta di quella prevista per il reato e la responsabilità penale, e sotto il profilo delle fonti normative (art. 23 e 97 Cost.), e sotto altri profili (carattere *diretto* della responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici: art. 28 Cost.). Senonché, nulla disponendo l'art. 28 in tema di fonti normative (5), gli art. 23 e 97 Cost., sono prevalentemente interpretati come tali da porre una riserva di legge soltanto relativa: riserva relativa la quale non comporta, si osserva (6), che « la legge disciplini interamente e compiutamente la fattispecie, come nel caso della riserva assoluta, ma, pur lasciando ampio spazio agli interventi del potere esecutivo, richiede che tali interventi

siano autorizzati dal legislatore con « sufficiente determinatezza » (7) di principi e criteri per l'esercizio del potere discrezionale ».

La tendenza che si va consolidando verso una progressiva tipizzazione degli illeciti amministrativi e, in specie, disciplinari e verso una progressiva riduzione del margine di « discrezionalità » è, da un lato, circostanza che attiene più all'aspetto strutturale (o di tassatività) dell'illecito che non alle fonti normative, dall'altro, evoluzione che si realizza sul terreno equitativo o di conquiste garantiste (8) e non su quello costituzionale. Ampio spazio rimane comunque riservato, in tema di illecito amministrativo, all'operatività dei regolamenti delegati (9).

Parimenti infondata ci sembra la tendenza ad inquadrare, muovendo da un concetto di « punizione » in senso lato, nella prospettiva dell'art. 25, 2° comma, Cost., sia l'illecito amministrativo che la relativa sanzione. È una tendenza che si sviluppa sia sul terreno dell'applicazione del divieto di retroattività sia sul terreno dell'applicazione del principio di legalità nella globalità dei suoi significati (10). A favore della tesi militano fragili argomenti d'ordine letterale (11) e ragioni equitative (12). Fra gli argomenti di carattere testuale si cita soprattutto il 1° comma dell'art. 25, Cost., il quale, nel fissare il principio della necessaria precostituzione del giudice naturale, non si riferisce esclusivamente alla materia penale. A favore dell'interpretazione « restrittiva », accolta dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (13), sono adducibili argomenti ben più solidi: l'inserimento del 1° comma nell'art. 25 nasce, anzitutto, dall'esigenza di collegare fra loro (14) due affermazioni del divieto di retroattività; il collegamento tra il 2° e il 3° comma (relativo alle misure di sicurezza) comprova il riferimento dell'art. 25, 2° comma, alle pene in senso stretto; l'estensione dell'art. 25, 2° comma, nella globalità dei suoi significati, all'illecito amministrativo priverebbe di *ratio*, quanto all'affermazione della riserva di legge (in senso relativo), gli art. 23 e 97 Cost.; e, infine, tale dilatazione della portata dell'art. 25, 2° comma, lo svuoterebbe del principale signifi-

(1) Il punto è da noi approfondito ne *La discrezionalità nel diritto penale* cit., pag. 257.

(2) Sottolinea tale aspetto MARINUCCI, voce *Consuetudine* cit., pag. 505.

(3) Si noti che la legge regionale, mentre non può essere fonte di reato, potrebbe configurare, senza alcun ostacolo, illeciti civili extracostituzionali (da ultimo, sul tema, PITTARÒ, *Osservazioni sulla potestà legislativa penale delle Regioni in relazione al principio di legalità* [Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 297 e segg.]).

(4) Sul punto cfr. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito* (Diritto amministrativo) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, pag. 112).

(5) Il rinvio alla legge, salvo per quanto concerne la legge penale, non sembra circoscritto alle leggi in senso formale (e agli atti ad essa equiparati).

(6) Così G. DUNI, *L'art. 28 della Costituzione, un testo da non sopravvalutare, nel quale non è racchiusa tutta la disciplina costituzionale dell'illecito degli enti pubblici* (*Scritti degli allievi offerti ad A. Tesoro*, vol. II, Milano, 1968, pag. 720), cui rinviamo per i richiami bibliografici. Per un quadro delle posizioni dottrinali sulla natura della riserva di legge ex art. 23 Cost., si veda LA MEDICA, *La riserva della legge in materia tributaria* (*Arch. Fin.*, 1967, 76 e segg.).

(7) È singolare come il criterio della « sufficiente determinatezza » venga, da un lato, considerato espressione di riserva relativa di legge a proposito dell'art. 23 Cost. (così G. DUNI, *L'art. 28 della Costituzione* cit., pag. 719, richiamandosi anche nella nota 30 a sentenze della Corte Costituzionale in tal senso); dall'altro, ritenuto dalla Corte Costituzionale, nell'atteggiamento dalla medesima recentemente assunto e già sottolineato, compatibile con la riserva assoluta ex art. 25, 2° comma, Cost. (anche se, per la verità, la Corte, pur dando per indiscussa tale qualifica della riserva in materia penale, non la connota mai esplicitamente come « assoluta »).

(8) Interessanti rilievi in proposito fa G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio « nullum crimen sine lege »*, cit. pag. 49 e segg.

(9) Un quadro del problema è ricavabile, ma con prevalente riferimento all'illecito disciplinare, da G. MOR, *Le sanzioni disciplinari* cit. *passim*.

(10) La tendenza riguarda, per la verità, più l'aspetto della tassatività che non quello della « legalità »: e ciò si comprende per la necessità di ricondurre l'illecito disciplinare entro certi limiti di « determinatezza ».

(11) Sul punto, con prevalente riferimento al profilo del divieto di retroattività, GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della retroattività delle leggi*, Milano, 1970, pag. 17 e segg.

(12) Cfr. la nota 8 immediatamente precedente.

(13) Accenna ad un orientamento contrario alla estensione della portata dell'art. 25, 2° comma da parte della Corte Costituzionale, GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali* cit., pag. 21.

Va rilevato, però, che la Corte Costituzionale non si dimostra contraria ad estendere la portata dell'art. 25, 2° comma, ad esclusione del profilo di retroattività non ancora affrontato, sul terreno delle misure di prevenzione e degli illeciti di polizia (anche se, praticamente, respinge poi tutte le eccezioni di illegittimità costituzionale, prevalentemente fondate sul difetto di tassatività, delle previsioni di cui alla legge del 1956): per contro, con singolare incoerenza, è contraria all'estensione della prevenzione di non colpevolezza ex art. 27, 3° comma. Per tutti questi profili rinviamo ad un nostro studio di prossima pubblicazione, *Osservazioni sui tipi di procedimento relativi all'applicazione delle misure di prevenzione « ante-delinctum »* (è il testo di una relazione presentata al V Congresso internazionale di diritto processuale, tenutosi a Città del Messico dal 12 al 18 marzo 1972).

(14) Il punto è già da noi sviluppato, con riferimento ai lavori preparatori della Costituzione, ne *La discrezionalità* cit. pag. 230.

ficato che gli è proprio, in connessione con l'art. 27 Cost., e cioè l'affermazione della necessità di una delimitazione del campo dell'illecito penale. Pertanto: a prescindere da un'eventuale estensione analogica del divieto di retroattività ex art. 25, 2° comma, Cost., alle sanzioni amministrative, ammissibile nei limiti in cui tale normativa non debba, sotto tale profilo, reputarsi « eccezionale » nel sistema della Costituzione (1), la regolamentazione dell'illecito amministrativo sotto il profilo delle fonti normative deve ritenersi circoscritta agli art. 23 e 97 Cost.

Quanto all'aspetto strutturale della tassatività, non costituzionalizzato (2), la sua eventuale e progressiva attuazione anche in rapporto all'illecito amministrativo può vedersi, e lo si dirà tra breve, come il portato di esigenze equitative e garantiste (3) anziché come il frutto di un'estensione analogica ovvero di un'interpretazione estensiva dell'art. 25, 2° comma, Cost. (4). Né deve meravigliare il fatto che tra il divieto di retroattività e l'esigenza di tassatività, entrambi riconducibili ad una *ratio* di certezza, si ritenga, pur con alcune perplessità, estensibile per analogia al settore dell'illecito amministrativo soltanto il primo.

A frenare l'applicazione analogica alle sanzioni e all'illecito amministrativo dell'art. 25, 2° comma, Cost., nei limiti in cui esso costituzionalizza l'esigenza di tassatività, sta la circostanza per cui il Costituente, allorché ha ritenuto di fissare tale esigenza per misure (restrittive della libertà personale) diverse dalle sanzioni penali *stricto sensu* (alludiamo all'art. 13, Cost., che rinvia alla legge la determinazione dei casi e dei « modi di disciplina »), lo ha fatto *esplicitamente* (5).

5. Si è già altrove (6) sostenuto, sia sulla base di un esame dei lavori preparatori (7), sia sulla base di argomenti letterali, logici e sistematici (8), che l'art. 25, 2° comma, Cost., costituzionalizza l'esigenza di tassatività della norma penale e, in particolare, della vicenda costitutiva dell'illecito penale (9).

A queste argomentazioni, nonché alla chiarificazione del concetto di *tassatività*, da non confondersi con una caratterizzazione in senso meramente descrittivo e casistico della fattispecie penale (10), facciamo rinvio; non senza precisare come dal nostro assunto discenda la costituzionalizzazione del divieto di analogia (anche *in bonam partem* (11)) in materia penale, ossia di un procedimento ermeneutico contraddistinto dall'indeterminatezza dei passaggi attraverso i quali esso si svolge;

l'incostituzionalità di tutte quelle formule elastiche che, non facendo rinvio ad un parametro valutativo univoco, integrano altrettante forme di « analogia anticipata » (12); nonché, infine, l'estensione del connotato della tassatività alla fattispecie globalmente (13) considerata (*Garantietatbestand* o *Gesamtatbestand*). L'ultimo corollario priva da un lato, sul piano dell'analisi del reato (14), di ogni giustificazione la costruzione di una nozione restrittiva di « fatto », comprensiva degli elementi esclusivamente descrittivi, in funzione garantista; dall'altro, comporta l'assoggettamento al canone di tassatività degli stessi elementi normativi di derivazione extrapenale (15). Poiché, come si vedrà fra breve, nei settori extrapenali l'esigenza di tassatività non è altrettanto rigorosamente e costituzionalisticamente affermata, l'asserito di cui sopra incoraggia una tecnica di strutturazione della fattispecie penale che rifugge da tendenze meramente sanzionatorie: tecnica che è già incoraggiata dall'assoluta autonomia dell'oggetto della tutela penale in chiave rigorosamente costituzionale.

La tendenza di cui si discute risulta avvalorata anche dalla finalità di evitare che si delineino fratture tra il dato normativo extrapenale recepito nella norma penale, autonomamente evolventesi con tutti gli ausili del procedimento analogico, e la fattispecie penale ancorata su basi staticamente tassative (16).

Tra questa visione costituzionale dell'illecito penale e il sistema positivo esiste uno scarto assai rilevante (17). La lenta eliminazione di tale scarto dipende, oltreché da un'indubbia, anche se non insuperabile (18), difficoltà di individuare il margine di tassatività prescritto dalla norma costituzionale, da un atteggiamento « frenante » e non sempre lineare della Corte Costituzionale. Si badi: la Corte Costituzionale, a quanto ci risulta, non ha mai accolto sino ad ora alcuna eccezione di illegittimità fondata sul difetto di tassatività. E ancora: la Corte, mentre da un lato si astiene, come già s'è rilevato in tema di riserva assoluta di legge, dall'approfondire le matrici politiche dell'esigenza di tassatività in campo penale, non sempre ha una chiara consapevolezza del diverso ambito di operatività e della diversa *ratio* che caratterizzano questi due profili dell'art. 25, 2° comma, Cost. (19). Quando la Corte ha avuto occasione di occuparsi della legittimità costituzionale di formule normative conclusive di un'elencazione di dati, del tipo « mestieri simili »

(1) L'estensione non sarebbe, viceversa, il frutto di interpretazione analogica secondo A. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (Scritti di diritto pubblico dell'economia, Milano, 1962, pag. 125 e segg., e pag. 160 e segg.). Quanto all'estensione del divieto di retroattività nei confronti delle misure di prevenzione sembra essere, però d'ostacolo una certa affinità di esse colle misure di sicurezza e quindi la loro riconducibilità all'art. 25, 3° comma, Costituzione. Sul punto cfr. le nostre *Osservazioni sui tipi di procedimento* cit.

(2) Esso è, infatti, collegato, anche se distinto quanto alla *ratio* (cfr. BRICOLA, *La discrezionalità* cit., pag. 277 e segg.) al principio di legalità (riserva di legge).

(3) Per questi aspetti rinviamo a G. MON, *op. cit.*, pag. 49 e segg.

(4) Come, viceversa, ritiene GUARINO, *Sul regime costituzionale*, *op. e loc. cit.*

(5) Sui rapporti fra gli art. 13 e 25, 2° comma, sotto il profilo della *ratio*, cfr. BRICOLA, *La discrezionalità* cit., pagina 278 e segg.

(6) BRICOLA, *op. cit.*, pag. 277 e segg.

(7) BRICOLA, *op. cit.*, pag. 278 e segg.

(8) BRICOLA, *op. cit.*, pag. 278 e segg.

(9) L'unica che interessi specificamente in sede di teoria generale del reato.

(10) Cfr. BRICOLA, *op. cit.*, pag. 157 e segg.

(11) In tal senso ci pronunciammo in altra sede (*La discrezionalità* cit., pag. 303 e segg.). È ovvio che anche i sostenitori dell'analogia *in bonam partem* dovrebbero ammettere un limite della operatività dello strumento analogico in materia di cause

di giustificazione, ove queste ultime siano di per sé eccezionali in quanto tali da creare situazioni di privilegio per certe categorie di soggetti (è il caso, ad es., dell'uso legittimo delle armi secondo il PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi* [Ann. Fac. Giur. Genova, 1971, 145 e segg.], con replica polemica di DELICU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coercizione fisica* [Arch. Pen., 1972, I, 166 e segg.]).

(12) Sulla categoria cfr. BRICOLA, *op. cit.*, pag. 303.

(13) Sotto il profilo della « tassatività » la nozione di *Tatbestand* è la più ampia possibile e ricomprende anche elementi (es.: condizioni obiettive di punibilità o eventi imputati a titolo di responsabilità oggettiva) che, almeno *de iure condito* e in antitesi con l'art. 27, 1° comma, Cost. sfuggono alla nozione di fatto costruita in rapporto all'elemento psicologico (dolo o colpa).

(14) Cfr. quanto s'è detto a proposito della concezione « classica » del reato.

(15) SPASARE, *Diritto penale e Costituzione* cit., pag. 31, ammette l'applicazione dell'analogia *in bonam partem* con riguardo agli elementi normativi di derivazione extrapenale.

(16) Accenna a possibilità di « sfasature » derivanti dall'adozione della tecnica sanzionatoria in materia penale, PEDRAZZI, *Considerazioni generali sulle sanzioni penali nel progetto di riforma delle società commerciali* Riv. D. Dir. e Proc. Pen., 1966, 782.

(17) In tal senso, PAGLIARO, *Il fatto di reato*, *op. cit.*, pag. 112.

(18) Per l'individuazione di tale limite rinviamo a BRICOLA, *La discrezionalità* cit., pag. 281.

(19) Cfr. per la diversa *ratio*, BRICOLA, *op. cit.*, pag. 277 e segg.

o « attività simili » (1), pur affermando trattarsi, al fine di respingere l'eccezione, di formule autorizzanti l'uso dell'interpretazione estensiva e non dell'applicazione analogica, ha implicitamente mostrato di ritenere costituzionalizzato il divieto di analogia, senza però precisare, in base a quanto s'è sopra rilevato, se tale costituzionalizzazione si riporti alla riserva assoluta (2) di legge (natura *creativa* o di *fonte* del procedimento analogico) ovvero all'esigenza di tassatività (natura ermeneutica, se pur con passaggi indeterminati, dello strumento analogico). È, infine, l'approfondimento operato dalla Corte non si spinge oltre affermazioni di questo tipo, legittimanti qualsiasi soluzione: « il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge (art. 1 C. Pen.) (3) non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto. Spesso le norme penali si limitano ad una descrizione sommaria ed all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato » (4). Questa affermazione ed altre simili (5) sono talmente generiche da autorizzare a respingere qualsiasi eccezione di illegittimità costituzionale di una norma penale proposta per difetto di tassatività (6). Solo attraverso una chiara impostazione della *ratio* dei diversi profili dell'art. 25, 2° comma, Cost., e una determinazione conseguente del concetto di « tassatività », la Corte potrà colmare lo scarto di cui s'è detto e in virtù del quale sopravvivono fattispecie penali imperniate su concetti vaghi od elastici che nessun parametro univoco di valutazione offrono al giudice e che « disorientano » il cittadino (7).

6. Anche sotto il profilo della tipicità e della tassatività il reato possiede una connotazione ben pre-

cisa nel novero degli illeciti. La differenziazione dall'illecito amministrativo è, per quanto attiene a tale aspetto, già implicita in quanto a suo tempo s'è detto in tema di riserva di legge. L'esigenza di tassatività affermata per il reato dall'art. 25, 2° comma, Cost., non riguarda, nè può estendersi analogicamente a ricomprendere, l'illecito amministrativo nella duplice accezione richiamata.

La dottrina (8), anche recente (9), riconosce che la responsabilità (10) amministrativa, e in specie disciplinare, se deve avere un fondamento legale (riserva relativa di legge per il combinato disposto degli articoli 23, 27 cui, per taluno (11), va aggiunto l'art. 28), non presuppone necessariamente, come esigenza costituzionale, una norma dotata di un grado di precisione pari a quello della legge penale. Si noti, però che, quanto all'illecito disciplinare per il quale il difetto di tassatività è sempre stato più accentuato, si registra una tendenza progressiva verso una sempre maggiore specificità. Questa tendenza, muovendo dal settore dell'impiego privato nel quale le lotte sindacali stanno acquisendo la specificità dell'illecito disciplinare, in chiave garantista, si sposta nel settore dell'impiego pubblico con la graduale sensibilizzazione « sindacale » di quest'ultimo. È un processo che, comunque, non si svolge, a nostro avviso, su premesse costituzionali, ma su presupposti « garantisti » più ampi: ed è pacifico che questi secondi possono, con l'evolversi dei rapporti sociali, sopravanzare i primi (12). L'accentuazione della specificità e tassatività dell'illecito disciplinare trova la sua giustificazione, inoltre, nel fatto che esso ha il suo aggancio nello stato giuridico degli impiegati fissato con atto normativo (13), e si segnala soprattutto nei casi in cui la materia su cui verte l'illecito disciplinare sia attinente ad un diritto costituzionalmente garantito (14). Ciò non toglie

(1) Sul punto cfr. C. Cost., 23 maggio 1961, n. 27 (*Giur. It.*, 1961, I, 1, 1043 e segg., con nota di C. F. Grosso, *L'art. 121 Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, e il divieto di analogia in diritto penale*).

(2) Cfr. C. Cost., 9 luglio 1963, n. 120 (*Sent. e Ord. Corte Costit.*, 1963, 469 e segg.), la quale, infatti, nel ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della L. 23 ottobre 1960, n. 1369, recante norme sul divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro, in riferimento all'art. 25, 2° comma, Cost., si limita ad escludere che tale norma attribuisca «... al giudice il potere di ampliare per analogia il precepto penalmente sanzionato nella cui formulazione non vi è eterogeneità di indicazioni esemplificative » e a ritenere che essa autorizzi una normale opera di interpretazione.

(3) Così C. Cost., 16 giugno 1964, n. 44 (*Sent. e Ord. Corte Costit.*, 1964, 259).

(4) In tal senso già C. Cost., 23 maggio 1961, n. 27 (*Giur. Cost.*, 1961, 539 con nota di Esposito, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del Codice Penale*). Da notare che a conclusione della sentenza citata alla nota precedente (260) si rileva «... queste nuove figure di reato, sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza, sono state efficacemente determinate nei loro contorni e limiti: quasi che la determinazione del contenuto delle fattispecie penali spettasse all'interprete e non al legislatore ».

(5) Cfr., ad es., C. Cost., 19 febbraio 1965, n. 7 (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1966, 984 e segg., con nota di BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 C. Pen.*); tale sentenza non distingue esattamente a seconda che l'eccezione sia rivolta contro l'art. 323 sotto il profilo della riserva assoluta di legge (art. 25, 2° comma, Cost.) ovvero sotto il profilo dell'esigenza di tassatività (art. 25, 2° comma, Cost.). Cfr. inoltre: C. Cost., 19 luglio 1968, n. 110 (*Sent. e Ord. Corte Costit.*, 1968, 655 e segg.), la quale, pur enunciando più rigorosamente l'esigenza di tassatività, respinge l'eccezione con riferimento all'art. 708 C. Pen.; C. Cost., 16 dicembre 1970, n. 191 (*Ibid.*, 1970, 711 e segg.), la quale, da un lato afferma che «... il principio di legalità si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il concetto... » e dall'altro respinge l'eccezione con riferimento al concetto di osceno (ex art. 527, 528 e 529 C. Pen.).

(6) Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale citate alla nota precedente.

(7) Ciò dipende anche dal fatto che non sempre la Corte Costituzionale precisa chi deve essere il destinatario della « certezza » (cfr. BRICOLA, *op. cit.*, pag. 295).

(8) Cfr. particolarmente G. Mos, *Le sanzioni disciplinari cit.*, pag. 90 e segg.

(9) Rinviamo in proposito alla bibliografia citata da Mos, *op. e loc. cit.*

(10) Non esaminiamo, viceversa, il problema con riguardo alla sanzione amministrativa: sul principio « *nella poena sine lege* », soprattutto in materia disciplinare, v. G. Mos, *op. cit.*, pag. 113 e segg. D'altro canto è un profilo che rimane estraneo all'indagine anche per ciò che concerne la pena *stricto sensu*: si è precisato in linea metodologica, infatti, che della pena una teoria generale del reato nel senso chiarito deve occuparsi solo per quanto possa servire ad illuminare la natura « teleologica » del medesimo.

(11) Così Mos, *op. cit.*, pag. 90. Dal nostro punto di vista è opportuno richiamare quanto s'è già detto in precedenza in tema di riserva di legge.

(12) La Costituzione sul piano garantistico può essere superata; o meglio i silenzi di essa possono essere colmati purché non siano espressione di una volontà « negativa ».

(13) Per questo la determinazione dell'illecito disciplinare non può dipendere dall'assoluta discrezionalità dell'amministrazione (così G. Mos, *op. cit.*, pag. 111). Rileva G. Mos, *op. cit.*, pag. 74, che «... l'evoluzione verso una migliore definizione in norme scritte dei fatti punibili non è propria esclusivamente della legislazione sull'impiego pubblico: il fenomeno si riscontra con una certa ampiezza anche nei contratti collettivi di lavoro ed in questo campo è stato spiegato come conseguenza dell'azione dei sindacati che hanno cercato di limitare i poteri dell'imprenditore e di porre i singoli al riparo dal suo arbitrio. In effetti essendo la determinazione dell'illecito disciplinare legata ad un elemento reale quale la lotta sindacale, sia nel pubblico impiego come nel rapporto privato di lavoro, è probabile che si pervenga più rapidamente ad una « tassatività » di questo illecito che non dell'illecito di polizia (o dello stesso illecito penale che pure deve essere tale per esplicito dettato costituzionale).

(14) Così G. Mos, *op. cit.*, pag. 112.

che ancora oggi la tendenza a definire il contenuto di cert. doveri in forma estremamente generica (li coerenza, di fedeltà, ecc.), è rilievato positivamente accordato al momento sanzionatorio (1) rispetto a quello preventivo, la discrezionalità, infine, dell'amministrazione nell'individuare il modo in cui gli impiegati hanno adempito ai propri doveri, fanno sì che in tema di illecito disciplinare si sia ancora lontani da quel livello di tassatività che è costituzionalmente prescritto per il reato.

La differenza tra illecito amministrativo (2) e reato sotto il profilo della tassatività (3) non deve far apparire la «depenalizzazione» in una luce costituzionalmente sfavorevole per l'interessato sul piano garantista che essa comporta, a condizione, però, che si accetti il punto di vista precedentemente espresso (4), secondo cui la deperalizzazione non può mai risolversi nell'applicazione di sanzioni amministrative restrittive della libertà personale (5). Ciò può avvenire soltanto nei casi e per quei motivi (es. art. 16) per i quali la Costituzione lo consente: sono casi, tuttavia, che autorizzano l'estensione analogica (oltre che della garanzia giurisdizionale) del principio di legalità nelle sue diverse espressioni (di cui agli art. 23, 2^a comma, e 15 Cost.) e quindi anche dell'esigenza di tassatività. Un margine differenziale ancor più netto si ravvisa tra reato e illecito civile. Sotto il profilo della tipicità (6) possono ipotizzarsi tre differenti sistemi di disciplina normativa dell'illecito civile. Esistono, in primo luogo, ordinamenti giuridici che conoscono solo figure illecite tipiche, sufficientemente determinate già in sede legislativa ovvero sulla base di precedenti giudiziari (7). Possono ipotizzarsi sistemi (8) fondati su di un'ampissima clausola generale, corrispondente a quella contenuta nell'articolo 2043 Codice Civile. Sono, infine, più frequenti sistemi, e ad essi si riporta lo stesso Codice Civile italiano, in cui con una clausola generale coesistono altre norme, le quali prevedono e regolano tipi particolari di atti illeciti: naturalmente, in presenza della regola generale (es.: art. 2043 C. Civ.) tende aperto l'incerto degli illeciti civili, consentendo di aggiungere altre figure a quelle espressamente previste in norme specifiche.

Negli stessi sistemi del primo tipo raramente si ricorre accanto alla tipicità negli illeciti civili (la tassatività della loro descrizione (9)). La tipicità degli illeciti civili, infatti, mentre, da un lato, non esclude il ricorso allo strumento analogico (10), dall'altro, non preclude necessariamente l'utilizzazione nel tipo di elementi non determinati o di clausole generali. A condizione, si intende, che nel sistema non figure, in tema di illecito civile, una norma costituzionale corrispondente all'articolo 25, 2^a comma, Cost. È questa un'ipotesi che non trova riscontro storico e positivo. Logicamente, se si tien conto dell'esigenza, più sensibile nel settore dell'illecito civile, di garantire la costante conformità al assetto normativo e sviluppo tecnico-economico sociale. Le recenti istanze a favore di una legislazione civile che si snodi secondo clausole generali (11) esprimono tale esigenza: le medesime si esprimono, viceversa, a critica (12) all'arroganza vengono portate avanti senza differenziazione alcuna per tutti i rami dell'ordinamento giuridico. Nei sistemi di secondo e terzo tipo l'illecito civile non è né tipico in senso proprio (13) né tassativo. In entrambi l'interesse si appunta sulla clausola o regola generale, posto che anche nei sistemi del terzo tipo ad essa si fa capo per potenziare il numero degli illeciti civili tipizzati. Tale clausola — e l'interesse — viene specificamente appurata nel nostro sistema positivo e, in particolare, nell'art. 2043 C. Civ. — è generica sia rispetto alle modalità della lesione («Qualunque fatto...») sia rispetto all'indicazione dell'evento lesivo («danno ingiusto»).

Sono noti i tentativi di delimitare la portata della lesione «ingiusta» e di trasformare, attribuendo un carattere sanzionatorio all'art. 2043 C. Civ., l'illecito civile in un illecito tipico sia pure per esclusione (14). A ciò non sia la tesi, prevalente in dottrina e che ancor oggi rischeggia frequentemente nelle motivazioni delle sentenze, secondo cui il divieto e la sanzione ex articolo 2043 opererebbero soltanto quando vi sia la lesione di un diritto soggettivo; sia la tesi (15) che condivide l'art. 2043 come norma sanzionatoria di atti dannosi, compiuti in violazione di diversi risultati da altre norme di legge; sia, infine, la tesi (16) che, pur cercando di salvare entro certe linee (17) il carattere

(1) L'esemplificazione più precisa trovata in G. Moro, *op. cit.*, pag. 99 e segg.

(2) Ci riferiamo all'effetto di polizia, ma anche all'illecito disciplinare che può, in taluni casi, tradursi in l'opera di deperalizzazione. Il fatto per il quale la sanzione (oltre che la legge) dell'illecito amministrativo non sia garantita a livello costituzionale come per l'illecito penale (ma è ancor più ambiziosa la tesi favorevole alla legittimità costituzionale dell'art. 321 C. Pen., nella misura in cui tale norma, soprattutto nella prassi giurisprudenziale, viene usata in chiave unicamente amministrativa ed illeciti amministrativi si è quasi dispiaciuti. È questo uso da tanti aspetti sul quale non si è soffermati l'attenzione della Corte Costituzionale nella sentenza 19 febbraio 1965 n. 7, di precedente citata.

(3) Il divieto è solo sostanzialmente per gli altri profili diversi della inviolabilità (es. quella che attiene alla riserva assoluta di legge).

(4) Cf. quanto si è detto al n. 29.

(5) In senso non così lato da escludere con ogni semplicità un qualche tipo di degradazione (es.: dilatare o protrarre) nei limiti salvi, per le vere e proprie forme di costituzione, della libertà personale e, le eccezioni previste dalla Costituzione.

(6) Sotto questo profilo *tipicità* e *tipicità* non sono sinonimi, a significare del resto l'oltranzismo.

(7) Per un'esemplificazione dei sistemi fondati sulla tipicità degli illeciti, cfr. Tullowicz, *op. cit.* (Diritto privato) 2, 1, pag. 97.

(8) Cf. Tullowicz, *op. cit.*, loc. cit.

(9) Rilevato tale dato da Tullowicz, *op. cit.*, pag. 91, «... la sanzione sanzionatoria... è stata finora» sulla tipicità (posto dell'illecito) qualche figura tipica e talora sufficientemente determinata da lasciare spazio per le valutazioni del giudice o del consentito al quale si sono sempre presentati al momento allo scopo di supplire il sistema per adeguarlo a nuove esigenze».

(10) Su l'utilizzazione dello strumento analogico, cfr. come fonte normativa in tema di illecito civile, cfr. in chiave differenziale rispetto al illecito penale, C. M. Antignoni, *op. cit.*, pag. 156.

(11) In tal senso soprattutto Rizzoli, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pag. 127 e seguenti. Un'interessante analisi della funzione della clausola generale negli processi giuridici tedeschi durante il nazionalsocialismo è contenuta da Rizzoli, *Die kollektive Antiquität*, J. H. Jäger, 1964, con amplissimi riferimenti bibliografici.

(12) Sull'iva perfezione nei confronti di una proposta inedita di legislazione per clausola generale, cfr. C. M. Antignoni, *Responsabilità civile e natura del danno* (St. Intern. Dir. Priv. 1965, 28 e segg.).

(13) Contro, per la natura dell'illecito civile nel nostro sistema positivo (riservando da un concetto con doppio uso di *tipicità*, cfr. i rilievi dell'antiquità di una norma, cioè di una norma di condotta), cfr. C. M. Antignoni, *op. cit.*, pag. 155.

(14) Un'accurata analisi di questa tesi è fatta da Tullowicz, *op. cit.*, pag. 94 e, soprattutto, nota 14.

(15) Cfr. per i relativi richiami bibliografici Tullowicz, *op. cit.*, pag. 95.

(16) La tesi è sostenuta da C. M. Antignoni, *op. cit.*, pag. 144 e segg.

(17) Secondo C. M. Antignoni, *op. cit.*, pag. 141, l'unica via per escludere che l'art. 2043 C. Civ. da una norma che dispone solo sanzioni per operarsi almeno contenuta e appunto quella di riconoscere che l'aggettivo «ingiusto» serve a indicare l'ordinata categoria di «eventi». Senza voler approfondire il tema, ci ha tanto esasperante a questa tesi, anche perché il fatto che la funzione esclusiva dell'art. 2043 sia quella di delimitare la categoria degli «eventi» (limitazione, peraltro, naturale data la funzione e finalità della sanzione civile), tut-

« primario » della norma, propugna un'interpretazione della locuzione « danno ingiusto » che la rende riferibile alla lesione di beni, la cui tutela rappresenti almeno una delle finalità di una qualsiasi norma dell'ordinamento giuridico (1). Queste tesi, pur conferendo all'art. 2043 una tipicità *per relationem*, nella misura in cui ritengono che, rispettivamente, i diritti soggettivi, i doveri e i beni possano anche non risultare espressamente da norme specifiche, ma da un'interpretazione sistematica condotta con lo strumento dell'analogia (2), ovvero possano derivare da una norma consuetudinaria (3), e nella misura in cui non escludono la possibilità che le norme cui l'art. 2043 rinvia siano a loro volta strutturate sulla base di elementi elastici o indeterminati, non riescono a conferire all'illecito civile una caratterizzazione in termini di *tassatività* (4).

Si è da altri (5) sostenuto, nella piena rivalutazione del carattere primario dell'art. 2043, che esso porrebbe un dovere giuridico amplissimo: quello di astenersi da ogni comportamento che possa recar danno ad altri, salvo che il comportamento stesso sia giustificato, ossia salvo che risulti, attraverso sicuri indici normativi, che l'attività dannosa è fra quelle che l'ordinamento ritiene siano da incoraggiare e da proteggere. La tesi, identificando « l'ingiustizia » del danno con l'assenza di cause di giustificazione, sembra risolvere, quanto meno in chiave « negativa » (ossia con riguardo ai cosiddetti elementi negativi), il problema della tipicità e della tassatività dell'illecito civile. Almeno in apparenza, nel senso che, a prescindere dalle critiche formulate nei confronti della tesi (6), lo stesso Autore che l'ha prospettata riconosce che il problema della giustificazione del danno non è sempre « facilmente » risolvibile con precise disposizioni (7); e inoltre non è escluso che la giustificazione del danno sia desumibile in via analogica ovvero sia ricavabile da una norma consuetudinaria.

Il difetto di tassatività dell'illecito civile e, quindi, la differenza rispetto al reato si accentua ove si considerino quelle tesi (8) che rinunciano a priori a costruire una tipicità sia pure *per relationem* dell'illecito civile. Ci riferiamo a quegli Autori che definiscono l'« ingiustizia » come violazione del dovere di solidarietà (9), esistente in tutti i casi in cui « la situazione propria del soggetto danneggiato possa in qualsiasi modo esser considerata giuridicamente rilevante » (10); ovvero che fanno consistere principalmente il problema

dell'illecito civile nella valutazione comparativa di due interessi contrapposti (11): l'interesse altrui minacciato da un certo tipo di condotta da un lato, e dall'altro l'interesse che l'agente con quella condotta realizza e tende a realizzare. Alla stregua di tale ultima tesi l'essenza dell'illecito civile si concreta in un bilanciamento di interessi opposti, risolubile dal giudice secondo il criterio della pubblica utilità (12), ossia in un paradigma conflittuale, in antitesi con ogni esigenza di tipicità e di tassatività (13).

Date le premesse svolte in questo paragrafo, è evidente che di una teoria generale dell'illecito intesa (14) come enucleazione delle caratteristiche essenziali comuni alle varie fattispecie di illecito, si può parlare a proposito del reato e non dell'illecito civile; il discorso può essere diversamente impostato solo in quei sistemi che sono ancorati alla tipicità degli illeciti civili.

L'asserto vale anche qualora si attribuisca all'illecito civile una tipicità *per relationem*; ma vale *a fortiori* per quelle impostazioni che, come s'è detto, rinunciano in partenza a tale tipicità. La dottrina civilistica, soprattutto quella che muove dalle premesse da ultimo enunciate (15), preferisce attribuire alla teoria generale della responsabilità civile (16) compiti prevalentemente operativi (17), ossia di « raggruppare... ipotesi che presentano conflitti di interessi simili, risolvibili in base a direttive economiche e sociali fra loro connesse » (18), nonché di « indicare alcuni caratteri generali delle operazioni che l'interprete deve compiere allorché si pone il problema dell'illiceità di un atto non espressamente regolato, e alcune considerazioni generali ricorrenti in quelle operazioni » (19).

Risulta altresì, nel settore dell'illecito civile, difficilmente configurabile una teoria dell'illecito (20), intesa in chiave di analisi degli elementi strutturali del medesimo: e ciò sia per la quasi totale (21) assenza nel Codice Civile di una normativa corrispondente a quella della parte generale del Codice Penale, sia per l'eccessiva genericità degli elementi costitutivi di cui alla clausola dell'art. 2043 C. Civ. Donde la prevalente riflessione sui problemi pratici (22) della responsabilità civile nel senso sopra chiarito: salvo taluni tentativi di costruire un'analisi dell'illecito civile mediante una trasposizione, eventualmente adattata alle esigenze della materia (23), della concettualizzazione operata nell'ambito della teoria del reato (24).

tavia esso conserva funzione sanzionatoria rispetto alle norme che prevedono gli eventi così selezionati.

(1) In altre parole — osserva CIAN, *op. cit.*, pag. 144 — si tratterebbe di esaminare le diverse disposizioni legislative, a qualsiasi raso dell'ordinamento appartengano (amministrativo, penale e via dicendo), per vedere se esse siano destinate per lo meno anche alla protezione di un interesse del singolo o vogliano invece tutelare in maniera esclusiva o del tutto prevalente l'interesse della collettività.

(2) Così anche CIAN, *op. cit.*, pag. 156, mostrando di ritenere l'analogia come fonte.

(3) Non essendovi nessun ostacolo, nemmeno sotto il profilo della tassatività, entro i limiti non inderogabili, dell'art. 8 Disp. pref. C. Civile.

(4) In effetti anche CIAN, *op. cit.*, pag. 155 parla soltanto di tipicità.

(5) P. SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno nell'illecito civile* (Jur. 1960, 342 e segg.).

(6) E per le quali rinviamo a TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 96, il quale, pur criticandone la parte costruttiva, ritiene che il merito della tesi stia nel rifiuto di ogni adesione, anche solo larvata, al principio della tipicità degli illeciti civili.

(7) Così P. SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno cit.*, pag. 347.

(8) È una tendenza oggi prevalente data la propensione già accennata per le clausole generali.

(9) Così RODOTA, *Il problema della responsabilità civile cit.*, pag. 183 e segg.

(10) RODOTA, *op. cit.*, pag. 196.

(11) Così TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 98.

(12) Per un ulteriore approfondimento della tesi rinviamo a TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 97 e segg.

(13) Ciò è, per contro, inammissibile per l'illecito penale, per il quale anche a livello di causa di giustificazione, il paradigma conflittuale degli interessi può rilevare solo entro i confini normativi (es.: requisito della proporzione nell'art. 52 C. Pen.). Rileva TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 98, che «... i problemi dell'illecito civile non possono affrontarsi adeguatamente con metodi che abbiano esclusivamente un carattere sistematico deduttivo: qui più che altrove (il corsivo è nostro) le valutazioni dell'interprete hanno un'importante funzione ».

(14) In tal senso cfr. i nostri rilievi introduttivi alla voce.

(15) TRIMARCHI, *op. e loc. cit.*

(16) È significativo anche l'uso di questa diversa terminologia prevalente nella dottrina civilistica: la locuzione « teoria generale dell'illecito civile » richiamando più facilmente l'idea di presupposti di tipicità.

(17) TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 98.

(18) TRIMARCHI, *op. e loc. cit.*

(19) TRIMARCHI, *op. cit.*, pag. 98.

(20) Cfr. quanto s'è detto nelle osservazioni introduttive, di carattere metodologico, alla voce.

(21) Cfr. per le eccezioni a tal principio l'art. 2044 e segg. C. Civile.

(22) In tal senso si orienta prevalentemente la dottrina civilistica francese in tema di responsabilità.

(23) Cfr. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza cit. passim*.

(24) L'opera di CIAN costituisce un po' un'eccezione sotto tale profilo.

7. La sintetica disamina dei vari modi in cui la dottrina civilistica ricostruisce il significato dell'«ingiustizia» del danno conferma che, quale che sia la teoria prescelta, non è possibile pervenire ad una determinazione tassativa dell'evento dannoso. Ma l'illecito civile si segnala, altresì, per il difetto di tassatività circa le modalità di causazione del danno. È una differenza rispetto al reato che si vuol porre particolarmente in luce allorché la dottrina (1) qualifica l'illecito penale come illecito *modale* o di *modalità di lesione*. Tale connotazione vale non solo per i reati a forma vincolata, bensì anche per le cosiddette fattispecie penali a forma libera. In queste ultime, infatti (2), com'è stato sottolineato (3), la specificazione avviene spesso in forma *indiretta* (4), ossia tramite il complesso delle relazioni e delle reciproche delimitazioni che caratterizzano i rapporti fra la condotta (forma libera) e gli altri elementi della fattispecie (qualità del soggetto attivo, specificità dell'evento naturalistico (5), ecc.). La specificazione delle fattispecie a forma libera, così come di tutti i reati a forma vincolata, può avvenire non solo in via *interna*, ma anche in via *esterna*: ove con la prima espressione si connota il risultato di un procedimento di tipizzazione che opera e si esaurisce nell'ambito della fattispecie, con la seconda la specificazione che opera in funzione delle indicazioni offerte anche da fattispecie diverse da quella alla quale appartiene la condotta in considerazione. In questa seconda prospettiva non rientra, com'è ovvio, la delimitazione operata tramite il riferimento all'assenza di cause di giustificazione tipiche (6), data la loro appartenenza alla fattispecie in qualità di elementi negativi del fatto (7); vi rientra, per contro, la specificazione operata dagli elementi accidentali del reato e così dalla eventuale previsione di circostanze aggravanti o attenuanti le quali, di riflesso, generalmente per delimitazione o per esclusione, contribuiscono a chiarire il contenuto specifico della condotta, contemplata (8) nella previsione del reato in forma semplice (9); nonché, per esclusione, dall'esistenza di fattispecie finitime o legate da un rapporto di sussidiarietà con la fattispecie in questione (10). Si tratta di una prospettiva di specificazione completamente estranea all'illecito civile, data l'assenza di una tipizzazione dell'illecito medesimo (11) e del meccanismo degli elementi accidentali. Quanto s'è rilevato dimostra, pertanto, l'impossibilità di stabilire un parallelismo fra fattispecie penali causalmente orientate e clausola generale di cui all'art. 2043 C. Civ.: a prescindere dalla specificazione *indiretta* od *esterna* che le prime subiscono,

rimane pur sempre l'elemento fondamentale rappresentato dalla diversa caratterizzazione dell'evento, specifico nelle prime, atipico o comunque non tassativo nell'art. 2043 C. Civ.

È chiaro che, nei limiti in cui tramite la specificazione *indiretta* od *esterna* non si riescano ad enucleare sufficienti e determinate modalità *implicite* della condotta, la fattispecie penale a forma libera potrà dirsi in antitesi con l'esigenza di tassatività costituzionalizzata ex art. 25, 2° comma, Cost. (12).

Si noti ancora che a rafforzare la possibilità di una specificazione *indiretta* (*interna*) delle fattispecie a forma libera influisce notevolmente l'apporto dell'elemento psicologico (doloso o colposo) del reato (13), costituzionalmente prescritto, come si dirà. Per questi motivi la dottrina (14) non esita, per il reato, ad abbinare o ad usare indifferentemente le due locuzioni di « illecito di modalità di lesione » o di « illecito personale ». È una procedura di qualificazione a nostro avviso criticabile, in quanto, se è vero che la costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine culpa* rafforza il rilievo *modale* dell'illecito penale, non v'è una correlazione inscindibile tra le due qualifiche. Ossia: il reato potrebbe essere pur sempre un illecito di modalità di lesione anche in un diritto penale dell'evento e non della volontà (15). A prescindere dalla equivocità della locuzione « illecito personale » assunta, altresì, a connotazione emblematica delle tendenze più radicali del cosiddetto diritto penale dell'atteggiamento interiore, nelle quali, come si vedrà, rischia di annullarsi non solo l'aspetto lesivo, ma lo stesso aspetto comportamentale del reato. Alla stregua di tali premesse, preferiamo usare per il reato la locuzione « illecito di modalità di lesione » la quale ha il pregio di sottolineare l'ulteriore aspetto della *necessaria lesività* (16): di illecito personale parleremo, a proposito del reato, in un senso più proprio, compatibile col carattere « modale » del medesimo e rafforzato dello stesso, ma da esso logicamente indipendente.

Si badi, da ultimo, ad ulteriormente differenziare il reato dall'illecito civile, che la specificazione operata dell'elemento psicologico (17), necessaria per il primo, non è tale per il secondo: a parte il graduale spostamento sul territorio del « puro rischio » che connota nell'attuale fase e che è destinato a connotare sempre più in futuro, come si dirà, la responsabilità civile, dolo o colpa giocano in maniera indifferenziata il loro ruolo nell'illecito civile (art. 2043 C. Civ.), ad eccezione di pochi casi di illeciti civili tipici specificamente dolosi o colposi (18).

(1) Così M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale*, Torino, 1963, pag. 9. Sull'illecito penale come illecito *modale*, v. anche, diffusamente, DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, pag. 87 e segg.

(2) Per alcune precisazioni rinviamo a BRUCOLA, *La discrezionalità cit.*, pag. 197 e segg.

(3) DEAN, *Il rapporto di mezzo a fine cit.*, pag. 103.

(4) La specificazione è, per contro, *diretta* in tutti i casi nei quali la tipizzazione legislativa provvede direttamente ad una dettagliata descrizione degli elementi mediali che assicurano alla condotta l'attitudine a perseguire lo scopo tipico.

(5) Per una maggiore esemplificazione si rinvia a DEAN, *op. cit.*, pag. 103 e segg.

(6) In tal senso DEAN, *op. cit.*, pag. 104.

(7) Sul modo in cui configurazioni dottrinali, come quella che definisce le cause di giustificazione quali elementi negativi del fatto sono filtrate e percepite dalla giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 26 febbraio 1972 (*Foro It.*, 1972, II, 368 e segg.), e in particolare 371-72.

(8) E ciò vale anche per le fattispecie a forma libera (in senso parzialmente diverso, si eravamo pronunciati in precedenza ma senza soffermarci su questi aspetti, nella voce *Probabilità* (*Condizioni obiettive di*) (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, 1967, pag. 591, nota 7) cui replica criticamente RAMACCI, *Le condizioni obiettive di probabilità*, Napoli, 1971, pag. 42, nota 54).

(9) DEAN, *op. cit.*, pag. 104.

(10) Per una esemplificazione DEAN, *op. cit.*, pag. 105.

(11) Ad eccezione del primo dei sistemi in precedenza ipotizzati. Ovvio, per le premesse, è altresì l'impossibilità di una specificazione *indiretta* od *esterna*.

(12) Contrasto già da noi sottolineato, ma in forma più generica, nella voce *Probabilità* (*Condizioni obiettive di*), *op. e loc. cit.*

(13) Così M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato cit.*, pagina 9, il quale fa soprattutto leva sull'elemento soggettivo per una specificazione di tali fattispecie.

(14) In tal senso lo stesso M. GALLO, *op. e loc. cit.*

(15) Infatti anche se è più facile che in un diritto penale dell'evento (oggettivo) prevalgano le fattispecie costruite in chiave di responsabilità oggettiva e, quindi, di pura causalità, tuttavia l'illecito penale conserva il suo carattere di illecito *modale* in virtù della specificazione prevalentemente *esterna*, anche se di tipo oggettivo.

(16) Cfr. quanto si dirà in seguito.

(17) E quando parliamo di specificazione operata dall'elemento psicologico facciamo riferimento non solo al dolo o alla colpa, ma altresì a tutta la gamma di moventi o, più in generale, di elementi di *Geminnung* che colorano le diverse fattispecie penali e che, entro certi limiti che meglio chiariremo in seguito, sono compatibili con una struttura necessariamente offensiva dell'illecito penale.

(18) Sui quali richiama l'attenzione TRIMARCHI, voce *Illecito cit.*, pag. 102.

8. a) L'art. 27, 1° comma, Cost., prescrivendo il carattere « personale » della responsabilità penale, assume un particolare significato nella ricostruzione del volto « costituzionale » dell'illecito penale. È pertanto necessario, prescindendo dalle implicazioni che la normativa costituzionale ha sul terreno puramente sanzionatorio o del *quantum* di responsabilità (1), stabilire quali dei significati normalmente ricondotti nell'ambito della qualificazione del reato come illecito personale siano coerenti con l'art. 27, 1° comma, e quali per contro siano ad esso estranei o antitetici (2).

Nel suo contenuto minimo il disposto costituzionale afferma il divieto della responsabilità penale per fatto altrui (3), ossia il divieto di strumentalizzare la libertà personale dell'uomo per il raggiungimento di obiettivi di politica criminale, prescindendo da un suo comportamento criminoso (4). Anche in assenza dell'art. 27, 1° comma, identico divieto sarebbe desumibile dalla presa di posizione costituzionale in tema di funzione della pena di cui al 3° comma del medesimo articolo: essendo evidente che nessuna funzione rieducativa (5) può perseguire una pena la quale colpisca un soggetto diverso dall'autore materiale del fatto. L'interrelazione esistente fra struttura del reato e funzione della pena è assai evidente: questa connessione scaturisce dall'art. 27, 3° comma, Cost. (6) e in virtù della quale esattamente si parla di « concezione teleologica del reato » (7) differenzia profondamente, come si dirà tra breve, l'illecito penale dagli altri illeciti.

Il divieto costituzionale della responsabilità penale per fatto altrui non tollera eccezioni, neppure quelle che, in forza dell'art. 3, capov., Cost. potrebbero contribuire alla realizzazione di un sistema fondato sull'eguaglianza sostanziale: si pensi, ad es., ad una eventuale responsabilità penale per rischio a carico dell'imprenditore diretta a tutelare la palese situazione di inferiorità del lavoratore. Il terreno della responsabilità per rischio — lo si dirà — non può che essere necessariamente extrapenale.

Dall'art. 27, 1° comma, nel suo significato minimo consegue che tutti i fattori concorrenti a determinare l'imputazione di una sanzione penale ad un soggetto, devono essere da questi realizzati o, comunque, se realizzati da terzi, debbono formare oggetto di quel coefficiente intellettuale che sostanzia il dolo o la colpa (8).

L'asserto ha come presupposto necessario (9) l'attribuzione alla locuzione « responsabilità » di un significato ampio identificantesi con tutti gli elementi che determinano l'assoggettamento di una persona al carico della sanzione penale; diverso è, per contro, il risultato qualora si faccia coincidere la responsabilità con una aprioristica e giusnaturalistica nozione di reato (10) ovvero con nuclei più o meno ampi dell'imputazione (es.: azione illecita, ecc.) (11). In tal guisa apriorismi giusnaturalistici (12) o mere concettualizzazioni dottrinali (13) metterebbero in pericolo il valore garantista dell'affermazione costituzionale.

È evidente che il principale fattore di discrasia tra questa visione costituzionale del reato e gli illeciti penali tipizzati è rappresentato dalle condizioni obiettive di punibilità le quali si concretano in un avvenimento che, non dovendo essere legato necessariamente (14) da rapporto causale con il fatto di reato, può anche concretarsi in un fatto altrui in se stesso lecito, in un provvedimento (15) o anche in un fatto naturale di cui l'agente non deve essere consapevole. Alla discrasia fra il piano costituzionale e il piano ordinario non contribuiscono, viceversa, quegli elementi che nella struttura dell'illecito penale, pur imputandosi obiettivamente e quindi in contrasto con l'eventuale ulteriore aspetto costituzionale (rappresentato dal principio *nulla poena sine culpa*), sono qualificati da una concatenazione causale necessaria con la condotta dell'agente (16).

La frattura potrebbe essere eliminata qualora la categoria delle condizioni obiettive di punibilità, già attualmente circoscritta ad un limitato numero di ipotesi (17), venisse *de jure condendo* sottoposta a revisione,

(1) Aspetto che ci interessa solo marginalmente in tal sede.

(2) Sul significato dell'art. 27, 1° comma, con riguardo non solo alla struttura dell'illecito penale, bensì anche a tutti i problemi della responsabilità penale, C. F. GIUSSO, voce *Responsabilità penale* (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, 1968, pag. 712 e segg.).

(3) Cfr. per un ampio panorama bibliografico sul punto, C. F. GIUSSO, *op. e loc. cit.*, specialmente le note 3 e 4.

(4) Divieto che poi, come s'è di già rilevato con riferimento al sistema costituzionale tedesco, ha, anche in assenza di una affermazione esplicita del carattere « personale » della responsabilità penale, un ampio campo di applicazione.

(5) Ad identico risultato si potrebbe, però, forse arrivare muovendo da una concezione puramente retributiva (eticizzata) della pena che ne sottolinei il carattere di espiazione.

(6) Non esistente a livello costituzionale per alcun altro tipo di illecito.

(7) Cfr. sul punto MARINUCCI, *Il reato come azione*, *op. e loc. cit.*

(8) Alludiamo quanto meno ad una prevedibilità del fatto del terzo.

(9) Cfr. in senso contrario, alcune tendenze dottrinali da noi esaminate nella voce *Punibilità cit.*, pag. 606.

(10) Cfr. con riferimento alla nozione di reato *ex art. 44 C. Pen.* quanto da noi rilevato nella voce *Punibilità cit.*, pag. 592.

(11) In tal senso si muove PAVLIANO che identifica il carattere « personale » con l'evitabilità finalistica (*Principi dir. pen. cit.*, pag. 314): l'Autore ritiene infatti, ad es., le condizioni obiettive di punibilità al di fuori del carattere « personale ».

(12) Cfr. la nota 10 di questa pagina. In verità l'unica nozione di reato penalmente significativa non può che essere quella comprensiva di tutti gli elementi in presenza dei quali scatta la possibilità di applicare la sanzione penale: reato e punibilità non sono, pertanto, termini che indichino categorie fra loro distinte. Non v'è reato se non v'è un fatto astrattamente punibile.

(13) Cfr. la nota 11 di questa pagina.

(14) Rinviamo sul punto alla nostra voce *Punibilità cit.*, pag. 592 e segg.

(15) È il caso, ad es., della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati di bancarotta.

(16) È il caso, ad es., dell'evento « ulteriore » nei reati aggravati dall'evento.

(17) Accerta, per contro, l'esistenza di un numero di condizioni di punibilità più esteso di quello normalmente ammesso dalla dottrina, NAPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 231)*. Rileva l'Autore (*Ibid.*, 232), una volta premesso che le condizioni di punibilità esprimono un piano di valutazioni di opportunità ovvero una sfera di interessi « estranei » all'offesa, che «... Se infatti la condizione enuclea un piano di interessi esterno, senza influire sull'offesa contenuta del reato, per evidenti e logici motivi di coerenza, direttamente discendenti dall'indissolubile nesso tra il terreno descrittivo e l'incidenza sul piano dei valori, il legislatore non potrà mai richiedere che le esigenze di opportunità entrino a far parte degli elementi costitutivi del reato, e quindi siano oggetto di rappresentazione da parte dell'agente, ma si dovrà costruire l'elemento descrittivo corrispondente al piano di interessi in modo che nei suoi confronti sia del tutto indifferente l'aspetto psicologico del reato ». Le condizioni obiettive di punibilità, inoltre, lungi dal costituire un istituto sfavorevole al reato (come si è sempre sostenuto data la loro eccezionalità rispetto al principio « nulla poena sine culpa » e, talora, anche data la loro posizione di antitesi rispetto al divieto di responsabilità per fatto altrui), e dall'accrescere l'ambito di punibilità del reato, svolgerebbero (*Ibid.*, 233) «... il ruolo, comune d'altronde a tutti gli elementi aggiuntivi della fattispecie criminosa, di limitare la sfera di operatività della norma incriminatrice, nel senso che quanto più completo è il modello legale, tanto più si restringe il campo di operatività del reato ». L'Autore non si avvede della pericolosità della tesi la quale attribuisce praticamente al legislatore piena libertà nella delimitazione tra la sfera dell'offesa e la sfera degli interessi estranei all'offesa, ovvero delle valutazioni di opportunità: a rigore il legislatore potrebbe comprimere al minimo la prima sfera a tutto vantaggio della seconda, nella quale sarebbero realizzate tutte le istanze di politica criminale generale con piena strumentalizz-

mediante una trasformazione di alcune ipotesi in condizioni di procedibilità (1) e mediante l'assorbimento di altre (2) nell'oggetto del coefficiente intellettuale che sostanzia il dolo o la colpa.

L'eliminazione della discrasia menzionata avrebbe ripercussioni sullo stesso terreno dell'analisi del reato, precludendo la possibilità di configurare la punibilità come elemento autonomo, dotato di una sfera di operatività distinta da quella dell'antigiuridicità e della colpevolezza (3).

Il carattere « personale » dell'illecito penale, nel significato dianzi chiarito, differenzia sensibilmente il reato dagli illeciti extrapenalici. Ciò è di tutta evidenza per quanto concerne l'illecito civile o, meglio, il settore della responsabilità civile. Com'è noto, non solo nella struttura di tale illecito possono coesistere elementi non personali (4), ma altresì l'esigenza, sempre più avvertita nei tempi moderni, di far gravare su un altro soggetto, attraverso l'obbligazione di risarcimento, il danno sofferto dalla vittima, ha indotto la dottrina a riconoscere, accanto alle fattispecie di responsabilità per dolo o colpa, ipotesi di responsabilità nelle quali, oltre ad essere del tutto estraneo l'elemento della colpevolezza, manca addirittura un comportamento del soggetto responsabile che possa dirsi causale rispetto al danno (5). Di criteri oggettivi di collegamento, in forza dei quali un soggetto può essere tenuto a rispondere di un fatto dannoso senza che abbia con la propria condotta concorso a causare un danno, esistono già alcuni modelli normativi nel Codice Civile (tipico è il caso dell'art. 2049) (6) e in alcune leggi speciali (7). La dottrina civilistica, sempre meno propensa a ricordare, con operazioni di complicata ortopedia giuridica (8), tali modelli normativi con i canoni generali di personalità e di colpevolezza è, viceversa, prevalentemente impegnata nello

razione del soggetto al di fuori delle garanzie ipotizzate dall'art. 27, 1° comma, della Costituzione. E al di fuori anche del principio di necessaria lesività dell'illecito penale o della concezione realistica, valida solo per la prima sfera: nel campo degli interessi estranei alla sfera dell'offesa essendo sufficiente il mero realizzarsi di quegli elementi tipici cui il legislatore subordina le valutazioni di opportunità di una certa linea politica criminale. E fin dove potrebbe spingersi la delimitazione della prima sfera? Anche all'esercizio di un diritto, come avviene nell'incendio di cosa propria (art. 423, 2° comma, Codice Pen.) in cui il pericolo per la pubblica incolumità esprimerebbe un piano di interessi estraneo alla sfera dell'offesa? È chiaro che i nostri rilievi valgono anche per quei casi in cui (ibid., 209) la condizione di punibilità non rispecchia motivi di opportunità riconducibili ad un piano di interessi qualitativamente diversi, ma l'esigenza di dare corso all'azione penale solo quando l'offesa dell'interesse interno del reato raggiunga un certo livello di intensità. Anche sotto tale profilo il legislatore sarebbe arbitro di stabilire il grado di intensità dell'offesa fino al quale tutte le garanzie costituzionali debbono essere rispettate: assurdo se si pensa che il progetto di riforma della parte generale del Codice Penale in corso di approvazione sembra voler subordinare gli stessi elementi accidentali da cui dipende il grado dell'offesa ad un criterio soggettivo di imputazione.

(1) Rinviamo sul punto alla nostra voce *Punibilità* cit. pag. 607.

(2) Cfr. BRICOLA, voce *Punibilità* cit. pag. 606.

(3) Tale discrasia è, viceversa, possibile per NEPI MODONA, *op. cit.*, il quale sembra ammettere la possibilità che si parli di « reato » anche in assenza della condizione di punibilità; l'Autore (ibid., 235) lascia, però, impregiudicata la questione, a nostro avviso diversa, sul significato da attribuire alla locuzione « reato » (comprensivo o meno delle condizioni obiettive) nei casi in cui ad essa si richiamano norme di parte generale o speciale del Codice Penale.

(4) Ipotesi strutturalmente analoghe alle condizioni obiettive di punibilità, anche concretantesi in un fatto altrui, non sarebbero incostituzionali nella sfera dell'illecito civile.

(5) Così REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, pag. 2.

(6) Così REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità* cit., pag. 26.

(7) Sintomatica è la legislazione speciale in tema di danni a terzi derivanti dall'utilizzazione pacifica dell'energia nucleare:

sforzo di individuare le matrici giustificative di tali modelli, di proporre l'interpretazione estensiva o l'aumento sul piano normativo (9). Responsabilità civile « per rischio » (10) o « per dovere di solidarietà » (11) sono gli *slogans* ideologici all'insegna dei quali, superato il tradizionale principio di marca prevalentemente liberale (12), nella cornice dello Stato del benessere o solidarista (13) si propugna, sia per fronteggiare l'accresciuto numero di pericoli ai quali i singoli sono esposti nella società tecnologica moderna (e soprattutto dei cosiddetti danni anonimi o fatali (14)), sia per soddisfare le esigenze più ampie che lo Stato del benessere ha portato con sé (15), un'attribuzione della responsabilità «... a chi ha il controllo delle condizioni generali del rischio, ed è in grado di tradurre il rischio in costo, inserendolo armonicamente nel gioco dei profitti e delle perdite, con lo strumento della assicurazione o della autoassicurazione » (16).

Trattasi di una tendenza che è in piena armonia con la Costituzione, la quale non si pronuncia sul carattere della responsabilità civile; che anzi contribuisce ad attuare quei doveri di solidarietà che, sottostanti all'intero tessuto connettivo costituzionale, sono esplicitamente affermati dall'art. 3, capov. (17). L'art. 27, 1° comma, deve, per contro, operare nel senso di impedire che sollecitazioni « solidariste » di questo tipo possano esorbitare sul terreno della responsabilità penale: l'imputazione della sanzione penale a carico di un soggetto che non entra nel processo causativo del danno ma che assolve il ruolo di copertura dei rischi connessi all'esercizio di un'attività pericolosa non è consentita dalla Costituzione: slittamenti di questo tipo si verificano, per contro, nella prassi giurisprudenziale in materia di responsabilità penale dei preposti all'impresa per infortuni sul lavoro (18).

sul tema, fra gli altri, cfr.: COMPORNI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1964, pag. 100 e segg., e bibliografia ivi richiamata; GRASSETTI, *Diritto dell'energia nucleare. Il regime giuridico della responsabilità civile* (Foro Pad., 1960, III, 50 e segg.).

(8) Per un'utilizzazione particolare del principio della causalità adeguata negli art. 2047-2054 C. Civ., si veda CORIANO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, *passim*; e, in particolare, pag. 135 e segg.

(9) In tal senso, ad es., RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile* cit., pag. 177.

(10) In proposito significativo è lo studio di TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

(11) Così RODOTÀ il quale (in *Il problema della responsabilità civile* cit., pag. 23-24) ammette che il riconoscimento di nuove fattispecie di responsabilità non deriva solo dall'accresciuto numero di pericoli ai quali i singoli sono esposti nella società ma anche dalle « esigenze più ampie che lo stato del benessere ha portato con sé ».

(12) Sostiene la non incompatibilità del principio della responsabilità per rischio con la concezione liberale, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva* cit., pag. 10.

(13) Cfr. quanto s'è richiamato alla nota 6 di questa pagina.

(14) L'espressione « incidenti anonimi » risalente a JORISANO, è chiarita da REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità* cit., pag. 3.

(15) RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile* cit., pagine 23-24.

(16) TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva* cit., pag. 50. Sul rapporto tra « socializzazione del rischio » e responsabilità senza colpa cfr. gli *Atti del IX Congresso nazionale giuridico forense* (Venezia, 25-30 settembre 1967), Padova, 1969, pag. 457, e segg. (Il tema, *I progressi della tecnica e il problema della colpa*).

(17) Nessuno riflette sull'omessa previsione da parte della Costituzione di una disposizione corrispondente all'art. 27, 1° comma, in materia di responsabilità civile: è il caso anche dello stesso PETRUZZELLO MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui. Ai confini tra diritto civile e diritto penale*, Milano, 1962, che pure si occupa comparativamente dei due settori di responsabilità.

(18) Si vedano, ad es., certe tendenze giurisprudenziali alla configurazione di una responsabilità penale del legale rappresentante della società per il fatto commesso dai dipendenti

Si osserva (1) che il progressivo allontanamento della responsabilità civile dal terreno della colpa verso i confini del « rischio » determina parallelamente l'abbandono, da parte del risarcimento del danno, di ogni funzione retributiva (2) a vantaggio della funzione base riparatoria o reintegrativa. Nulla d'eccezionale in tutto ciò, posto che, a differenza di quanto avviene per il reato, la Costituzione non cristallizza una determinata « funzione » della responsabilità civile. Rimane tutt'al più aperto il quesito se nelle ipotesi di responsabilità per rischio possano coesistere con il (o sostituirsi al) risarcimento del danno forme di sanzioni strutturalmente coincidenti con sanzioni penali (accessorie); si pensi, ad es., alla pubblicazione della sentenza di condanna (3). La risposta più coerente dovrebbe essere quella negativa, ad evitare che tramite il pretesto della responsabilità per « rischio » si realizzi una « truffa delle etichette » (4).

E ancora: si rileva (5) che nelle ipotesi di responsabilità per « rischio » sarebbe più coerente parlare, anziché di « fatti illeciti », di « fattispecie legali di responsabilità civile », ovvero che in queste ipotesi un riferimento al concetto di illecito sarebbe possibile solo intendendo quest'ultimo in forme talmente vaghe da permettergli di ricomprendere qualsiasi fattispecie sia all'origine della responsabilità (6).

A prescindere dalle disquisizioni teoriche sul concetto di illecito (7), i predetti rilievi non incrinano la validità del nostro asserto; anziché parlare di criteri differenziali tra reato e illecito civile, è sufficiente rettificare il tiro e affermare che: nel settore della responsabilità penale, a differenza di quello della responsabilità civile, l'illecito è il presupposto necessario della responsabilità stessa (8).

Per l'illecito amministrativo manca una normativa costituzionale corrispondente all'art. 27, 1° comma.

Una certa affermazione del carattere « personale », nel significato chiarito, sembra desumersi, ma soltanto con riferimento agli illeciti amministrativi lesivi di diritti soggettivi dei cittadini, dall'art. 28 Cost., non tanto tramite l'uso della locuzione « direttamente », quanto piuttosto tramite l'espressione « atti (9) compiuti in violazione di... ». A prescindere dalla validità di tale asserto (10), l'art. 28 lascerebbe scoperta tutta la vasta gamma degli illeciti amministrativi di tipo disciplinare. Il carattere « personale » dell'illecito amministrativo, anche a non voler tener conto delle tendenze per una interpretazione analogica dell'art. 27, 1° comma (11), sembrerebbe desumibile, su di un piano strettamente logico e non costituzionale, dalla natura sostanzialmente retributiva della sanzione amministrativa (12): l'assenza di un qualsiasi nucleo di funzione riparatoria rende, in chiave logica, difficile l'avventurarsi della responsabilità amministrativa sui sentieri del « rischio » (13).

b) La costituzionalizzazione del principio « nulla poena sine culpa » e, correlativamente, di un'accezione più marcatamente « personale » dell'illecito penale, viene desunta sia dall'art. 27, 1° comma, sia, ed è questo il nostro avviso (14), dall'art. 27, 3° comma. In questa seconda prospettiva la funzione rieducativa della pena, connessa al momento retributivo logicamente ineliminabile, comunque intesa, contrasterebbe *prima facie* con una responsabilità penale per fatti non psichicamente riportabili, almeno nella forma della colpa, al soggetto da « rieducare ». La costituzionalizzazione di questo ulteriore rilievo personalistico dell'illecito penale è ammessa, sia pur con diverse sfumature (15) e con prevalente riferimento al 1° comma dell'art. 27 Cost. (16), dalla dottrina e dalla giurisprudenza (17); lo stesso legislatore, nel recente progetto di

(contra, con specifico riferimento all'art. 27, 1° comma, Cost., Cass., 27 novembre 1964 [Giur. Pen., 1965, II, 370, n. 508] ed analogamente Cass., 12 maggio 1967 [Mazz. Giur. Lav., 1967, 305]).

(1) Così, soprattutto, SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito* (Diritto vigente) (Notissimo Digesto Italiano, vol. VII, 1962, pag. 171 e segg.). Cfr. altresì gli Autori citati alla nota 10 di pag. 5 da REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità* cit.

(2) Sottolinea tale aspetto, con ampi riferimenti bibliografici, REALMONTE, *op. cit.*, pag. 3, nota 3. Nessuna funzione di prevenzione speciale perseguiva invece il risarcimento danni.

(3) Così, ad es., l'art. 2600 C. Civ. in tema però di atti di concorrenza sleale compiuti con dolo o colpa prevede la possibilità di ordinare la pubblicazione della sentenza.

(4) Il pericolo non esiste, viceversa, quando, come nell'ipotesi accennata alla nota precedente è richiamato il dolo o la colpa come condizione.

(5) Sul punto v. ROBOTÀ, *Il problema della responsabilità civile* cit., pag. 150-51.

(6) Così ROBOTÀ, *op. cit.*, pag. 51.

(7) Cfr. gli Autori richiamati da REALMONTE, *op. cit.*, pag. 5, nota 10.

(8) Per un sempre maggiore prevalere dei criteri di responsabilità oggettiva in tema di responsabilità delle imprese per immissione sul mercato di prodotti dannosi cfr. l'accurata analisi di BISSONE, *Prodotti dannosi e responsabilità dell'impresa* (Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1971, 97 e segg.). Per talune prospettive particolari in tema di responsabilità civile cfr. *Tecniche privatistiche e controllo sociale* (Politica del diritto, 1970, 186 e segg.).

(9) La locuzione è assunta in senso « stocico » e tale da non escludere le omissioni.

(10) Non decisivo, invero, poiché l'art. 28 potrebbe semplicemente formulare un rinvio ai criteri operanti nei diversi settori di responsabilità.

(11) Non ci risultano però precedenti giurisprudenziali sul punto concernente l'estensione o meno dell'art. 27, 1° comma, Cost. al settore degli illeciti di polizia e, in particolare, al settore delle misure di prevenzione (diversamente, ma in senso negativo, per l'art. 27, 2° comma: cfr. il nostro *Osservazioni sul tipo di procedimento* cit. di prossima pubblicazione).

(12) O preventiva nel settore degli illeciti di polizia.

(13) Nemmeno la finalità di ristabilire l'assetto organizzativo amministrativo potrebbe giustificare tali deviazioni. Quanto al-

l'illecito disciplinare sopra accennato possono valere i rilievi già formulati sotto il profilo della tassatività e legalità.

(14) Fiammo tra i primi a sottolineare, sia pure cautamente, tale prospettiva ne *La discrezionalità cit.*, pag. 359, nota 295.

(15) In tal senso, SPASARI, *Diritto penale e Costituzione* cit., pag. 84 e segg., muovendo, da un lato, da una ricostruzione in chiave liberal-democratica della Costituzione repubblicana, e dall'altro, da promesse retribuzionistiche circa la funzione della pena. Per un esame critico delle varie opinioni dottrinali circa i profili costituzionali dell'art. 5 C. Pen. rinviamo a PULITANO, voce *Ignoranza della legge* (Diritto penale) (Enciclopedia del diritto, vol. XX, 1970, pag. 36 e segg.).

(16) È il caso, per es., di SPASARI, il quale, muovendo da promesse retribuzionistiche, svaluta la portata « innovativa » dell'art. 27, 3° comma, Cost.

(17) Facciamo riferimento, però, più alla giurisprudenza ordinaria (in sede di proposizione di questioni di costituzionalità) che non alla giurisprudenza costituzionale. Infatti, la Corte Costituzionale ha sempre accolto l'interpretazione « minima » dell'art. 27, 1° comma, mentre ha costantemente respinto l'interpretazione più ampia, ripetutamente affermando trattarsi solamente del divieto di una responsabilità per fatto altrui e, quindi, ritenendo del tutto legittime le varie fattispecie di responsabilità oggettiva per fatto proprio (per una citazione di tale orientamento giurisprudenziale cfr. la nota redazionale alla sentenza C. Cost., 19 gennaio 1972 n. 6 [Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1972, 295 e segg.] che dichiara infondata, in riferimento all'art. 27, 1° comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 583 C. Pen. sulle circostanze aggravanti nel reato di lesioni colpose). Nella stessa nota si pone, altresì, chiaramente in luce come la Corte «... ogni qualvolta si è trovata a giudicare della legittimità della responsabilità oggettiva nei confronti dell'art. 27 Cost., ha sempre cercato di spostare l'accento dall'interpretazione della norma costituzionale su quella impugnata, sforzandosi di dimostrare, mediante un'esegesi decisamente « evolutiva », che, comunque, la norma in esame non rappresentava casi di responsabilità oggettiva, dovendo pur sempre richiedersi, per la commissione di quel reato, un certo qual nesso psichico tra azione ed evento. Il che portava, in altri termini, a far salva la norma, ma interpretandola in modo da renderla più coerente a quell'accezione della responsabilità personale che, d'altro canto, si diceva di rifiutare ». È il caso, ad es., della sentenza n. 42 del 1965 (Giur. Cost., 1965, 639), la quale affermò la legittimità costituzionale del-

riforma della parte generale del Codice Penale (1), mostra di essere sensibile a tale prospettiva, anche se in forma del tutto incoerente, com'è comprovato dalla contemporanea eliminazione del principio di imputazione oggettiva delle circostanze e dalla conservazione dell'istituto delle condizioni obiettive di punibilità e di taluni casi di responsabilità oggettiva (2). La Corte Costituzionale, agganciandosi esclusivamente all'art. 27, 1° comma (3), non dimostra sempre un assoluto rigore nell'individuazione del coefficiente psicologico minimo sufficiente ad integrare il carattere « personale » della responsabilità penale. A comprova di ciò può essere addotta la sentenza n. 42 del 13/31 maggio 1965 (4) la quale, nell'affermare la legittimità costituzionale dell'art. 116 C. Pen., ha riconosciuto in esso la presenza di un coefficiente di colpevolezza, concepito nel senso che « il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto »: facendo leva, pertanto, su di un elemento dalle incerte origini, riconducibile sia al nesso di causalità materiale, pure sfumato dai contorni soggettivistici della causalità « umana » (5), sia all'essenza della colpa.

Sottolineata, peraltro, la necessità (6) che sia la colpa, nella globalità dei suoi fattori costitutivi il *quid minimum* per una funzione rieducativa della pena nei confronti del reo, resta da stabilire se il carattere « personale » del reato postuli altresì una qualche relazione psicologica dell'agente col valore giuridico-penale del fatto. È ovvio che tale ulteriore profilo emerge prevalentemente in un'impostazione imperniata sul 3° anziché sul 1° comma dell'art. 27 Cost. Infatti, solo la prima normativa, tramite l'accento alla funzione rieducativa della pena, pone l'accento sui valori sociali disprezzati dal comportamento incriminato. Proprio muovendo da queste basi si è di recente sostenuto (7) che: « Dalla connessione dei commi 1° e 3° dell'art. 27... risulterebbe l'esigenza di una particolare compenetrazione tra il fatto e la persona; ed a questa compenetrazione la relazione (od almeno la possibilità di relazione) col disvalore penale del fatto

potrebbe ragionevolmente ritenersi non estranea. Solo là, infatti, dove l'agente si sia dimostrato ostile o indifferente ai valori della convivenza — tenendo una condotta che, per intrinseca pericolosità o perchè riconoscibilmente proibita poteva e doveva apparirgli asociale, illecita — solo allora il ristabilimento repressivo dei valori sociali disprezzati ed un'opera rieducatrice (ammonitrice) sul reo avrebbero senso ». Tale prospettiva, dalla quale si vuol desumere almeno l'esigenza di una possibilità di conoscere la norma penale da parte dell'agente, sarebbe avvalorata, altresì, da un raccordo dell'art. 27 con le fondamentali direttive di cui agli art. 2 e 3 Cost.

« Se la Repubblica — si osserva (8) — garantisce i diritti inviolabili e il libero sviluppo della persona umana, impegnandosi a rimuovere gli ostacoli che a ciò si frappongono, sembra contraddittorio ammettere la possibilità di punire per infrazioni, la cui natura di infrazione non poteva essere in concreto compresa, e la cui occulta presenza costituisca perciò un ostacolo alla libertà del cittadino *rechtstreu*. Condizione prima per il libero sviluppo della persona è che contenuto e limiti della libertà, i confini fra il lecito e l'illecito siano chiaramente segnati e riconoscibili; che al consociato bisogno di orientamento questo sia retamente dato, a livello normativo come da parte dell'autorità civile; che la regolamentazione delle attività consentite non sia involuta e fuorviante; che i fulmini della legge (specie penale) non colpiscano chi in ragionevole buona fede abbia ritenuto di agire (di estrinsecare la sua personalità) nei limiti del suo apparente diritto. Come il cittadino è tenuto a rispettare l'ordinamento, insomma, così l'ordinamento deve essere tale da farsi rispettare, da chiunque ed in ogni occasione, senza mettere o lasciare in forse la sfera d'azione e la certezza dei diritti dei singoli. In caso diverso sarebbe lecito concludere che l'ordinamento giuridico, lungi dal rimuovere gli ostacoli al libero espandersi della persona nella società civile, sarebbe un ostacolo (il primo ostacolo) esso stesso ». È un'impostazione che, soprattutto in questi ultimi risvolti, rientra nel novero di una tendenza la quale, emersa prevalentemente nella giurisprudenza (9) in tempi re-

l'art. 116 C. Pen. disciplinante la responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto, asserendo che l'art. 116 C. Pen. postulerebbe un *quid colposo* nel partecipe data l'esigenza che il reato diverso non sia eccezionale o imprevedibile », con uno scambio concettuale tra interpretazione dell'art. 116 in chiave di causalità adeguata e natura *colposa* della responsabilità del partecipe.

(1) Cfr. il testo già approvato dalla 2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato, e dal Senato nella seduta del 31 gennaio 1963.

(2) L'art. 31 del Progetto (nel testo più volte citato), infatti, modifica l'art. 59 C. Pen. nel senso che, salva una diversa previsione legislativa, « le circostanze aggravanti sono valutate a carico dell'agente solo se questi ne conosce l'esistenza »; l'art. 44 C. Pen. rimane inalterato, mentre, sulla scia della sentenza della Corte Costituzionale, n. 42, del 1965 cit., l'art. 57 esplicita l'art. 116 C. Pen. nel senso che « qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza prevedibile della sua azione od omissione ». L'art. 27, infine, modifica il penultimo comma dell'art. 42 in tema di casi di responsabilità oggettiva, postulando che l'evento sia conseguenza prevedibile dell'azione od omissione. E ciò in correlazione con la piena accettazione del criterio della causalità umana. Dispone infatti l'art. 27, modificando l'art. 41 C. Pen., che « ... il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, indipendenti dall'azione od omissione dell'agente, esclude il rapporto di causalità tra la condotta e l'evento se le cause medesime siano eccezionali e imprevedibili ». Come si legge a proposito di quest'ultima modifica nella *Relazione* che accompagna il progetto e che rivela una certa confusione tra « causalità adeguata » e « causalità umana » (ANTOLISEI): « La disposizione, riconducibile nell'ambito della teoria della causalità adeguata, corrisponde ad indicazioni venute da taluni studiosi

(vedasi, per tutti, ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1960, pag. 241) ». Per quanto attiene alla riforma del 3° comma dell'art. 42 (che si risolve anch'esso nell'introduzione del limite generale della prevedibilità e che, pertanto, come si avverte nella relazione, taluni commissari [es.: BERTOL] hanno ritenuto una ripetizione della norma in tema di esclusione del nesso causale), è evidente il disegno di « compromesso »: mantenere i casi di responsabilità oggettiva, temperandoli sotto il profilo causale (secondo la correlazione già accennata per cui l'esistenza di essi favorisce l'adozione della teoria della causalità adeguata o di quella umana sul piano causale; cfr. sul punto: KRÄSS, *Lehrbuch des allgemeinen Strafrechts*, München, 1929, pag. 302; FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. I, Torino, 1958, pag. 349 e segg.). Resta, però, a vedere se la riforma dell'art. 42, 3° comma, e dell'art. 116 C. Pen. non genererà nella prassi giurisprudenziale quegli equivoci tra piano della *causalità* e piano della *colpa*, già contenuti nella sentenza n. 42 del 31 maggio 1965 della Corte Costituzionale, alla quale la relazione esplicitamente si richiama (§ 8). Spetterà alla dottrina svelare gli equivoci, reali o apparenti, di tale commistione di piani.

(3) Sulla linea dell'orientamento già accennato.

(4) Alla sentenza, più volte citata, si richiama PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966.

(5) Cfr. sul punto quanto s'è detto in precedenza, anche con riferimento al Progetto di riforma della parte generale del Codice Penale.

(6) Sottolinea questo aspetto PULITANO, voce *Ignoranza della legge* (Diritto penale) cit., pag. 36.

(7) PULITANO, voce *Ignoranza della legge* cit., pag. 36.

(8) PULITANO, voce cit., pag. 36.

(9) Ci riferiamo soprattutto alla giurisprudenza di merito. Il richiamo all'art. 3, capov., che è un po' lo strumento di misu-

centi (1), dà ampio risalto agli art. 2 e 3, e in specie all'art. 3, capov., Cost., sia in sede di interpretazione delle norme penali ordinarie, sia in sede di prospettazione di eventuali questioni di illegittimità costituzionale. Dei limiti di utilizzabilità dell'art. 3, capov., Cost., utilizzabilità perfettamente lecita nel caso di cui si discute, si dirà più ampiamente nel paragrafo successivo concernente il profilo della necessaria lesività dell'illecito penale.

La rilevanza della « possibilità di conoscere la legge penale » è avvalorata anche da altre norme costituzionali: si può anzi affermare che l'art. 25, 2° comma, ribadendo l'esigenza di tassatività e il divieto di retroattività della legge penale sia appunto finalizzato a garantire tale possibilità. Naturalmente la piena realizzazione delle esigenze garantiste espresse dall'articolo 25, 2° comma, Cost., non escluderebbe la configurabilità eventuale di situazioni di obiettiva impossibilità di conoscere la legge penale: basti pensare, ad es., ad una impossibilità prodotta da interruzione di comunicazioni che isoli una determinata zona del Paese, ovvero ad una reiterata linea assolutoria adottata dall'autorità giudiziaria per un determinato fatto. E ancora: poiché anche una norma penale tassativa si presta sempre alla « mediazione » interpretativa, può l'impossibilità obiettiva di conoscere la norma penale « reale » (2) scaturire da un comportamento « lassista » dell'autorità amministrativa, ben disposta a concedere autorizzazioni per il fatto oggetto di divieto (3).

I casi di assenza di tale possibilità sono destinati a circoscriversi sempre più man mano che si darà attuazione alla volontà costituzionale, emergente principalmente, come s'è detto, dagli art. 25 e 27 Cost., di delimitare l'area dell'illecito penale, nonché alla volontà emergente in via generale dalla Costituzione di far coincidere l'oggettività giuridica dei reati con valori costituzionalmente rilevanti. Tutto ciò non incrina, com'è ovvio, l'esigenza di dare rilievo a tale « possibilità » soprattutto in attesa che questi scarti tra Costituzione e legislazione ordinaria siano finalmente colmati.

La realizzazione finale di questo obiettivo non toglierà, però, del tutto valore all'elemento di cui si discute: nella nostra società, certamente non omogenea e scossa da tensioni interne, non si può escludere l'eventualità che nella situazione finale di cui s'è detto, la resistenza dell'autorità giudiziaria od am-

ministrativa ad attuare i valori costituzionali si traduca in un atteggiamento « assolutorio » o « lassista » rispetto a fatti effettivamente lesivi di tali valori, idoneo a porre i cittadini nell'impossibilità di percepire il disvalore penale. E sarebbe in tal caso illogico far pesare sul cittadino le conseguenze di ciò, pretendendo da lui una sensibilità costituzionale maggiore di quella propria dell'autorità. Al di fuori di queste ipotesi potranno però verificarsi altre situazioni di impossibilità di conoscere la legge penale: si pensi, ad es., a condizione che in una revisione del Codice Penale permanga l'attuale disciplina dei reati commessi all'estero (4), all'impossibilità (eventuale) da parte dello straniero che commetta all'estero un fatto costituente reato solo per la legge italiana (5) di conoscerne l'illiceità. Trattasi di un problema assai delicato sul quale si tornerà tra breve.

È possibile affermare, anche se l'argomento sarebbe suscettibile di ben più ampio approfondimento, che « la possibilità di conoscere la legge penale » perde ogni significato sia in una società omogenea, in cui le norme penali rappresentino l'esatto *pendant* delle *Kulturnormen* (o norme di civiltà), sia in una società autoritaria; in ogni caso tale elemento appare coesistente ad una società in trasformazione che tende ad assestarsi su basi omogenee. Un tipo di società omogenea potrebbe essere quella « comunista » nella sua realizzazione finale; in essa, però, muterebbe addirittura lo stesso significato e la stessa funzione del diritto in genere, e penale in specie. A riprova, comunque della necessità che in una società in trasformazione sia dato rilievo, in qualche misura, alla « buona fede », può citarsi l'esempio dei Paesi socialisti (6) nelle cui più recenti (7) legislazioni penali viene conferita rilevanza non solo alla impossibilità di conoscere ma anche alla ignoranza o falsa rappresentazione effettiva della legge penale.

Da un punto di vista logico-razionale si può, inoltre, osservare che (8) la possibilità di una maggiore o minore rilevanza della buona fede dipende non soltanto dalla struttura della società ma anche dal tipo di diritto penale adottato: così, tendenzialmente, può dirsi che le possibilità di rilievo della buona fede aumentano quanto più si proceda da un diritto penale dell'evento a un diritto penale della volontà sia in senso eticamente retributivo (9) sia in senso sintoma-

razione dell'attuazione o inattuazione della Costituzione, si spiega anche come reazione all'inerzia in tema di riforma del Codice Penale Rocco.

(1) Sul significato e la portata dell'art. 3, capov., Cost. in campo penale ritorneremo in seguito ampiamente.

(2) Ossia la norma scaturita dall'applicazione concreta.

(3) Si pensi, ad es., all'incidenza del comportamento « lassista » (ma condizionato dalla prevalenza dei fattori propulsivi dello sviluppo industriale su aspetti e considerazioni ecologiche), dell'autorità amministrativa sul dolo dei soggetti responsabili di inquinamento: naturalmente in questo come in altri casi è sempre opportuno distinguere fino a che punto certi atteggiamenti dell'autorità amministrativa incidano sulla possibilità di conoscere l'illiceità penale del proprio comportamento ovvero ingenerino piuttosto erronei convincimenti di fatto.

(4) Non ci pare che il Progetto di riforma degli art. 9 e 10, sia nel testo dei disegni di legge n. 227 e 372, sia nel testo approvato dalla Commissione Giustizia (Senato) e poi dal Senato (cfr. *Relazione e testo degli articoli approvati dalla 2ª Commissione permanente Giustizia cit.*, pag. 15-16), tenga conto delle discussioni dottrinali relative alla necessità o meno della « doppia incriminazione » per l'applicabilità di tali normative (si recente sul tema cfr. T. TARVIS, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1971, ed. provv., pag. 173 e segg.).

(5) Cfr., sul punto, ma con esclusivo riferimento alla necessità della « doppia incriminazione » richiesta ex art. 25, 2° comma, Cost., per lo straniero, CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1962, 974 e segg.).

(6) Cfr., ad es., l'art. 25, 2° e 3° comma, C. Pen. della Repubblica popolare di Polonia (pubblicato sotto la direzione di I. ANSZUTZEW, e con l'introduzione di JERZY BARLA, Varsavia, 1970) il quale dispone: « L'ignorance du caractère illicite de l'acte n'exclut pas la responsabilité si l'auteur pouvait éviter l'erreur (2° comma). Dans les cas déterminés au paragraphe 2 le tribunal peut appliquer l'atténuation extraordinaire de la peine à l'auteur d'une infraction intentionnelle ». L'art. 10 del Codice Penale jugoslavo (*Code Penal*, Beograd, 1964, cit. pagina 22) afferma che: « Le tribunal pourra atténuer la peine à l'auteur d'une infraction qui, pour des raisons justifiées, ignorait qu'un tel acte était illicite, et il pourra même l'exempter de toute peine ».

(7) SŁOWICKI, *Il nuovo Codice Penale polacco cit.*, pag. 8, anziché porre in relazione la rilevanza dell'errore di diritto con il carattere non ancora perfettamente omogeneo della società comunista, pone l'accento sulla distinzione, cara agli occidentali, tra norme penali a contenuto etico e norme penali senza tale « retroterra » affermando che: « ... Ci sono molte prescrizioni legali che non possiedono questo "retroterra" sociale e morale; si tratta di diverse infrazioni di ordine tecnico, amministrativo, finanziario, ecc., che aumentano sempre con l'evoluzione della vita: è assolutamente impossibile conoscerle tutte. In tal caso la loro ignoranza non colpevole non può far nascere alcuna responsabilità... ».

(8) Sui principali istituti del diritto penale, sui sistemi penali oggettivo *foro*, soggettivo *foro* o *misto* (oggettivo-soggettivo), richiama l'attenzione NUVOLONE, *I fini e i mezzi cit.*, pag. 159.

(9) Su tale linea si muove BERTHOE, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 17) il

tico (1). Per tutte queste ragioni, essendo la società italiana una società non omogenea, né autoritaria, ma in trasformazione, ed essendo le linee direttive della sua legislazione penale difformi da quelle di un diritto penale dell'evento (2), a prescindere dagli agganci d'ordine costituzionale, risulta convalidata l'operatività, nel sistema, della « buona fede » quanto meno nella forma della « possibilità obiettiva di conoscere la legge penale ».

Dalle argomentazioni di tipo costituzionale svolte non discende necessariamente l'illegittimità dell'art. 5 C. Pen., ma solo la rilevanza nel sistema positivo di un requisito (possibilità di conoscere la legge penale), non incompatibile con la finzione di conoscenza effettiva della norma penale. È chiaro che le norme costituzionali in precedenza segnalate troverebbero la loro massima realizzazione con la soppressione dell'art. 5 C. Pen. (3); senonché il grado minimo di operatività delle medesime è di già salvaguardato con l'introduzione del requisito della « possibilità ».

Sofferriamo ora brevemente l'attenzione sulla portata di tale requisito e sulla sua collocazione sistematica nell'ambito delle categorie penalistiche (4); anche se questo secondo aspetto è più strettamente pertinente ad una teoria del reato intesa come analisi dei suoi elementi costitutivi.

Impossibilità di conoscere ed ignoranza effettiva della legge penale si collocano su due piani nettamente distinti: il primo elemento presuppone un giudizio di tipo obiettivo (relazionato ai soggetti di un determinato ambiente o settore di attività e in un determinato momento storico), il secondo un giudizio di tipo soggettivo (relazionato al soggetto agente). Ossia, mentre l'ignoranza effettiva può dipendere da qualunque fattore anche esclusivo dell'agente, purché scusabile (5), l'impossibilità di conoscere deve sempre dipendere da un fattore qualificato, ragionevole, obiettivo, e, quindi, per la contraddizione che non lo consente, mai inescusabile.

S'intende chiaramente che, ove il giudizio di possibilità fosse meramente soggettivo, il requisito di cui si discute sarebbe incompatibile con l'art. 5 C. Pen. (6).

quale afferma come in un diritto penale dell'atteggiamento interiore tutta una serie di concetti ed istituti, fra i quali appunto l'errore di diritto, possono subire una sostanziale trasformazione.

(1) L'art. 19, n. 3, del Progetto preliminare di Codice Penale italiano, presentato al Guardasigilli FERRI nel 1921, con una relazione esplicativa dello stesso FERRI, prevede infatti con eccezione per il delitto per cui sia prevista la segregazione rigorosa, fra i fatti giustificativi, l'ignoranza della legge penale derivata da forza maggiore o per errore sostanziale di diritto o di fatto non proveniente da negligenza; soluzione antitetica a quella patrocinata dalla scuola classica e recepita dal Codice ZANARDELLI, ma logica in un diritto penale che guarda alla pericolosità *criminale* dell'agente. Può rientrare, viceversa, nella logica di un tale diritto colpire con misura di sicurezza chi commetta un fatto credendolo reato per errore di diritto (reato putativo per il quale l'art. 49 non prevede alcuna misura, malgrado talune proposte in tal senso affiorate in seno ai lavori preparatori del Codice Penale).

(2) Non sposta il carattere *mixto* del nostro sistema (cfr. NUVOLOSA, *I fini e i mezzi* cit., pag. 162) l'esistenza in esso, come si vedrà, del principio di necessaria lesività dell'illecito penale. Questo è semplicemente il sintomo di quella prevalenza dell'esigenza oggettiva che spesso si verifica nel Codice Penale vigente (analogamente ad altri casi in cui prevale l'esigenza soggettiva: cfr. NUVOLOSA, *op. e loc. cit.*). D'altro canto il principio accennato realizza soltanto fino ad un certo limite una prevalenza dell'elemento oggettivo se si pone mente al fatto che per la realizzazione dell'illecito penale e, quindi, dell'offesa, concorre necessariamente (ex art. 27, 1° e 3° comma) un fattore di colpevolezza.

(3) Le norme costituzionali presentano spesso un grado minimo e massimo di espansione; quest'ultimo è in gran parte segnato dalla integrale realizzazione dell'art. 3, capoverso. Ciò non toglie che le norme ordinarie, se suscettibili di essere inter-

Il carattere « oggettivo » del requisito è strettamente condizionato dalla natura « qualificata » e « ragionevole » propria della fonte dell'impossibilità di conoscere. *Qualificata* può definirsi la fonte qualora si identifichi in un certo comportamento dell'autorità giudiziaria o amministrativa, in un certo avvenimento naturale (7), ovvero in una certa posizione di un soggetto (ma comune a tutta una categoria di persone) che colloca il soggetto medesimo in una situazione di estraneità (8) rispetto a norme del nostro sistema positivo e, quindi, nell'impossibilità di conoscerle (si pensi allo straniero ovvero all'emigrante che torni in Patria dopo un certo periodo di tempo). La fonte dell'impossibilità di conoscere può dirsi *ragionevole* nella misura in cui, ad es., l'erronea persuasione di essere nel lecito (o la totale impossibilità di muoversi in terreni penalisticamente regolati) dipenda da pronunce di liceità già emesse dall'autorità giudiziaria o da autorizzazioni rilasciate dall'autorità amministrativa *in modo non manifestamente anormale* (quanto meno agli occhi del comune cittadino) (9).

Una precisazione si rende a tal punto necessaria: il carattere *oggettivo* del requisito, così come, da un lato, esclude la rilevanza di una situazione meramente soggettiva, anche se incolpevole, di impossibilità di conoscere la legge penale, dall'altro, è tale da comportare la irresponsabilità penale di un soggetto il quale, in presenza di una situazione pur qualificata e ragionevole di impossibilità, per ragioni particolari (10) abbia la possibilità di conoscere (o conosca effettivamente) la legge penale.

È una situazione, beninteso, del tutto marginale data l'accentuazione che si deve dare al profilo qualificato, ragionevole, e, quindi, obiettivo del requisito.

E ancora: l'impossibilità di conoscere può avere ad oggetto non soltanto la norma penale astratta ma anche la norma reale; nel senso che una certa linea di condotta tenuta dall'autorità giudiziaria o amministrativa nel senso sopra chiarito può precludere, sia la possibilità di rendersi conto dell'esistenza di norme penali operanti in materia, sia la possibilità di percepire l'applicabilità di dette norme a certi comportamenti simili a quelli costituenti oggetto delle citate decisioni giurisprudenziali o amministrative.

pretate in guisa da consentire la realizzazione di un grado anche se non massimo di espansione della norma costituzionale, possono essere salvate dal vizio di incostituzionalità. Sulla scelta tra l'intensità maggiore o minore di realizzazione possono influire, anche nel settore penale, valutazioni di opportunità politica (di politica criminale, ben s'intende).

(4) Tentativo che non è operato da PULITANO, *op. cit.*

(5) Dispone il § 17 del *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (del 4 luglio 1969) (cfr. per la traduzione SCURATI, in *Indice penale* 1973, pag. 462): « Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 abgemildert werden ». Del problema non si occupa neppure, invece, il progetto italiano già citato.

(6) Si pensi, ad es., al caso in cui l'impossibilità di conoscere l'illecito penale dipenda da cause strettamente peculiari al soggetto, anche se scusabili.

(7) O politico: si pensi, ad es., ai casi di impossibilità di conoscere la legge penale determinatisi in Germania a seguito della divisione di essa in due Stati. Molti tedeschi passando dal settore comunista al settore occidentale si portavano dietro anche certi convincimenti maturati sulla liceità o illiceità penale di certi fatti (ad es., non potevano conoscere l'illecito penale dell'aborto non incriminato nella Germania orientale). Da tali situazioni la dottrina tedesca trasse soprattutto spunto per proporre la modifica della disciplina dell'errore di diritto.

(8) E ciò pur tenendo in dovuta considerazione la lentezza... dei processi di riforma della legislazione penale nel nostro Paese.

(9) Cfr., ad es., in materia di inquinamenti quanto si è rilevato in una nota precedente.

(10) Si pensi, ad es., all'emigrante che in concreto abbia avuto la possibilità di conoscere la sopravvenuta illiceità penale di certi fatti in Italia.

Il requisito della possibilità di conoscere la norma penale funge, pertanto, da presupposto necessario di ogni forma di imputazione dolosa o colposa e, nei limiti della loro incostituzionale sopravvivenza, delle stesse forme di responsabilità obiettiva. La sua sfera di operatività si estende anche alle fattispecie delittuose; contrariamente a quanto ritiene una recente dottrina (1) la quale, muovendo dal tradizionale presupposto di una presunta *Wertneutralität* delle contravvenzioni (2), circoscrive a queste ultime la portata del requisito. L'eventuale minor frequenza del riscontro di situazioni di « impossibilità » sul terreno di alcune categorie di delitti (3) non incide sulla portata generale dell'assunto.

Il procedimento di inserzione di tale requisito nella struttura del reato e della norma penale non presenta alcunché di « ardito » come da qualche parte prudentemente (4) si sottolinea. Pur rinviando ad un'ulteriore trattazione (5) la dettagliata analisi del problema, riteniamo opportuno fissare già in tal sede alcuni punti essenziali. La possibilità di conoscere la norma penale, può essere configurata quale *limite* di natura oggettiva, nel senso chiarito, della norma medesima, alla stessa stregua per cui l'imputabilità rappresenta il limite di natura soggettiva della norma penale *stricto sensu* intesa (6). Non si tratta, beninteso, a nostro avviso (7) di un limite *logico*, ossia operativo prescindendo da un riconoscimento normativo: per la norma incriminatrice esso, come s'è posto in luce, scaturisce, infatti, dal tessuto normativo costituzionale (8) e, in particolare, dal combinato disposto dell'art. 27, comma 1° e comma 3°, Cost. (norma che afferma la natura « teleologica » dell'illecito penale). La natura non esclusivamente logica del limite e l'assenza di disposizioni normative corrispondenti a quelle menzionate fanno sì che il requisito della « possibilità di conoscere » non operi (9) rispetto alle norme che delineano illeciti civili o amministrativi: la sanzione civile e quella amministrativa non possedendo, in particolare, quello speciale teleologismo che per la pena è fissato a livello costituzionale.

La configurazione del limite della « possibilità di conoscenza » avvalorata sul piano positivo la concezione

della norma penale in chiave imperativistica quanto meno potenziale. Il passaggio dal momento « potenziale » a quello « effettivo » della tesi imperativistica si avrebbe qualora, con un'attuazione, in tutta la sua forza espansiva, del combinato disposto dell'art. 27, 1° e 3° comma, e dell'art. 3, capov., Cost. (10), si pervenisse ad un'abrogazione dell'art. 5, C. Pen. (11).

Può prospettarsi a tal punto un quesito di notevole portata: qual'è il margine di operatività del limite di cui si discute nei casi in cui venga meno il limite soggettivo (imputabilità), ossia in quelle situazioni di incapacità di intendere e di volere che comportano l'applicabilità di misure di sicurezza.

L'interrogativo impinge nel più vasto tema della valutazione del fatto del non imputabile sul quale in altra sede (12) già esprimemmo il nostro avviso; la risposta al quesito non può che essere positiva per coloro i quali, con una visione eccessivamente formalistica (13), costruiscono il reato in termini unitari, prescindendo dall'imputabilità o meno dell'agente.

È possibile però ritenere che allo stesso risultato, e cioè alla rilevanza dell'impossibilità di « conoscere » anche per il non imputabile, si possa pervenire muovendo dalle opposte premesse (14). E ciò in forza della caratterizzazione *oggettiva* ed *estrinseca* del limite che ne garantisce la coesistenza e compatibilità, sia sul piano naturalistico che su quello normativo, con la mancanza del limite soggettivo dell'imputabilità (15). È probabile invece che il discorso finirebbe per assumere un diverso andamento qualora, anziché il limite anzidetto, rilevasse nel sistema penale positivo l'effettiva e soggettiva consapevolezza dell'antigiuridicità penale.

Le conclusioni cui siamo pervenuti, sia pure in via provvisoria, non incrinano la ben nota (16) contrapposizione, cui aderiamo, fra norma-comando e norma-garanzia, rispetto alla quale funge da spartiacque il limite soggettivo dell'imputabilità. E infatti: la norma penale nel suo aspetto di norma-garanzia, se non può essere rispetto al destinatario incapace di intendere e di volere, per la contraddizione che non lo consente, effettivamente imperativa (17), può (18) però conservare un ruolo potenzialmente imperativo.

(1) PULITANO, *op. cit.*, pag. 38, dando fondamento costituzionale ad un certo orientamento della Corte di Cassazione in tema di buona fede nelle contravvenzioni (al quale l'Autore accenna), limita però praticamente la portata della scusabilità dell'*error iuris* alle sole norme contravvenzionali, non caratteristiche della « cultura » *hic et nunc* esistente e assimilata dai consociati. Affermazione che, essendo fondata sulla suggestione della distinzione (delitti, *malis in se*; contravvenzioni, *malis quia vetitis*), spesso smentita dal diritto positivo, non può essere assunta in linea teorica e generale; i margini segnalati di operatività dell'*error iuris* possono solo *tendenzialmente* (a meno che non sussistano ragioni obiettive di impossibilità di conoscere) non valere per le contravvenzioni che siano *malis in se* (ve ne sono pure) o per i delitti che abbiano identica natura.

(2) Tendenza che non è esatta ove si pensi alle frequenti proposte di classificare alcune contravvenzioni fra i delitti.

(3) E cioè quei delitti che per la loro specifica natura di *malis in se* abbiano connaturata alla loro struttura la riconoscibile lesività per apprezzabili interessi della società o di terzi (requisito che per contro singolarmente PULITANO [*op. cit.*, pag. 38] riconosce proprio di tutti i delitti).

(4) PULITANO, *op. cit.*, pag. 39, parla di « procedimento forse un po' ardito, ma imposto dall'antidemocratica lacuna ».

(5) Questo studio, di prossima pubblicazione, prenderà lo spunto dalla pubblicazione di un recente e interessante volume di DE FIGUEROA DEAS, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969.

(6) Così NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale cit.*, pag. 57, il quale individua quali limiti soggettivi (*espressi o taciti*) della norma penale-comando quei limiti che incidono sul soggetto attivo del reato, e più precisamente sul suo rapporto con la fattispecie oggettiva (capacità, colpevolezza, motivazione).

(7) Occorre un'estrema cautela nell'individuare i limiti logici; la stessa « certezza » o « tassatività » più che essere (così NUVOLONE, *I limiti taciti cit.*, pag. 34) un limite logico di ogni regola di condotta o di ogni norma-comando, è un requisito positivo (in quanto prescritto, come s'è visto *ex art.* 25, 2° comma, Cost. e 1° C. Pen.).

(8) Quanto all'art. 3, capov., già s'è detto e meglio si dirà in seguito.

(9) L'irrelevanza dell'*error iuris* è pacificamente affermata dalla dottrina civilistica: TRIMARCI, *voce Illecito cit.*, pag. 111 è assai esplicito.

(10) In relazione anche all'art. 3, capov., Cost.

(11) Sembra corretto parlare di abrogazione (espressa) e non di illegittimità costituzionale, contrastando l'art. 5 C. Pen. con il disposto costituzionale citato solo, come s'è detto, nella sua massima forza espansiva.

(12) BRUCOLA, *Fatto del non imputabile cit.*, *passim*.

(13) Cfr. quanto s'è già rilevato in precedenza.

(14) Ciò dalle premesse da cui muoviamo nel *Fatto del non imputabile cit.*, *passim*.

(15) Perciò tra impossibilità *obiettiva* di conoscere la norma penale ed errore *condizionato* dall'infirmità sull'antigiuridicità penale non v'è possibilità di coincidenza; il primo essendo sempre una forma di ignoranza (o di errore) per definizione non condizionata.

(16) Cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti cit.*, pag. 53 e segg.

(17) Diversamente nei confronti del giudice che ne è il vero destinatario.

(18) Ovviamente se il sistema positivo non contrasta con tale soluzione, ad es., ricollegando l'applicabilità del manicomio giudiziario ad un semplice fatto di reato (obiettivamente lesivo) e sintomatico di pericolosità.

Nè a ciò si oppone il fine proprio della misura di sicurezza applicabile al soggetto incapace (1), che è essenzialmente ed esclusivamente rieducativo, pur con le venature ed il contenuto imposto dalle condizioni del non imputabile (2).

Da ultimo, è opportuno porre l'accento su alcune significative conseguenze dell'inserzione del requisito della « possibilità di conoscere la legge penale » nel sistema penale positivo.

Anzitutto essa consente di dare attuazione al precetto fondamentale dell'art. 3, 3° capov., Cost. (3) in tutti quei casi in cui l'impossibilità di conoscenza dipenda da fattori oggettivi di squilibrio economico-sociale. E ancora: l'assunzione dell'elemento predetto a limite imprescindibile di applicabilità della norma penale, non solo nel settore contravvenzionale, consente di superare in senso estremamente coerente le pericolose oscillazioni della Corte Suprema in materia di buona fede (4). E infine: le conclusioni cui siamo pervenuti permettono di risolvere in termini più coerenti la cosiddetta questione della « clausola di reciprocità » o della « doppia incriminazione ».

È forse opportuno riassumere brevemente i termini di tale questione e le soluzioni che ne sono state fino ad oggi offerte. Trattasi, cioè, del problema se, per la punizione in Italia del delitto commesso all'estero, si richieda o meno che il fatto sia previsto come reato anche dalla legge del luogo nel quale esso venne compiuto, o se basti, al contrario, che il medesimo costituisca delitto per la nostra legislazione. Si ritiene anzitutto che, data la natura dei principi ideologici dominanti all'epoca di formazione del Codice Rocco, sia stata precisa intenzione del legislatore del tempo quella di non attribuire rilievo alla valutazione che di un certo fatto potessero dare legislazioni straniere. « Ciò poteva, infatti, essere considerato in un certo senso, come un'abdicazione ad alcuna fra le prerogative statali più importanti: quella di segnare il confine tra il lecito e l'illecito penale; e di determinare conseguentemente i limiti dell'agire di ogni cittadino » (5).

Si osserva, inoltre, che il cosiddetto problema della « clausola di reciprocità » ha un senso, soprattutto attuale, soltanto per i reati di cui agli art. 9 e 10 Codice Penale. Infatti, a prescindere dall'impossibilità di carattere logico che alcuno dei fatti ex art. 7 e 8 C. Pen., sia tale da ledere contemporaneamente beni dello Stato italiano e interessi di Stati stranieri (requisito indispensabile per la doppia incriminazione), trattandosi di reati lesivi di interessi strettamente legati allo Stato italiano o in chiave oggettiva (reati oggettivamente politici e previsti in genere dall'art. 7 C. Pen.) o in chiave soggettiva (delitti soggettivamente politici di cui all'art. 8, 2° comma, C. Pen.), essi non possono che venire esclusivamente previsti dallo Stato italiano.

Per quanto concerne, viceversa, i reati di cui agli art. 9 e 10 C. Pen., si ritiene sintomatico al fine di escludere che la volontà legislativa sia stata orientata nel senso di attribuire rilevanza alla clausola di reciprocità, il fatto che essa, mentre è assunta a base dell'estradizione (la quale ex art. 13, 2° comma, C. Pen., non è ammessa « se il fatto che forma oggetto della

domanda di estradizione, non è previsto come reato dalla legge italiana e dalla legge straniera »), non è ribadita per gli art. 9 e 10 C. Pen., malgrado il richiamo che per talune ipotesi si fa all'estradizione « non concessa » ovvero « non accettata ».

Il problema viene risolto dalla dottrina citata facendo leva sull'esigenza di certezza posta a fondamento degli art. 1 C. Pen. e 25, 2° comma, della Costituzione. Se la *ratio* del principio di legalità sta proprio nel far sì che ognuno sappia, prima di agire, se l'azione che compie è penalmente lecita oppure no, lo straniero che delinque all'estero si trova in una situazione ben diversa di fronte alla legge penale italiana: non c'è, nei suoi confronti, alcun onere di conoscenza della legge stessa, la quale quindi costituisce per lui un ordinamento in tutti i sensi estraneo e lontano.

Pertanto, il problema della doppia incriminazione dei delitti commessi all'estero riceve una diversa soluzione a seconda che soggetti attivi del fatto siano cittadini italiani o stranieri: per i primi è sufficiente che il fatto sia previsto come reato dalla legge penale italiana; per i secondi, in tanto può procedersi in Italia all'incriminazione del comportamento tenuto all'estero, in quanto il fatto sia previsto come reato anche da parte dello Stato in cui fu commesso.

Ci pare che il problema possa trovare una più coerente soluzione per altra via. Se, come in precedenza dimostrato, la possibilità di conoscere la norma penale funge da limite per la sua applicabilità, nei delitti commessi all'estero tale assunto troverà un ampio campo di espansione. Così come il cittadino in Italia, così il cittadino o lo straniero che commettono un delitto all'estero potranno essere puniti tutte le volte in cui riescano a provare di non aver avuto la possibilità di conoscere la legge incriminatrice. Tale prova potrà, a *fortiori*, essere agevolmente fornita dallo straniero che commetta all'estero un delitto non previsto dalla legislazione dello Stato in cui viene commesso. E questa possibilità di prova esiste non solo per i delitti di cui agli art. 9 e 10 C. Pen., ma anche per quelli ex art. 7 e 8 C. Pen., nei confronti dei quali non esiste più oggi, in un diverso clima politico, l'esigenza di una indiscriminata punizione che esisteva in passato. La soluzione da noi proposta consente di ovviare a taluni inconvenienti insiti nella tesi del CARACCIOLI, per la quale, ad es., lo straniero, in virtù della clausola della doppia incriminazione, potrebbe non essere punito qualora la legislazione dello Stato cui appartiene non incrimini il fatto commesso, quand'anche, avendo risieduto per vari anni in Italia, abbia assimilato così bene il nostro costume da potersi rendere conto di ciò che è o meno lecito nel nostro Paese.

E per contro, sempre alla stregua della tesi del CARACCIOLI, dovrebbe essere punito l'italiano il quale, abitante all'estero da molti anni e non risultante più inserito, salvo che per gli aspetti anagrafici, nel complesso delle regole di costume che stanno a base della legge italiana, commetta all'estero un fatto ivi non previsto come reato, anche se tale per la legge italiana.

(1) L'art. 27 Cost. non accenna al fine delle misure di sicurezza che è però implicito nel tessuto costituzionale: la « reale » affermazione di novità doveva essere compiuta solo per le pene.

(2) Il fine *curativo* assolto dal manicomio giudiziario non avrebbe senso nei confronti di chi non aveva obiettivamente (e cioè a prescindere dalle sue specifiche condizioni) la possibilità di conoscere l'illiceità penale del fatto; altro sarebbe applicarlo nei suoi confronti il ricovero in manicomio comune, con trattamento che dovrebbe essere, almeno teoricamente, sullo stesso piano curativo, differenziato.

(3) Sulla funzione della normativa cfr. quanto si dirà in seguito.

(4) Un accenno a tale giurisprudenza, con riferimento ai casi in cui s'è attribuita rilevanza alla buona fede, trovano anche in ANTONELLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale* cit., pag. 323, e, in particolare per i casi di buona fede derivante da errore di diritto e non di fatto, nota 109. Lo stesso Autore, però, riconosce che « di frequente vengono, tuttavia, affermati principi più rigoristici ».

(5) V. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero* cit., pag. 973 e segg.

E infine: il limite della possibilità di conoscere la legge penale consente di prosciogliere lo straniero il quale, avendo commesso nel proprio Stato un fatto ivi previsto come reato, sia stato dai propri giudici prosciolto per errore sulla Legge penale *scusabile*, rilevante ai sensi della legislazione dello Stato straniero.

È chiaro che tale soluzione non preclude la possibilità che in futuro, abbandonando le premesse autoritarie da cui si muoveva il Codice Rocco, si ponga a fondamento dell'applicabilità della legge penale italiana per fatti commessi all'estero dallo straniero la clausola di reciprocità.

La stessa introduzione della clausola di reciprocità non precluderebbe — com'è ovvio — al cittadino o allo straniero che commettesse all'estero uno dei reati di cui agli art. 9 e 10 la possibilità di addurre una

situazione obiettiva di inconoscibilità della legge penale (italiana o straniera) (1).

Una precisazione si rende a questo punto opportuna anche al fine di individuare con ancor maggiore esattezza la portata del « limite »: gli eventuali scarti di disvalore tra la legge penale italiana e quella straniera sono al di fuori della portata della « conoscibilità » (2). Il tessuto normativo costituzionale al quale ci si è agganciati non impone necessariamente, infatti, che al « limite » si attribuisca una simile espansione (3).

In conclusione, dalla Costituzione emerge la qualificazione del reato come illecito personale, da intendersi nel senso che la sua imputazione ad un soggetto (4) deve essere sempre condizionata alla possibilità da parte di conoscere la norma incriminatrice, e alla presenza di un coefficiente soggettivo identificabile quanto meno nella colpa (5). Un poten-

(1) Non potrebbe addurre la buona fede, tuttavia, lo straniero che avesse la possibilità (obiettiva) di conoscere la legge vigente sul territorio dello Stato in cui il reato è commesso (straniero); sul concetto di legge straniera cfr. alcune delicate questioni in T. TREVIS, *La giurisprudenza* cit., pag. 172 (il quale si domanda quale sia l'ordinamento straniero che deve prevedere il fatto come reato: quello del luogo di commissione, o quello nazionale del reo, o magari quello nazionale del soggetto passivo, o infine uno qualsiasi tra questi). *De jure condito* la possibilità per lo straniero di conoscere attraverso una qualsiasi delle fonti normative di cui sopra, l'illiceità penale del fatto che compie è sufficiente ad integrare il limite di applicabilità della norma penale italiana, malgrado lo scarto eventuale fra la disciplina italiana e quella straniera.

(2) D'altro canto nemmeno coloro i quali ritengono necessaria la consapevolezza effettiva dell'illiceità penale estendono tale consapevolezza al *quantum* o al grado di disvalore. Altro è naturalmente (così il Progetto cit.) richiedere per l'imputazione delle circostanze aggravanti la consapevolezza della loro sussistenza di fatto.

(3) Esaminiamo ora rapidamente quale potrebbe essere la eventuale incidenza della « possibilità » di conoscere la legge penale sulla soluzione di un problema solo entro certi limiti legato alla tematica della successione della legge penale nel tempo.

L'art. 2, ult. comma, statuisce: « Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto convertito in legge con emendamenti... ». L'inserimento dell'ipotesi del decreto-legge decaduto e non ratificato nella prospettiva della successione di leggi era giustificabile nel 1930, posto che a quel tempo il decreto-legge, quando non era presentato alle Camere per la conversione entro il termine prescritto o non era convertito, veniva a decadere con efficacia *ex nunc* conservando vigore per il periodo intercorrente tra la sua emanazione e la scadenza del termine o la mancata conversione. La situazione è mutata e non è pertanto più riconducibile al fenomeno della successione di leggi con l'art. 77 Cost., per il quale i decreti non convertiti perdono efficacia fin dal momento della loro emanazione (*ex tunc*) e si considerano come se non fossero mai esistiti nell'intervallo tra la loro emanazione e la loro mancata conversione. All'ipotesi del decreto-legge decaduto o non convertito deve essere equiparata quella della legge dichiarata costituzionalmente illegittima, ove si accetti la tesi, fondata sul contrappunto degli art. 136 Cost. e art. 30 L. 11 marzo 1953, per la quale la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge produrrebbe un fenomeno di *annullamento* che travolge tutti gli effetti della legge illegittima (con il limite eventuale del giudicato) e, pertanto, anche quello eventualmente abrogativo della legge anteriore, la quale riprenderà regolarmente vigore.

Date queste premesse, possono ipotizzarsi due eventualità diverse. La legge costituzionalmente illegittima o il decreto convertito configurano una nuova incriminazione o aggravano il trattamento sanzionatorio per un fatto già costituente reato. La dichiarazione d'illegittimità costituzionale, ovvero la mancata conversione, privano la legge o il decreto di ogni efficacia *ex tunc*; cosicché ai fatti commessi sotto la loro apparente vigenza sarà applicabile il trattamento normativo di liceità o più favorevole *realmente* in vigore a quel tempo.

Seconda eventualità: la norma riconosciuta costituzionalmente illegittima, o il decreto-legge non convertito, modificati in senso più favorevole al reo, addirittura abrogano un'incriminazione precedente. Essendo tale situazione al di fuori degli schemi della successione delle leggi penali nel tempo e d'altro canto riprendendo vigore a seguito della dichiarazione d'illegittimità, o della mancata conversione, la legge passata, ne dovrebbe discendere la punibilità per fatti che al momento di

cui furono commessi non costituivano reato o l'applicabilità di pena più gravi di quelle allora previste.

Per temperare il rigore di tale asserto si potrebbe far appello alla « possibilità di conoscere la legge penale » come presupposto della responsabilità, sulla base di quanto s'è detto a proposito dell'art. 5 Codice Penale. Ciò consentirebbe di prosciogliere colui che ha commesso il fatto-reato in un momento in cui, per l'apparente vigenza della legge poi dichiarata incostituzionale o del decreto poi non convertito, aveva tutte le ragioni per non poter avvertire l'illiceità penale del proprio comportamento. (Per una soluzione che fa leva in certo modo sulla buona fede, cfr. V. OSANA, *Sindacato di costituzionalità e applicazione delle leggi penali* [Annali Fac. Econ. e Commercio Univ. Padova, serie I, vol. II, 1965-66, Verona, 1966, pag. 353 e segg.]).

È chiaro, però, che tale soluzione avrebbe carattere parziale non potendo valere per quei casi in cui la legge incostituzionale o il decreto non convertito sancisce al momento del fatto non una situazione di liceità ma una situazione meno favorevole per il reo: non potendosi estendere la possibilità di conoscere la legge penale fino al punto da abbracciare l'esito sanzionatorio. Altri (M. GALLO, *Appunti* cit., pag. 69) ritengono che le conseguenze derivanti dall'applicazione degli art. 136 e 77 Cost. vadano temperate attraverso una interpretazione sistematica che ne coordini il disposto con quello dell'art. 25, 2° comma, Cost. il quale, per tutelare la certezza della legge penale, fissa il divieto di retroattività della medesima. Da tale interpretazione sistematica, tramite la quale è l'art. 136 che deve coordinarsi con l'art. 25 (norma quest'ultima che sancisce uno di quei principi fondamentali dell'ordinamento che non possono venire disattesi) e non viceversa, l'Autore perviene alla conclusione che deve essere applicata la legge invalidata (o il decreto-legge decaduto) se la legge invalidata o il decreto decaduto sono più favorevoli al reo. È opportuno segnalare che il recente progetto di riforma del Codice Penale, a differenza dei precedenti, inserisce nell'art. 2 un comma del seguente tenore: « Nel caso di legge successivamente dichiarata incostituzionale ed in quello di mancata ratifica dello stesso con emendamenti si applicano ai fatti commessi nel tempo del loro vigore le disposizioni della legge invalidata e quelle del decreto-legge non ratificato o modificato, allorché le stesse siano più favorevoli al reo ».

Inspiegabilmente, però, nel testo dell'art. 1 approvato dalla Commissione Giustizia (Senato) e poi dal Senato, testo più volte citato, scompare il riferimento alla legge successivamente dichiarata incostituzionale: nella *Relazione* (pag. 4) si avverte, non tenendo alcun conto delle perplessità sul punto esistenti in dottrina, che l'ipotesi «... non andava indicata ricadendo correttamente tra i casi di successione di leggi penali (l'articolo 136 della Costituzione stabilisce che la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della decisione) ».

(4) Sulla possibilità di imputare ad un ente sanzioni criminali (e in specie misure di sicurezza patrimoniali) e sui limiti di validità del principio « *societas delinquere non potest* » anche in rapporto all'art. 27, 1° comma, Cost., cfr. il nostro studio *Il costo del principio « societas delinquere non potest » nell'attuale dimensione del fenomeno societario* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1970, 955 e segg.). Sul tema cfr., con riferimento allo Statuto dei lavoratori, ma con penetranti rilievi di carattere generale, MONTUSCAN, *Le disposizioni penali dello Statuto dei lavoratori* (Giur. It., 1972, IV, 156 e segg.). Acuti rilievi sul principio si trovano pure in MARINUCCI, *Il reato come azione* cit., pag. 175 e segg.; STORTONI, *Profilo penale delle società commerciali come imprenditori* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 1163 e segg.).

(5) Ma non nel semplice requisito della « prevedibilità » di cui s'è già detto.

ziamento della natura « colpevole » dell'illecito penale e una attuazione della normativa costituzionale nella sua massima forza espansiva potrà aversi con l'abrogazione dell'art. 5 C. Pen. La Costituzione non sembra, viceversa, aver recepito quelle concezioni, di origine prevalentemente germanica, più strettamente personalistiche (1) dell'illecito penale, e cioè quelle tesi le quali sottolineano — in varia guisa e con diverse sfumature — la prevalente articolazione della struttura del reato su atteggiamenti spirituali o di *Gestaltung*, ossia la maggiore accentuazione del disvalore dell'azione e dei suoi momenti sintomatici (2) rispetto al disvalore dell'evento. O per meglio dire: la Costituzione italiana ha assunto una posizione di indifferenza rispetto a queste configurazioni « personalistiche » del reato, delle quali più ampiamente diremo nei prossimi paragrafi, nella misura in cui, però, le stesse non confliggano con il carattere « necessariamente lesivo » dell'illecito penale, che assurge, come si vedrà, al rango di principio costituzionale.

Di un'esigenza di ulteriore « personalizzazione » più della responsabilità penale (3) che non del reato si fa garante la Costituzione nei limiti in cui l'art. 27, 1° e 3° comma, impongono un adeguamento della specie e del *quantum* della pena alla personalità del reo. Trattasi, però, di un profilo che, malgrado le indubbie connessioni esistenti fra teoria generale del reato e teoria della pena, in virtù della concezione « teleologica » dell'illecito penale accolta dalla Costituzione (4), esula dai limiti di questa voce (5).

c) Sulla scorta dei rilievi precedenti si registra una netta differenziazione tra il reato e gli illeciti extrapenal. L'illecito civile non può caratterizzarsi come « personale » nel senso poc'anzi delineato: valgono a *fortiori* tutti gli argomenti a suo tempo (6) adottati per escludere che l'illecito civile debba necessariamente strutturarsi sulla base di un fatto « proprio » del responsabile. Anche se la esplicita menzione nell'art. 2043 C. Civ., del dolo e della colpa accanto a quella dei dati materiali può servire a fondare una presunzione (7) in favore di un'interpretazione orientata a riconoscere la esigenza dell'elemento soggettivo nei casi incerti, tuttavia l'assenza di vincoli d'ordine costituzionale non preclude la possibilità di deroghe *esplicite* dello schema generale di illecito civile. Inoltre il carattere

non « personale » dell'illecito civile risulta dal fatto che l'elemento soggettivo di una figura civilmente rilevante possiede, nell'economia dell'illecito, una minore importanza di quella che presenta il corrispondente requisito psicologico di un'ipotesi criminosa: direttiva che, com'è stato ribadito (8), appare testimoniata dal principio di scambiabilità perfetta tra dolo e colpa quali dati soggettivi della situazione descritta nell'art. 2043 C. Civ., principio che conosce soltanto talune eccezioni (9) laddove la tutela civilistica opera o contro atti dettati esclusivamente dall'intenzione di nuocere (*ex art. 833 C. Civ.*), o contro gli atti commessi con dolo (*ex art. 55, n. 1, C. Proc. Civ.*), ovvero contro gli atti commessi con dolo o con grave negligenza (*ex art. 60, n. 2 e 96, 1° comma, C. Proc. Civ., art. 935, 1° comma e 939, 3° comma, C. Civ.*).

La scambiabilità tra dolo e colpa, influenti rispetto alla stessa determinazione dell'entità del risarcimento (10), è un dato di particolare rilievo, poichè conferma l'asserto, già sviluppato, sotto il profilo della tassatività (11), per cui nell'illecito civile l'accento grava più sull'evento che non sulla condotta e sulle varie modalità di estrinsecazione della medesima, prime fra tutte quelle legate al diverso atteggiamento psicologico del soggetto.

Di qui l'inadattabilità all'illecito civile di quelle qualificazioni in termini di « *personales Unrecht* » così frequentemente forgiate per il reato dalla dottrina tedesca, nonché la giustificazione dell'insuccesso che nella stessa Germania (12) hanno avuto alcune tendenze dottrinali (13) miranti a trasporre sul terreno dell'illecito civile un esasperato soggettivismo di tipo *welzeliano* (14).

La discrasia tra reato ed illecito civile sotto il profilo « soggettivo » si accentua ove si accolga (15) la tesi secondo la quale nello schema generale dell'art. 2043 (16) vi sarebbe un diaframma, sul piano dell'elemento obiettivo dell'illecito civile, fra ciò che è costitutivo di fattispecie e ciò che è partecipe altresì dell'oggetto della « colpevolezza ». Infatti: « nell'ambito di quanto indicato nell'art. 43, C. Pen., e nelle altre disposizioni che con esso concorrono a definire i concetti generali di dolo e di colpa (17), e il relativo oggetto, sono esclusivamente il "fatto" e le scriminanti (18), non invece il danno e la ingiustizia » (19). Tale struttura imperniata su di una sfasatura tra elemento oggettivo ed

(1) Trattasi di Autori e di tesi richiamate da BERTOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* cit., pag. 3 e segg.

(2) Così BERTOL, *op. e loc. cit.*

(3) Cfr. con particolare riferimento al problema delle « pene fisse » il nostro *La discrezionalità* cit., pag. 349 e segg.

(4) Cfr. quanto s'è detto in precedenza.

(5) Sono problemi che rientrano più propriamente, secondo la divisione in precedenza accennata, nella teoria della responsabilità penale o meglio nella teoria della pena.

(6) Cfr. il n. 8 a).

(7) Più forte è, viceversa, la presunzione in materia penale dei risvolti costituzionali del principio *nella poena sine culpa*: si è infatti rilevato che, « a differenza di quanto accade in un ordinamento di tipo privatistico (nel quale, com'è noto, il criterio di imputazione oggettiva ha una certa larghezza di applicazione), nell'ambito di quello penale il titolo generale (preferenziale) di attribuzione di un fatto al soggetto è quello soggettivo » (in tal senso, in adesione a M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 1962, pag. 8 e segg.; G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, pag. 80, il quale applica tale criterio presuntivo come indice per stabilire se un *quid* che aderisce al fatto di reato sia una circostanza o elemento di una nuova autonoma fattispecie).

(8) In tal senso, con ampia argomentazione, C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 C. Civ.* (*Riv. D. Dir. e Proc. Pen.*, 1962, 85).

(9) Poiché l'accento su tali eccezioni, TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., pag. 102.

(10) In tal senso, sulla base di un'attenta interpretazione del combinato disposto degli art. 1225 e 2056 C. Civ. e sulla base della rilevazione dell'assenza negli art. 2043 e segg., C. Civ.

della predisposizione di un diverso criterio di differenziazione dei danni risarcibili a seconda che sia presente il dolo ovvero la colpa, C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza* cit., pag. 85.

(11) Cfr. quanto s'è detto in precedenza.

(12) Parla di « intenti unificatori in senso interiorizzante » quale possibile espressione della « compiacenza verso la spiccata moda a carattere soggettivistico che negli ultimi anni si è ingigantita in Germania », PETTOELLO MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui* cit., pag. 59-60.

(13) Un accenno trovasi in PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 60, nota 54.

(14) Per i riflessi di tali suggestioni sul terreno del grado oggettivo o soggettivo della colpa vedasi PETTOELLO MANTOVANI, *op. e loc. cit.*

(15) Il problema è sviluppato ampiamente da C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza*, cit., pag. 88.

(16) Il problema si pone indubbiamente in modo diverso per quelle fattispecie di illeciti civili extracostituzionali per le quali è richiesta l'intenzione di nuocere, purchè quest'ultima locuzione non venga assunta in senso generico senza alcun riferimento al danno anche se non nella sua esatta determinazione quantitativa. La questione rimane, viceversa aperta per quegli illeciti civili per i quali è richiesto esplicitamente il dolo o la colpa grave (v. TRIMARCHI, voce *Illecito* cit., pag. 102).

(17) Utilizzabili anche per l'illecito civile fino a che dalla struttura di quest'ultimo o da disposizioni normative non scaturiscano indicazioni in contrario.

(18) Così C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza* cit., pag. 120, a conclusione dell'indagine.

(19) C. F. GROSSO, *op. e loc. cit.*, al quale rinviamo per un esame delle argomentazioni tramite le quali l'Autore perviene a tale risultato.

elemento soggettivo presenta, com'è stato rilevato (1), un'analogia assai stretta con quella propria dei delitti preterintenzionali in campo penale (2). I corollari di questa analogia si colgono, però, appieno solo ponendo mente al fatto che in sede penale le ipotesi impennate su di uno schema preterintenzionale sono eccezionali e si può legittimamente dubitare della loro conformità alle norme costituzionali: l'eccezionalità di tali ipotesi è confermata dalla tendenza, registrabile anche in sistemi che non sono impennati esplicitamente sul principio del carattere personale della responsabilità penale (è il caso appunto della Germania occidentale (3)), a convertire lo schema preterintenzionale in colposo (4).

Ma soffermiamoci ancora sulla sfasatura tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo nell'art. 2043, C. Civ. Sotto il profilo dell'«ingiustizia» del danno la sfasatura si pone in antitesi con la tendenza, operante nell'ambito dell'illecito penale, a ricondurre le qualifiche di cosiddetta illiceità speciale nell'oggetto della colpevolezza (5).

Sotto il profilo del danno la portata della sfasatura si comprende pienamente tenendo presente che tale elemento «prima ancora di operare come criterio di commisurazione del contenuto dell'obbligazione di risarcimento, interviene nella realtà alla quale è subordinata la stessa nascita di quest'ultima» (6) ossia sul piano strutturale della fattispecie (7). È un rilievo che consente di caratterizzare ulteriormente l'illecito civile nei confronti del reato.

Infatti, com'è stato rilevato (8), «intercorre... fra problema relativo alla perfezione della fattispecie e problema concernente la determinazione del contenuto dell'obbligazione di risarcimento, una relazione di coincidenza parziale, nel senso che comune ad entrambe sarà il momento in cui si fissano i danni che sono conseguenza «immediata e diretta» del fatto». Ossia: il contenuto dell'obbligo di risarcimento si determina in funzione del *quantum* (9) di un elemento che funge da requisito della fattispecie condizionante; a differenza di quanto avviene per la pena, la cui specie o misura dipende anche da fattori che non hanno alcun aggancio (10) con il tipo legale di reato,

ma che si riportano alla fattispecie soggettiva di capacità a delinquere (11) ex art. 133 C. Pen.

L'asserto che sottolinea il diaframma tra elemento oggettivo e colpevolezza nell'art. 2043, con specifico riferimento al danno — asserto tanto più significativo in quanto esiste l'anzidetta coincidenza parziale tra perfezione della fattispecie e determinazione del contenuto dell'obbligazione di risarcimento — pur essendo valido deve essere specificato, rilevando che il diaframma tende a neutralizzarsi o ad attenuarsi laddove vi è una netta omogeneità tra l'evento che compone il fatto (doloso o colposo) e il danno consequenziale (12).

La non coincidenza tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo nell'art. 2043, la quale si riproduce egualmente (13) nelle fattispecie autonome (14) di illeciti civili ricavabili dall'art. 185 C. Pen., viene giustificata con il rilievo (15) per cui la coincidenza sarebbe alquanto pericolosa, sia per il grande e del tutto ingiustificato allargamento dell'area della non risarcibilità dei pregiudizi economici cagionati cui condurrebbe, sia, ed altresì, per il facilissimo appiglio che offrirebbe all'autore del fatto per sfuggire alla propria «responsabilità»; rilievi esatti che trovano la loro convalida sul piano costituzionale nell'assenza di una normativa che affermi il carattere «personale» della responsabilità civile.

È ancora: la funzione esclusivamente soddisfattoria del risarcimento del danno e l'assenza in tema di responsabilità civile di un tessuto normativo costituzionale corrispondente a quello concernente la materia penale precludono la possibilità di configurare la stessa «possibilità di conoscere» quale limite della norma di cui all'art. 2043 C. Civ. (16).

Questo è il senso dell'affermazione costantemente ripetuta nelle trattazioni aventi per oggetto l'illecito civile: «la regola (*ignorantia legis non excusat*), espressamente dettata nel Codice Penale (art. 5 C. Pen.), vale a maggior ragione (cioè anche a livello di mera «impossibilità») nel diritto civile» (17). Ne consegue che il proscioglimento in sede penale per la sussistenza di una ragione obiettiva di «inconsoscibilità» («il fatto non costituisce reato») non preclude la sussistenza di una residua illiceità civile (18).

(1) C. F. Grosso, *op. cit.*, pag. 91.

(2) Sul tema dell'inserimento dei reati aggravati dall'evento nello schema della preterintenzionalità cfr. per tutti e con ampi richiami bibliografici C. F. Grosso, *Struttura e sistematica dei cosiddetti «delitti aggravati dall'evento»* (Riv. D. Dir. e Proc. Pen., 1963, 443 e segg.).

(3) Cfr. il 18 della *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (4 Juli 1969), il quale dispone: «Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt».

(4) Nel progetto di riforma del Codice Penale italiano più volte citato nessuna innovazione è prevista per la categoria della «preterintenzione» e dei «reati aggravati dall'evento»: rimane salva l'utilizzabilità del fattore della «prevedibilità» rispetto all'evento più grave con i margini di equivocità già segnalati. È mancata la volontà di affrontare *funditus* il tema della riforma di tali reati per i quali, a prescindere dall'omicidio preterintenzionale che pone problemi a se stanti, occorrerebbe distinguere a seconda che l'esigere la colpa per l'evento più grave possa determinare la configurabilità o meno di un reato diverso. Nel primo caso sarebbe opportuno verificare se l'esigenza di una più rigorosa repressione, espressa dalla configurazione del reato aggravato dall'evento (oggettivamente imputato) non possa essere per avventura soddisfatta tramite un arretramento della linea di punibilità conforme, però, a tutti i principi costituzionali.

(5) Questa volta in forma effettiva e non potenziale come per la possibilità di conoscere la legge penale. Per un'acuta revisione del concetto di illiceità speciale si veda, PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale* (Riv. D. Dir. e Proc. Pen., 1967, 65 e segg.).

(6) Così, C. F. Grosso, *Sulla rilevanza cit.*, pag. 90.

(7) Se il danno fungesse esclusivamente da criterio di quantificazione della sanzione (risarcimento) nell'illecito civile, la

differenza sarebbe meno significativa; ma permanerebbe, comunque, posto che quanto meno gli elementi che ex art. 133 C. Pen. concorrono a determinare la misura della pena, aggravandola, devono essere rimproverabili all'agente, ossia colpevoli.

(8) C. F. Grosso, *Sulla rilevanza cit.*, pag. 90, nota 47.

(9) Cfr. C. F. Grosso, *op. cit.*

(10) Sul punto rinviamo a BRICOLA, *La discrezionalità cit.*, pag. 73 e segg.

(11) È il caso soprattutto degli elementi previsti nella 2ª parte dell'art. 133 C. Pen.

(12) A quest'ordine di idee si riconduce, ad es., il rapporto tra l'evento lesione e il danno; più netto è il distacco, viceversa, nel rapporto tra evento-offesa della reputazione e danni conseguenti.

(13) Naturalmente l'elemento «reato» nella fattispecie di illecito civile ex art. 185 C. Pen., a differenza degli altri illeciti civili extracostituzionali che, in deroga all'art. 2043 C. Civ. possono essere anche incolpevoli, deve sempre essere (o, per lo meno, dovrebbe essere, se i principi costituzionali avessero piena attuazione), colpevole. Agli effetti della fattispecie ex articolo 185 C. Pen., tuttavia dolo e colpa (propri del reato-elemento della fattispecie) tornano ad essere fungibili nella loro incidenza sulla misura del risarcimento del danno.

(14) Sulla possibilità di configurare l'art. 185 C. Pen. come creativo di una serie di illeciti civili autonomi rispetto a quelli di cui all'art. 2043 C. Civ., cfr. M. GALLO, *Mancanza di querela nel risarcimento dei danni morali* (Glu. It., 1948, I, 503 e segg.) e gli altri Autori, anche contrari, citati da C. F. Grosso *op. cit.*, pag. 79, nota 30.

(15) Così C. F. Grosso, *op. cit.*, pag. 98.

(16) Cfr. quanto s'è già detto in precedenza.

(17) Così TRIMARCTI, voce *Illecito cit.*, pag. 111.

(18) Pur non trattandosi di un danno da reato ex art. 185 C. Pen. Si potrebbe obiettare che l'irrelevanza dell'impossibilità

Infine: il carattere « non personale », dell'illecito civile agevole o, quanto meno, non ostacola, ricostruzioni dogmatiche della colpa in chiave prevalentemente oggettiva (1); è indubbio, per contro, che tendenze analoghe non trovano alcuna ragione d'essere in sede penale (2).

Quanto all'illecito amministrativo (3), consistente nella violazione di doveri sia generali che particolari (4), la natura non soddisfacente della relativa sanzione condiziona in linea tendenziale una qualificazione in termini di torto colpevole del medesimo. Trattasi, però, com'è naturale, di un dato tendenziale, espressione di un affinamento della coscienza giuridica e non di una risultante di un vincolo costituzionale: l'art. 27, 1° e 3° comma, Cost., sono, infatti, inequivocabilmente (5) riferibili esclusivamente alla responsabilità penale.

Nè la depenalizzazione di un reato in illecito amministrativo (6) può imporre, a livello costituzionale, la natura « colpevole » di quest'ultimo: sempre che, beninteso non si tratti, come a suo tempo s'è detto, di una depenalizzazione apparente ovvero di una « truffa delle etichette » (7).

Per le ragioni già esposte la « possibilità di conoscere » non potrebbe potersi ricavare dalla Costituzione come limite della norma che configura un illecito amministrativo (8).

d) L'attenzione si sposta ora su alcune accezioni della locuzione « illecito personale », attribuita dalla dottrina tedesca al reato; accezioni talora recepite dalla dottrina italiana e agganciate al precetto costituzionale di cui all'art. 27, 1° comma. Un'avvertenza si rende necessaria in linea preliminare: la critica di tali accezioni sarà condotta utilizzando il principio del carattere *necessariamente lesivo* del reato, per il momento assunto in chiave di ipotesi, ma il cui contenuto e i cui contorni saranno più ampiamente delineati nel paragrafo successivo.

Come si è rilevato (9), « la dottrina dell'illecito personale fa parte di quelle correnti spirituali della dogmatica penalistica (tedesca) nelle quali si è attuato il passaggio dall'oggettivo al soggettivo nella determina-

zione del contenuto materiale dell'illecito ». La polemica welzeliana sull'azione, intesa a considerarne lo svolgimento non più come una mera relazione causale, bensì come un nesso teleologico statuente « significativo » (*teleologischer Sinnsetzungszusammenhang*), nonché a ravvisarne l'essenza nella prospettiva individuale del soggetto agente e delle sue intenzioni personali, anziché in quella sociale (10), si trasforma presto (11) in una polemica sull'essenza dell'illecito penale nella sua globalità. Ossia: la polemica welzeliana da un lato cerca di suffragare l'istanza ontologica « soggettiva » su cui si impenna facendo leva sulla « scoperta » degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità (12) e della fattispecie, sulla struttura « soggettiva » del tentativo (13), sulla fisionomia di talune figure criminose (14), nonché su altri elementi sistematici (15), dall'altro, perviene al risultato sistematico finale (16) di patrocinare una concezione « materiale » dell'illecito penale visto come « illecito personale dell'azione riferito all'agente », nel quale il « disvalore personale dell'azione » è il disvalore generale di tutti gli illeciti penali, mentre il « disvalore dell'evento », l'offesa oggettiva ai beni giuridici, adempie a una funzione solo « secondaria » e « limitativa »: come *meta quantitate negligible*.

Lo spostamento del centro di gravità dell'illecito penale dal bene giuridico al « disvalore personale dell'azione » emerge da tutta una serie di affermazioni paradigmatiche.

Si nota (17) che « ... i termini dell'incriminazione non si concretano semplicemente nel divieto della lesione di un bene giuridico, ma essenzialmente nel divieto di un certo tipo di comportamento, lesivo del bene », ovvero che, a differenza di quanto accade nel diritto civile, « nel diritto penale ... la protezione dei beni giuridici e la responsabilità per la loro lesione sono concepibili unicamente come reazione dell'ordinamento ad una specie particolare di condotta lesiva del bene » (18). Facendo leva, inoltre, sulla specifica rilevanza che talora la direzione soggettiva della volontà assume per la determinazione del tipo di illecito, se ne conclude che « l'illecito penale è ... condizionato nel tipo e nella misura della sua rilevanza dal modo in cui

obiettiva di conoscere nel settore civile, soprattutto quando dovuta a situazione di disuguaglianza, non contribuisce, certamente, all'attuazione dell'art. 3, capov., Costituzione. Il rilievo è esatto, senonché a differenza della responsabilità penale, quella civile può essere coperta da forme assicurative o di socializzazione del rischio in linea con gli obiettivi costituzionali anzidetti.

(1) Sul punto v'è una bibliografia assai vasta: richiama l'attenzione sul problema, in una prospettiva di raffronto tra diritto civile e diritto penale, PETTOLELLI MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui* cit., pag. 60.

(2) Piuttosto, come rileva M. GALLO, voce *Colpa penale* (Diritto vigente) (*Enciclopedia del diritto*, vol. VII, 1960, pagina 639), in sede penale, « il punto di incontro tra le due distinte esigenze, quella di non soggettivizzare la colpa fino a renderla inattuabile, e quella di mantenere alla qualificazione di negligenza, imprudenza, ecc., quel minimo di aderenza alla situazione concreta, che permetta di considerarla criterio di imputazione soggettiva, si raggiunge abbinando il punto di vista della considerazione dell'agente con la necessità di astrarre da taluna delle note che ne hanno caratterizzato l'operare ». Il problema è poi quello di individuare tali note.

(3) L'aspetto non è frequentemente trattato dalla dottrina amministrativistica: v'è piuttosto la tendenza a ricondurre l'esame sotto il profilo della teoria generale dell'illecito, non tenendo conto, però, delle diverse prese di posizione assunte dal Costituente.

(4) Cfr. in proposito CANNADA BARTOLI, voce *Illecito* (Diritto amministrativo) (*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, pagina 112 e segg.).

(5) Per l'art. 25, 2° comma, cfr. viceversa le opinioni precedentemente analizzate.

(6) Cfr. quanto s'è detto sulla depenalizzazione e sui limiti costituzionali di essa al n. 2 c).

(7) Consistente, cioè, nell'adozione di sanzioni formalmente

amministrative, ma sostanzialmente restrittive della libertà personale.

(8) Più stridente di quanto non sia per la responsabilità civile appare l'eventuale contrasto di tale assunto con l'art. 3, capov., Cost., specie in certi casi in cui l'impossibilità obiettiva di conoscere dipenda da situazioni di dislivello socio-economico. Senonché peraltro l'art. 3, capov., da solo è difficilmente operativo: nel settore penale viceversa, la tesi favorevole al riconoscimento dell'operatività del requisito della « possibilità obiettiva » si appoggia sul combinato disposto dell'art. 3, capov., con l'art. 27, 1° e 3° comma, Cost.

(9) WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, pag. 74.

(10) Della configurazione personale dell'illecito penale ottenuta muovendo da una ricostruzione in chiave « sociale » dell'azione si dirà tra breve.

(11) Chiarisce tale trasformazione WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale* cit., pag. 76-77.

(12) Così, WÜRTEMBERGER, *op. cit.*, pag. 79.

(13) Per questo come per altri aspetti rinviamo a SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1965, pag. 191 e segg.

(14) Sul punto WÜRTEMBERGER, *op. cit.*, pag. 80.

(15) Un esame accurato di tutti questi aspetti è compiuto da SANTAMARIA, *Prospettive* cit., passim.

(16) Queste connotazioni dell'illecito penale sono più esplicitamente formulate da WELZEL sia nello studio *Das Gefährdungsmoment im Strafrecht in Festschr. f. J. v. Gierke*, 1950, pagina 297 e segg., sia in *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, pag. 20 e segg.

(17) Così, per tutti, FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, pag. 99. Sul vari significati e sulle diverse sfumature del concetto di « illecito personale », si veda, con ampi richiami bibliografici, LAMPR, *Das personale Unrecht*, Berlin-München, 1967.

(18) FIORE, *L'azione socialmente adeguata* cit., pag. 101.

si realizza l'aggressione degli interessi tutelati e dal contenuto psicologico dell'azione» (1).

E conseguentemente: «l'ordinamento delle incriminazioni ... non è semplicemente un catalogo di beni protetti con la minaccia della pena, ma contiene essenzialmente la descrizione di azioni che nella loro struttura obiettiva e psicologica esprimono uno specifico disvalore di atto che si realizza nell'aggressione dei beni della comunità. Oggetto della tutela non è il bene in sé considerato, ma in primo luogo il valore implicito nel rispetto del bene» (2).

Questa concezione del reato come «*personales Unrecht*», da un lato, trova il suo aggancio in un sistema che anche normativamente non respinge una concezione «soggettivistica» (3) del tentativo nonché di talune forme di reato consumato (4), dall'altro trova la sua atmosfera culturale nella tendenza attualmente spiccata in Germania (5), ad una «eticizzazione del diritto penale».

Che, infatti, la tesi dell'illecito personale assuma per i suoi sostenitori il contenuto di una «professione di fede filosofico-giuridica», è confermato dallo stesso WELZEL il quale — com'è stato posto in luce (6) — intraprende il tentativo di legittimare il rango dogmatico della dottrina dell'illecito personale facendo appello ai fondamenti etici del diritto penale, e configurando la contrapposizione penalistica di «disvalore dell'evento» e «disvalore dell'atto» come una riproduzione dell'antitesi filosofica fra «etica del risultato» ed «etica dell'intenzione». Questa «tendenza all'eticizzazione del diritto», che permea di sé la stessa Costituzione tedesca (7), viene adeguatamente giustificata in chiave di reazione alle «terribili esperienze dell'arbitrio incontrollato e dell'esercizio terroristico del potere» (8).

La concezione del reato come «*personales Unrecht*», nella misura in cui riduce l'offesa al bene giuridico al rango di mera *quantité négligeable* (9), non si pone in esplicita antitesi con la Costituzione tedesca la quale, a differenza di quella italiana, non prende posizione sul teleologismo delle pene e delle misure di sicurezza e, quindi, non cristallizza, sulla base di quanto si dirà in seguito, la natura necessariamente offensiva dell'illecito penale.

La locuzione «esplicita antitesi» lascia impregiudicata la possibilità, sottolineata da taluno (10), di una antitesi con lo spirito della Costituzione di Bonn: alla stregua di tale impostazione, infatti, punire non tanto la commissione di un fatto concretamente lesivo quanto piuttosto «una specifica intenzione contraria al valore di atto tutelato» significherebbe «strumentalizzare il soggetto per scopi (di politica criminale) estranei alla sua persona» (11).

È ben viva nei sostenitori del concetto di «*personales Unrecht*» la preoccupazione che la svalutazione del momento della lesione possa condurre o far coincidere la valutazione giuridica, e penale in specie, con quella morale. Donde la frequente (12) riaffermazione dello spartiacque fra le due valutazioni: quella penale dirigendosi soltanto contro azioni che hanno concretamente realizzato il valore dell'atto incriminato e non anche contro una mera tendenza immorale della volontà, ovvero «contro» la specifica intenzione contraria al valore di atto tutelato (13). Senonché, malgrado queste riaffermazioni, altro è il postulare per la punizione un fatto e non un atto (14) concretamente idoneo a ledere o porre in pericolo il bene o l'interesse protetto, altro è accontentarsi di una specifica intenzione contraria al valore di atto tutelato: formula, quest'ultima, di per sé (15) non idonea ad impedire l'estensione della sfera di punibilità dei casi di reato impossibile, ovvero interpretazioni marcatamente «soggettivistiche» dei cosiddetti reati a pericolo presunto (16).

Non volendo in questa sede intraprendere una critica approfondita del concetto di «*personales Unrecht*» e delle relazioni intercorrenti tra esso e la concezione finalistica dell'azione — approfondimento che deve avere la sua sede naturale, secondo le premesse metodologiche fissate in apertura, nell'analisi del reato e delle sue componenti (17), anziché nella teoria generale del reato, intesa come sintesi dei suoi caratteri essenziali — ci limitiamo a rilevare che la svalutazione del momento dell'offesa che esso comporta dipende in gran parte da un'aprioristica concezione naturalistica e categoriale del bene giuridico. Ci spieghiamo meglio.

I fautori del concetto di «*personales Unrecht*» arricchiscono con specifiche notazioni di valore la condotta, oggetto di incriminazione, delle quali notazioni ritengono spoglio il bene giuridico. Ossia, ad es.: premesso aprioristicamente che le norme incriminatrici in tema di omicidio tutelano la vita come fatto biofisico (bene giuridico), si rivaluta il significato «personale» della condotta di omicidio come espressione dell'intenzione contraria al valore dell'atto (rispetto della persona altrui). E ancora: posto che le norme che prevedono, ad es., i delitti contro il patrimonio tutelano sempre lo stesso bene (patrimonio), è necessario far leva sul significato personalistico delle singole condotte integranti le varie fattispecie (18). Infine: il contenuto psicologico dell'azione ne condiziona il valore, senza, peraltro, riflettersi sul bene giuridico.

Sono affermazioni che muovono da premesse agevolmente ribaltabili. Anzitutto, raramente avviene che il bene sia assunto ad oggetto di tutela penale nel suo aspetto naturalistico e materialistico; più spesso esso viene rilevato nella proiezione di significati che lo

(1) FIORE, *op. cit.*, pag. 102.

(2) FIORE, *op. cit.*, pag. 111: «L'incriminazione dell'omicidio, ad es., non adempie semplicemente alla funzione di tutelare la vita, ma a quella di rafforzare il valore di atto costituito dal rispetto della persona umana».

(3) Sul punto, anche con riferimento alla riforma del Codice Penale della Germania occidentale, RUDOLPH, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes*, cit., pag. 72. Accetta una concezione «oggettiva» del tentativo il progetto di riforma del Codice Penale austriaco, a proposito del quale si veda, fra gli altri, PLATZGUMBER, in *Juristische Blätter*, 1971, pag. 246.

(4) È il caso, soprattutto, dei reati a pericolo presunto, sui quali cfr. RUDOLPH, *op. cit.*, pag. 72, con rilievi anche d'ordine costituzionale.

(5) Così WÜRTENBERGER, *op. cit.*, pag. 94.

(6) WÜRTENBERGER, *op. cit.*, pag. 92.

(7) Si confronti come esempio paradigmatico l'art. 2 della Costituzione di Bonn il quale sancisce che «ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale» (il corsivo è nostro; la traduzione è ricavata da *Costituzioni straniere contemporanee*, a cura di BISCARETTI DI RUFFA, Milano, 1970, pag. 165).

(8) WÜRTENBERGER, *op. cit.*, pag. 94.

(9) Sottolinea questa degradazione del ruolo dell'offesa da parte della dottrina «dell'illecito personale», MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 63.

(10) RUDOLPH, *op. cit.*, pag. 72.

(11) Sono parole di RUDOLPH, *op. cit.* e *loc. cit.*

(12) Così FIORE, *op. cit.*, pag. 107.

(13) E i valori tutelati dal diritto penale vengono definiti «valori di atto di un'intenzione giuridica»: così FIORE, *op. cit.*, pag. 107, con specifico riferimento a WELZEL.

(14) Parla di «fatto», l'art. 25, 2° comma, Cost.

(15) Ossia presa di per sé.

(16) Così RUDOLPH, *op. cit.*, pag. 72.

(17) Cfr. quanto s'è detto in proposito nel n. 2.

(18) Rileva, per contro, la necessità di far ricorso al «mezzo» nei delitti contro il patrimonio, PEDRAZZI, *Ingianno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1954.

connotano nel contesto sociale organizzato (1). Inoltre è ormai acquisito in dottrina l'assunto per cui il contenuto dell'offesa va ricercato con riguardo ad ogni singola norma incriminatrice (2), scartando la semplicistica soluzione del bene « di categoria » (3). Resta piuttosto da chiarire con precisione se tutti gli elementi di una fattispecie penale, anche d'ordine oggettivo, concorrano all'individuazione del bene giuridico, ovvero se tale ruolo compete in ogni fattispecie ad un nucleo particolarmente significativo di elementi (4). In ogni caso — e l'aggancio polemico con la terza delle affermazioni sopra enunciate è evidente — è da ritenere che certi contenuti psicologici dell'azione, in specie talune forme di dolo specifico che si concretano al fine di realizzare un certo tipo di lesione progressiva (5) o diversa rispetto a quella sottostante la condotta incriminata, incidano sulla qualificazione del bene o interesse penalmente tutelato.

Vero è, peraltro, che non sempre l'atteggiamento psicologico è in stretta correlazione con il bene tutelato. Riteniamo, infatti, che in linea di massima la forma dolosa o colposa di uno stesso tipo di reato non sposti il valore tutelato, ma soltanto il significato e il valore dell'azione lesiva; confermando, ma soltanto sotto questo limitato profilo, la scissione implicita nella concezione del « *personales Unrecht* » tra il piano dell'offesa e il « valore » dell'azione.

A conclusione di queste brevi notazioni critiche, che saranno ulteriormente sviluppate nel numero 9, può rilevarsi quanto segue: il concetto di « *personales Unrecht* », assunto nell'accezione chiarita, nella misura in cui sposta l'asse del reato dall'offesa del bene o interesse (mera « *quantité négligeable* ») al significato o valore dell'azione, non può essere accolto una volta che si potenzi e specifichi il ruolo dell'oggetto della tutela nel senso accennato. D'altro canto trattasi di una visione dell'illecito penale non consona ad un sistema costituzionale qual è il nostro, che affronta una nuova gerarchia di valori come necessario punto di riferimento della stessa tutela penale (6). Inoltre: il concetto di « *personales Unrecht* », nei limiti in cui è espressione di una eticizzazione del diritto penale e favorisce inevitabilmente uno slittamento verso posizioni di puro *Gesamungstrafrecht*, è in antitesi con il tessuto normativo della nostra Carta Costituzionale, dal quale è ricavabile l'equazione reato-fatto necessariamente offensivo. Peraltro, rimane salva l'idea sottostante al concetto di una preminenza del significato « personalistico » della condotta in quei limitati casi in cui la diversa tipologia soggettiva (o di atteggiamento psicologico) di una figura criminosa (7) non si

ripercuote in una diversa configurazione del valore tutelato. Di reato come illecito personale si può continuare a parlare sia per connotare quest'ultimo aspetto, sia per sottolineare l'esigenza già espressa (8), in chiave di adempimento dell'impegno costituzionale di tassatività, di una specificazione nell'illecito penale, a differenza dell'illecito civile, delle modalità di produzione dell'evento e delle caratteristiche dell'azione.

Un'ultima precisazione: è significativo il fatto che nella dottrina tedesca si parli di « *personales Unrecht* » e non di « *personales Straftat* ». La concezione ha cioè, non lo si dimentichi, lo scopo di potenziare il ruolo dell'azione nel disvalore complessivo dell'illecito penale: trascurando in tal guisa l'esigenza di « personalizzare » tutti i fattori che incidono sullo *Straftat*. Di qui, ad es., una minore sensibilità della dottrina tedesca (9) per l'anomalia delle condizioni obiettive di personalità, le quali, incidendo soltanto sul fatto punibile (*Straftat*), sono però al di fuori del nucleo personalistico dell'illecito penale (o « *personales Unrecht* »). Il potenziamento del ruolo dell'azione lascia, in altri termini, in ombra la necessità di una personalizzazione di tutti i fattori incidenti sulla responsabilità penale (10).

e) Parlano di illecito personale, ma in una accezione del tutto particolare, anche i fautori del concetto sociale dell'azione (11), per i quali il reato e la sua esistenza dipendono « bensì dallo specifico rapporto « fatto-autore »; però il fatto dell'autore viene considerato esclusivamente nella sua realtà e direzione sociale, esterna, mentre la sua realtà individuale, interna (la « coscienza e volontà ») viene in questione unicamente per il momento della colpevolezza » (12). Teoria dell'illecito personale e concezione dell'azione seguono ancora una volta un binario di stretta colleganza: al centro di questa teoria dell'illecito personale sta, pertanto, una concezione dell'azione che respinge parimenti sia l'ideologia che ha ispirato il finalismo, sia l'ideologia sottesa alla visione « naturalistica » dell'azione (13). L'azione deve intendersi in senso social-obiettivo ossia « secondo le concezioni, le esperienze e le consuetudini della vita sociale ». Il reato in questa prospettiva è contrassegnato, oltre che dal disvalore dell'evento, da un disvalore specifico della condotta determinato non in chiave psicologica ma social-obiettiva. È evidente che in tal modo la qualificazione « personale » del reato può continuare ad essere utilizzata a condizione che la si spogli della sua più genuina componente « soggettivistica »: chè anzi è indubbio l'atteggiamento di reazione dei fautori della concezione sociale dell'azione, tramite l'aggancio a parametri social-obiettivi, ai pericoli del cosiddetto

(1) Per questa proiezione « sociale » del significato dei vari beni tutelati (compreso il bene della vita) e per la variabilità del medesimo (« Ebenso wie die Gesellschaft als Ganzes sich im Laufe der Zeit verändert und fortentwickelt, so ändern sich auch die für ihre Existenz erforderlichen Funktionseinheiten. Manche ändern ihre Funktion, andere erweisen sich als Überflüssig, wiederum andere kommen neu hinzu »), cfr. RUDOLPH, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs* (Festschrift für R. H. Honig, Göttingen, 1970, pag. 164).

(2) E deve essere dedotto dall'intera struttura della fattispecie come rileva M. GALLO, voce *Dolo*, cit., pag. 783.

(3) Sul punto anche NERI MODONA, *Il reato impossibile* cit., pag. 79.

(4) Tale nucleo non sarebbe sempre agevolmente individuabile.

(5) Per altre finalità che non sono espressione di un modo di anticipare la lesione dell'interesse protetto o di un'ulteriore progressione lesiva dell'interesse tutelato ma che soltanto si presentano come intenzioni tipizzate che non vanno al di là del fatto previsto come tipico e si fermano alla sua realizzazione, colorando, però, questa come disvalore di un determinato significato, cfr. MOLARE, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, pag. 89-90.

(6) Cfr. quanto s'è detto in precedenza.

(7) Solo in senso tecnico, ovviamente, e cioè in rapporto alla medesima oggettività giuridica, parliamo di una identica figura criminosa in rapporto alla forma dolosa o colposa di un reato.

(8) Cfr. quanto s'è detto nei numeri 6 e 7.

(9) Per la distinzione tra *Strafbarkeit* fondata sull'illecito personale e sul disvalore dell'azione e condizioni obiettive di punibilità espressione di *Strafbedürfnis* cfr. un accurato panorama bibliografico in H. H. Jeschuck, *Lehrbuch des Strafrechts* cit., pag. 418 e segg.

(10) In questa prospettiva si muove, ad es., RAMACCI, *Le condizioni obiettive di punibilità* cit., *passim*.

(11) Cfr. in particolare MANNING, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, e dello stesso Autore, *Der soziale Handlungsbegriff* (Festschrift für E. Schmidt, 1961, pag. 156 e segg.) nonché l'ampia bibliografia citata da MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 61 e segg.

(12) Così FIORE, *op. cit.*, pag. 119-120.

(13) Per un esame accurato delle critiche che i fautori della concezione « sociale » dell'azione muovono sia alla teoria « naturalistica » che a quella « finalistica » e soprattutto, all'ideologia che ha ispirato il finalismo, cfr. MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 77 e seguenti.

Gesinnungsstrafrecht (1). Stante queste premesse, l'equazione reato-illecito personale ha un senso per i fautori della concezione sociale dell'azione solo entro i limiti in cui essa voglia sottolineare la prevalenza del significato (sociale e non più soggettivo) dell'azione sul disvalore dell'evento («offesa oggettiva ai beni giuridici»), ridotto a mera «*quantité négligeable*». L'equiparazione perde, viceversa, ogni significato qualora si accolga la tesi di coloro (2) i quali ritengono che la prospettiva «sociale» dell'azione abbia come risultato sistematico finale la riaffermazione circa l'esattezza della tradizionale visione oggettivistica dell'illecito penale, nel cui seno il «disvalore dell'evento», cioè «l'offesa oggettiva ai beni giuridici», gioca un ruolo, se non esclusivo, per lo meno altrettanto rilevante quanto il «disvalore dell'azione» (3). La tesi non ci pare convincente, in quanto per i fautori dell'azione in senso sociale l'offesa del bene tutelato, inteso quest'ultimo implicitamente nel senso categoriale, statico e naturalistico dianzi chiarito (4), si colloca in una zona d'ombra di contro ad un potenziamento del significato «sociale» dell'azione. In questa prospettiva non suscita nessuna meraviglia il fatto che la teoria «sociale» abbia dato al concetto di adeguatezza, da tempo alla ricerca di una giusta collocazione sistematica ma non infrequentemente ritenuta rilevante in sede di giudizio di lesività del fatto (5), un'ulteriore e inedita collocazione «anticipandola» nel concetto di azione.

Lo scopo perseguito dai fautori della teoria «sociale», di conferire, tramite «l'anticipazione» dell'adeguatezza, al concetto di azione la tanto ricercata «ricchezza di contenuto» (6), avrebbe potuto essere agevolmente conseguito agganciando il disvalore dell'azione a parametri sociali diversi o non necessariamente collimanti con quelli normativi: e la cortina fumogena calata sul profilo garantistico della necessaria lesività degli interessi tutelati avrebbe certamente potuto agevolare l'operazione (7). Il pericolo di fare dell'adeguatezza il veicolo di fonti extranormative (8) è stato più un pericolo «corso» dalla teoria «sociale», anche se tuttora latente (9), che realmente verificatosi. È stato infatti notato (10) che i fautori della teoria «sociale» hanno sempre, sostanzialmente, finito col riconoscere che «i comportamenti socialmente significativi che interessano il mondo del diritto penale sono i comportamenti che si trovano „inserirsi“ nelle fattispecie legali e, quindi, che il comportamento „socialmente rilevante“ è sinonimo, di volta in volta, di comportamento penalmente rilevante, cioè tipico». In definitiva — è stato ancora posto in risalto (11) — l'unico risultato ottenuto tramite l'inserimento dell'adeguatezza nel concetto di azione, è stato l'anticipazione nel medesimo dei giudizi relativi all'osservanza della diligenza og-

gettiva, al rischio permesso, ossia l'anticipazione dei connotati della «colpa oggettiva» (12). Per cui, mentre «la teoria finalistica» tenta di riempire il concetto generale di azione anticipando nel suo seno il *dolo*, la teoria «sociale» si sforza di conseguire lo stesso risultato anticipando appunto la colpa: ossia un momento «personalistico» nella misura in cui la colpa oggettiva (13) esaurisca il contenuto della colpa.

È tempo di serrare le fila del discorso, scopo del quale era non tanto un esame approfondito della teoria «sociale», quanto piuttosto una ricerca dei limiti di operatività e del significato dell'equazione reato-illecito personale nell'ambito di detta teoria. Dell'importanza e del ruolo che l'aggancio al «profilo sociale», può svolgere in una concezione del reato come illecito necessariamente lesivo del bene o interesse protetto, si dirà nel successivo paragrafo (14).

f) In sede di esame delle diverse caratterizzazioni in senso «personale» dell'illecito penale non si può trascurare una recente autorevole presa di posizione del BETTIOL (15) a favore del cosiddetto *Gesinnungsstrafrecht*, chiave di volta per la comprensione del vigente sistema penale e delle sue premesse costituzionali. Diritto penale della *Gesinnung* (o dell'atteggiamento interiore) è un diritto penale che guarda alla *Gesinnung* (16), ovvero all'atteggiamento interiore di coscienza dell'agente rispetto alla natura di un determinato bene giuridico e alla sua violazione o modalità di violazione (17), alla mentalità, cioè al «consapevole orientamento interiore (*Einstellung*) di un soggetto che emerge e si determina con riferimento a taluni valori della comunità sociale» (18).

Il diritto penale dell'atteggiamento interiore ha, secondo il BETTIOL, «acquisito un diritto di presenza dogmatica nella penalistica scientifica accanto ad un diritto penale dell'evento, ad uno della volontà e ad uno sintomatico del diritto positivista criminologico» (19).

Rispetto a tutti questi indirizzi esso si caratterizza per la sua impostazione non meccanicistica o naturalistica, ma per la sua eticità: «Se il diritto penale dell'atteggiamento interiore deve avere un significato, questo è in funzione di una sempre maggiore accentuazione del carattere etico (20) del diritto penale non solo in relazione alle esigenze etiche oggettive tutelate dalla norma penale, ma in funzione dell'eticità della persona umana che si manifesta negli atteggiamenti di coscienza e nella scelta delle motivazioni dell'azione» (21). Dal «diritto penale dell'evento» (*Erfolgsstrafrecht*) il diritto penale dell'atteggiamento interiore si differenzia in modo netto. Infatti quest'ultimo indirizzo pur non trascurando la rilevanza del bene giuridico nonché dei momenti oggettivi della fattispecie,

(1) È un atteggiamento implicito nell'adozione di un parametro obiettivo, anche se non determinabile rigorosamente, quale la «socialità» dell'azione.

(2) Un accenno alla tesi trovasi in MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 64.

(3) Così WÜRTEMBERGER, *op. cit.*, pag. 80.

(4) Cfr. *supra*: l'espressione «statico» contrassegna la non evolvibilità del valore sociale del bene tutelato.

(5) Su queste diverse collocazioni cfr. FROBE, *op. cit.*, *passim*.

(6) Confuta la realizzazione di detto obiettivo da parte della teoria «sociale» dell'azione, MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 81 e seguenti.

(7) Ammetta la validità della tesi richiamata alla nota 2.

(8) Su questo pericolo richiama l'attenzione NUVOLONE, *I limiti taciti cit.*, pag. 24 (Premessa alla ristampa), nonché sui problemi che l'adeguatezza sociale presenta sotto il profilo della conoscibilità e della certezza.

(9) Sul punto torneremo in seguito.

(10) MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 79.

(11) MARINUCCI, *op. cit.*, pag. 82.

(12) Da ultimo, sui temi del «rischio consentito» e della

«adeguatezza sociale», ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, 1969.

(13) Sull'impossibilità di mantenere, però, la colpa ad un livello meramente oggettivo, cfr. M. GALLO, voce *Colpa*, *op. cit.*, pag. 639.

(14) È ciò al fine di una più «realistica» valutazione del bene o interesse tutelato.

(15) *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, *cit.*, pag. 3 e seguenti.

(16) Nella dottrina tedesca fra i lavori specificamente dedicati alla *Gesinnung*, segnaliamo: HARDWIG, *Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht* (ZStW, 68, 1956, 14 e segg.); HERRAN, *Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte*, 1966; SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958; WELZEL, *Das Gesinnungsmoment, im Recht* (Festschrift für J. v. GIERKE, 1950, pag. 290 e segg.).

(17) BETTIOL, *op. cit.*, pag. 6.

(18) BETTIOL, *op. cit.*, pag. 11.

(19) BETTIOL, *op. cit.*, pag. 7.

(20) È questo un aspetto che ha sempre avuto un ruolo centrale nell'opera di BETTIOL.

(21) BETTIOL, *op. cit.*, pag. 8.

nella misura di cui si dirà tra breve, pone indiscutibilmente l'accento prevalente sulla condotta quale espressione della personalità morale dell'agente (1). Altrettanto netta è la distinzione fra diritto penale dell'atteggiamento interiore e diritto penale della volontà (o *Willensstrafrecht*): altro è, infatti, l'atto di volontà (che è un dato puramente psicologico), altro è la «*Gesinnung*» o atteggiamento verso l'atto stesso nella quale si riflette il momento di natura etica che caratterizza la scelta del perché dell'azione volontaria» (2).

Accentuata è anche, secondo il BETTIOL, la differenza di connotazione politica tra le due impostazioni. Basti pensare — nota l'Autore (3) — «come era diventato il *Willensstrafrecht* nelle mani della politica totalitaria (4): si trattava dell'accentuazione di momenti puramente psicologici e quindi naturalistici per dei fini di repressione o di prevenzione (il problema sul piano storico è ancora aperto) politica vera e propria».

Con il diritto penale dell'atteggiamento interiore, per contro, siamo, secondo l'illustre Autore, «al di fuori del raggio d'azione di una concezione organico-autoritaria dello Stato e anche al di fuori di una visione formale del liberalismo conservatore (cui si addice maggiormente un diritto penale dell'evento) (5). Siamo più vicini ad una concezione democratica — personalistica —, che oggi informa di sé le nuove legislazioni». La relatività di tali accostamenti fra indirizzi penalistici e strutture politiche è, sia detto per inciso, assai evidente: così, ad es., non è certamente il richiamo alla «personalità morale» dell'agente, come pure l'aggancio a parametri etici, di per sé così labili e maleabili (6), il rimedio idoneo ad impedire una strumentalizzazione totalitaria del diritto penale dell'atteggiamento interiore, analoga a quella verificatasi per il *Willensstrafrecht*. Solo il richiamo costante alla necessaria lesività dell'illecito penale, collegato ad una adeguata selezione in chiave costituzionale dei valori tutelati può costituire un argine contro tale strumentalizzazione: ma di ciò si dirà in seguito.

Secondo il BETTIOL, inoltre, il diritto penale dell'atteggiamento interiore non potrebbe mai confondersi con il cosiddetto *Gefühlsstrafrecht*, legato alla triste esperienza della Germania nazista. Quest'ultimo, infatti, muove da premesse irrazionalistiche quali il «sano sentimento del popolo» e si colloca su basi incompatibili con il principio di stretta legalità, mentre il *Gesinnungsstrafrecht* opera nel regno della razionalità, non ripudia la concettualizzazione (7) ed è legato,

come avviene nel nostro diritto positivo, a premesse di stretta legalità (8). Pur potendosi contestare tale premessa alla luce di recenti indagini (9), le quali hanno dimostrato come nell'esperienza tedesca stretti legami esistano fra la scoperta degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità e della *Gesinnung* e la teoria del *Tätertyp*, va rilevato che un diritto penale è totalitario quand'anche colpisca meri atteggiamenti d'ordine interiore estrinsecantisi in fatti che, pur essendo tassativamente previsti, possono anche non essere in concreto lesivi dei valori tutelati.

In altri termini, il cosiddetto *Gesinnungsstrafrecht*, pur essendo per le sue premesse l'apprendista stregone, quando non ne è l'anticipatore volontario (10), del diritto penale «totalitario», è già di per sé autoritario, in quanto rinnega il principio della necessaria lesività dell'illecito penale.

Dal diritto penale «sintomatico» del positivismo criminologico il *Gesinnungsstrafrecht* si differenzia, non potendosi qualificare come «un sottoprodotto di una visione naturalistica dell'uomo delinquente la cui natura verrebbe alla luce attraverso l'azione anche indipendentemente dall'evento» (11). Per il diritto penale dell'atteggiamento interiore che affonda le sue radici nell'impostazione filosofica esistenzialistica (12), il problema centrale non è quello di stabilire la pericolosità o di misurare la stessa, bensì di stabilire la colpevolezza ed il suo grado rispetto ad un fatto illecito perpetrato.

Rispetto al finalismo wetzelianiano, il diritto penale dell'atteggiamento interiore si caratterizzerebbe per una più intensa eticizzazione, ossia per un maggiore rilievo attribuito all'atteggiamento o *Gesinnung* che, oltre all'atto di volizione o finalità, è proprio dell'agente rispetto ai valori della vita.

Questa concezione accentuatamente «personalistica» dell'illecito penale troverebbe secondo il BETTIOL, una conferma nel precetto costituzionale che connota la responsabilità penale come «personale». L'art. 27, 1° comma, interpretato dall'Autore (13), senza porlo in correlazione con gli altri disposti costituzionali, raggiunge in tal guisa il limite massimo della sua potenzialità espansiva. «Ora che cosa vuol dire... — nota il BETTIOL (14) — che la «responsabilità penale ha carattere personale...? Non crediamo che attraverso tale espressione si sia voluto bandire dal diritto penale solo la responsabilità per fatto altrui o la responsabilità oggettiva. Ciò sarebbe stato troppo banale e superficiale» (non troppo aggiungiamo noi, se è vero

(1) E non criminologica: donde la differenza tra diritto penale dell'atteggiamento interiore e diritto penale sintomatico (o della pericolosità).

(2) Così BETTIOL, *op. cit.*, pag. 9, prendendo lo spunto dall'idea della colpevolezza in JERICHO.

(3) *Op. cit.*, pag. 9.

(4) E BETTIOL, come s'è già detto, pur essendo stato sostenitore, durante il periodo fascista, di una concezione («teleologica»), più aperta di quella allora dominante («tecnico-giuridica») agli influssi germanici, non aveva mai accolto la strumentalizzazione del *Willensstrafrecht* ai fini totalitari, difendendo il valore del principio di legalità, il ruolo del bene giuridico, criticando le tesi del *Tätertyp*, ecc.

(5) Tale asserito subisce, però, qualche incrinatura ove si pensi che taluna fattispecie (ad es., di vilipendio), che lo stesso BETTIOL (*op. cit.*, pag. 6) considera espressione di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, nascono già nel Codice Zanardelli, ossia in un codice liberale (vedasi sul punto, FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, pag. 26 e segg.).

(6) Soprattutto poi in un ordinamento eterogeneo quale è il nostro.

(7) BETTIOL, *op. cit.*, pag. 10.

(8) Affermazione che suscita qualche perplessità se si pensa alla scarsa compatibilità con il principio di legalità e di tassatività di certe formule (es., vilipendio) che BETTIOL ritiene espressione di un diritto penale dell'atteggiamento interiore già operante fra le pieghe del nostro Codice Penale.

(9) Così CALVI, *Typo criminologico*, cit., pag. 484 e segg.; l'Autore ammonisce che: «... Non si deve dimenticare che la dottrina del *Tätertyp* rappresenta sotto certi profili l'aspirazione del *Willensstrafrecht*, la meta ultima, anzi del *Gesinnungsstrafrecht*...». E ciò, per se dobbiamo ammettere che tra *Gesinnung* come atteggiamento di lealtà politica verso il regime e *Gesinnung*, nel senso etico di cui parla BETTIOL, la differenza è profonda: varcata però la soglia dell'atteggiamento interiore i margini di difesa dell'individuo si allentano sempre più...

(10) Cfr. in proposito le belle pagine di CALVI, *op. cit.*, pag. 489 e segg.

(11) BETTIOL, *op. cit.*, pag. 9.

(12) Secondo BETTIOL, *op. cit.*, pag. 7, infatti, «La impostazione filosofica esistenzialistica è in sostanza una impostazione di coscienza nel senso che il personalismo attorno al quale essa gravita non può non ritrovare il suo punto di riferimento se non nell'atteggiamento spirituale del soggetto agente rispetto ai problemi della vita e del mondo che lo circonda...».

(13) Anche nella più recente edizione del *Diritto penale* (8ª ediz.), Padova, 1973, pag. 45-46, BETTIOL, interpretando l'art. 27, 1° comma, Cost., in chiave di diritto penale dell'atteggiamento interiore, parla di nozione che «ha in sé una carica esplosiva da mandare in pezzi tutte le vecchie impalcature logico-sistematico-formali».

(14) *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* cit., pagina 8.

che ancor oggi i casi di responsabilità oggettiva esistenti nella legislazione penale continuano a resistere anche in virtù delle « ortopediche » operazioni interpretative della stessa Corte Costituzionale). « La « personalità », della responsabilità penale — continua il BETTIOL — vuol dire ben altro: essa ha orizzonti larghi e profondità non ancora intraviste o sospettate ... ». Ossia: l'art. 27, 1° comma, Cost., legittimerebbe una concezione personalistica dell'illecito penale imperniata sulla *Gesinnung* come fattore costitutivo della colpevolezza ed elemento essenziale per la sua graduazione. Di tale concezione esisterebbero già ampie tracce di conferma nel sistema penale positivo. Sotto il profilo dell'incidenza della *Gesinnung* sul *quantum* di responsabilità, il BETTIOL richiama le varie circostanze aggravanti o attenuanti imperniate sui *motivi* dell'agire (ad es. « motivi abietti e futili » e « motivi di particolare valore morale e sociale »), la disciplina della recidiva, vista come colpevolezza più intensa « rispetto a quella del delinquente primario proprio a causa di questa insistenza a voler disobbedire agli imperativi delle norme » (1), e soprattutto l'art. 133, assunto dall'Autore nella ben nota prospettiva etico-retributiva, che trascura completamente la funzione rieducativa della pena affermata dall'art. 27, 3° comma, Cost. (2). Sotto questo profilo, anzi, il BETTIOL rileva giustamente (3) come il nostro codice del 1931 sia « di gran lunga più ricco di momenti che guardano alle ragioni dell'agire di quanto non sia il codice tedesco anche revisionato » (4): donde la maggiore legittimazione degli sforzi ermeneutici della dottrina tedesca legati al *Gesinnungsstrafrecht* (5).

Quanto all'incidenza della *Gesinnung* sull'an della responsabilità penale, ossia sulla struttura delle fattispecie incriminatrici, l'illustre Autore, mentre da un lato sottolinea l'incompatibilità dell'art. 5 C. Pen., con i postulati di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, senza, però, rilevarne l'incostituzionalità, come sarebbe stato coerente data l'interpretazione accolta dall'art. 27, 1° comma, Cost. (6), dall'altro non

offre molti esempi di fattispecie del codice penale radicate su momenti di *Gesinnung*, ma pone l'accento su alcune azioni quali « vilipendere » ecc. (7) che hanno nel codice natura chiaramente eccezionale. E ciò non deve meravigliare ove si pensi che il Codice Rocco, pur disseminando a piene mani momenti di atteggiamento interiore in sede di graduazione della responsabilità e in una prospettiva teleologica che non era e non può *a fortiori* oggi essere (8) quella voluta dal BETTIOL, in sede di costruzione delle ipotesi criminose ha respinto, per ragioni a suo tempo chiarite (9), le premesse del diritto penale della volontà e non ha ritenuto l'offesa del bene « o disvalore dell'evento » come mera *quantité négligeable*: ché anzi, se si accetta una certa ricostruzione dell'art. 49 C. Pen., avrebbe accolto addirittura il principio della « necessaria lesività » dell'illecito penale. Che poi in taluni casi il Codice Rocco abbia costruito quale oggetto della lesione interessi così formali da ridurre praticamente il ruolo del disvalore dell'evento (10), ovvero abbia in altri esplicitamente derogato all'assunto di base — ed è principalmente il caso dei reati di opinione sui quali si sofferma il BETTIOL — è un dato indiscutibile ma che non scalfisce il rilievo di fondo circa la scarsa permeabilità delle fattispecie da parte di elementi di *Gesinnung*.

Ciò premesso, il discorso dell'Autore va considerato prevalentemente *de jure condendo*: *de jure condito* esso non può non contribuire a frenare un processo interpretativo (11) tendente a riportare in una prospettiva di idoneità lesiva di valori costituzionalmente rilevanti le ipotesi eccezionali di cui s'è detto.

Le osservazioni precedenti ci inducono ad analizzare con maggiore attenzione i rapporti che intercorrono fra strutturazione della fattispecie e diritto penale dell'atteggiamento interiore, secondo il BETTIOL. L'illustre Autore (12) ribadisce ripetutamente la necessità che, nell'ambito di un diritto penale orientato verso la *Gesinnung*, i momenti oggettivi della fattispecie non vengano affatto meno: « non si tratta

(1) La tesi del BETTIOL è, però, indiscutibilmente, più valida in un sistema, come, ad es., quello tedesco (cfr. il § 48 *Zweites Gesetz*, cit.) in cui si fa esplicitamente leva sull'inequivocità del soggetto di lasciarsi determinare dalle precedenti condanne.

(2) L'Autore, anzi, ritiene (*op. cit.*, pag. 12) che siano incompatibili con un diritto penale dell'atteggiamento interiore termini quali *risocializzazione*, *riadattamento*, *recupero sociale*, in quanto essi « poetano in loro un significato naturalistico come di un reinserimento di una parte o di un tutto inteso in termini organici ».

(3) *Op. cit.*, pag. 15. Lo stesso BETTIOL, nel *Diritto penale*, ed. cit., pag. 357, nota 224, rileva che il diritto penale dell'atteggiamento interiore sarebbe da tempo conosciuto in Italia « per la ricchezza della normativa psicologica del codice, anche se dogmaticamente non sviluppato in un quadro di valori etimologici alla personalità del reo ».

(4) Per un riepilogo di tali affermazioni cfr. *Zweites Gesetz*, più volte citata.

(5) Richiamiamo sul punto la bibliografia già citata.

(6) Rileva BETTIOL, *op. cit.*, pag. 16-17, senza accennare a profili di incostituzionalità, che « La coscienza della illiceità del fatto diventa così uno dei momenti costitutivi del dolo se vogliamo dare allo stesso una dimensione umana e quindi etica » non già una semplice *hardatura* psicologico-naturalistica ».

(7) Ossia proprio su quelle fattispecie che assumono sempre più un carattere antidemocratico e incostituzionale: per maggiori approfondimenti e richiami bibliografici rinviamo a FIORE, *I reati di opinione*, cit., passim e, in particolare il IV capitolo (pag. 143 e segg., « Reati di opinione e tutela dell'ordinamento democratico »).

(8) La prospettiva per la quale nel Codice Rocco erano state inserite nelle circostanze riferimenti a *moventi*, ecc., non era meramente retributiva o per lo meno, in un senso caro al BETTIOL, di retribuzionismo etico: spesso volte tale utilizzazione era ed è oggi *a fortiori* (art. 27, 3° comma, Cost.) quella di consentire una migliore valutazione della personalità dell'agente (attualmente per una più coerente rieducazione del medesimo).

(9) Cfr. quanto si dirà tra breve. Va sottolineato come, accolta la tesi accennata nel testo, non contrasta con essa la presenza nel Codice Rocco di circostanze imperniate su meri atteggiamenti interiori e cioè su puri *moventi*. Infatti la concezione « realistica » dell'illecito non sembra possedere forza espansiva fino agli elementi accidentali ovvero a tutti quegli elementi che, al di là della consumazione, incidono sulla scelta del tipo o sul *quantum* della sanzione (diversamente, per contro, la concezione « materiale » del reato nei Paesi socialisti; afferma SOLNAR, *La nozione di pericolo*, cit., pag. 1055, che: « ... la concezione materiale non riguarda solo il fatto punibile, ma estende la sua validità alle circostanze aggravanti. Anche queste ultime sono previste dalla legge, ma vengono applicate solo nell'ipotesi in cui, per la loro gravità, aumentino il grado di pericolosità sociale del reato » (art. 88 C. Pen. cecoslovacco). Per questi elementi da un lato rileva la mera conformità al tipo e non occorre la reale idoneità offensiva; dall'altro non vale il divieto che, come vedremo, opera per le fattispecie criminose, di fondarsi su meri elementi soggettivi. Anzi, proprio dalla correlazione tra principio della necessaria lesività del reato e funzione rieducativa della pena nasce l'esigenza che gli elementi accessori siano idonei il più possibile a consentire di cogliere la personalità del reo e ad adeguare ad essa la sanzione. D'altro canto — si noti — se è vero che la concezione realistica non vale per le circostanze, per le quali è sufficiente la mera conformità al tipo, diviene rilevante anche sotto questo profilo stabilire se un dato elemento ipotizzato dal legislatore dia vita ad una fattispecie « nuova » e autonoma o concreti soltanto una circostanza aggravante di una incriminazione base. Per un approfondimento comunque di questi aspetti legati alla c.d. concezione realistica rinviamo a quanto si dirà tra breve.

(10) Può trattarsi altresì di interessi magari non formali nella prospettiva istituzionale espressa dal Codice Rocco, ma tali sicuramente oggi.

(11) Sul punto cfr. quanto si dirà in seguito.

(12) *Op. cit.*, pag. 13.

— nota il BETTIOL (1) — di sostituire all'accertamento dei dati oggettivi e tipici sui quali il reato si basa un oscuro e indistinto momento di carattere soggettivo come in taluni orientamenti del diritto penale storicamente è stato constatato con esiziali pericoli per la libertà individuale». Senonché — ed è questo l'aspetto garantistico più rilevante — non viene adeguatamente precisato se il momento oggettivo della fattispecie debba esaurire soltanto il suo ruolo in una rilevazione esterna dell'atteggiamento interiore ovvero debba altresì concretarsi in un fatto idoneo a ledere il valore tutelato (2). E ancora: secondo l'illustre Autore (3) un diritto penale orientato verso la *Gesinnung* non contraddice necessariamente la sua funzione di tutela dei beni giuridici. Il ruolo del bene giuridico o del valore è dunque salvo; aspetto particolarmente significativo: in caso contrario l'odierna propensione del BETTIOL per il fascino della *Gesinnung* si tradurrebbe non solo in quella « svolta significativa e importante » di cui egli stesso parla (4), bensì in una revisione del suo pensiero il quale, anche se con diverse sfumature (5) e con toni di progressiva eticizzazione, ha sempre cercato di salvaguardare l'importanza del bene o valore tutelato. Ma guardando più a fondo si scopre che il ruolo del bene è, in definitiva, solo quello di fungere da oggetto della tutela e da punto di riferimento dell'atteggiamento interiore (6): ma non quello di fungere da contenuto di un'offesa necessaria ad integrare il reato (aspetto essenziale per una teoria che voglia essere attenta al momento della tutela dei beni). Entro questi limiti si può giustificare la qualificazione operata dal BETTIOL della teoria welferiana, nella quale il ruolo dell'offesa del bene è ridotta a mera *quantité négligeable*, come « oggettivista » + ... nel senso che noi diamo a questa parola: *il diritto penale è tutela di beni giuridici*. La sua funzione primaria è e rimarrà quella di tutelare beni o interessi di primaria importanza per la conservazione, il progresso della società ».

Lo scarso interesse per una visione « realistica » o « necessariamente lesiva » del reato che rende estremamente pericolosa questa concezione « personalistica » dell'illecito penale (7), trova il suo fondamento giustificativo in una feticistica interpretazione dell'art. 27, 1° comma, svincolato dal contesto delle altre norme costituzionali riguardanti la materia penale. Che poi in questa concezione la *Gesinnung* abbia una portata che

finisce per travolgere gli argini garantistici rappresentati dall'elemento oggettivo del reato e dal profilo dell'offesa, lo conferma lo stesso BETTIOL allorché, in altro studio (8), dopo aver auspicato che il diritto penale canonico non trascuri i momenti della *Gesinnung*, afferma: « ... Direi anzi che se c'è un campo di prova circa la validità di una tale impostazione questo è proprio il campo del diritto penale canonico nell'ambito del quale il momento della certezza giuridica non assume quelle forme spesso farisaiche e intolleranti del diritto dello Stato ».

Non può non stupire il fatto che in un momento in cui la dottrina e la giurisprudenza più sensibile accentuano la portata dell'« offesa » rapportandola a beni e valori di rilevanza costituzionale (9), il diritto penale sia fatto arretrare sui sentieri della *Gesinnung*.

A conclusione del nostro esame avente ad oggetto le varie accezioni in cui è assunta l'equazione reato-illecito personale, si può rilevare come l'equazione stessa abbia un senso e un valore costituzionale solo nei limiti in cui sottolinei, sia la necessità che l'illecito penale si strutturi su elementi a realizzazione « personale » (10), sia che esso risulti quanto meno « colposo ». Al di là di questo duplice significato, nonché dell'identificazione più volte sottolineata (11) tra illecito personale e illecito di modalità di lesione, ogni altra accezione diretta a far convergere l'attenzione più sul disvalore dell'azione che su quello dell'evento deve fare i conti con il principio di « necessaria lesività » dell'illecito penale, la cui portata e i cui limiti è giunto il momento di approfondire (12).

9. a) La contrapposizione tra antiguridicità sostanziale o materiale da un lato, e antiguridicità formale dall'altro, nel senso in cui tradizionalmente viene prospettata, si traduce nella distinzione tra una valutazione sociale, pre o extra giuridica, e una valutazione rigorosamente normativa del fatto di reato: essa cioè confluisce necessariamente nella tematica delle fonti del diritto penale.

Alla luce di tale accezione della tradizionale partizione, l'illecito penale — lo si è già ampiamente sottolineato (13) — nel sistema positivo vigente, e soprattutto in forza dell'art. 25, 2° comma, Cost., si configura come un illecito formale e in specie a fonte legale. È una connotazione che si attaglia, per le ragioni a suo tempo delineate, sia alle componenti positive che agli elementi negativi (o cause di

(1) *Op. cit.*, pag. 13.

(2) Sul significato del principio « *cogitationis poenam nemo potest* », non ontologico ma legato ad un dato ordinamento storico e sulle forme possibili di elusione del principio cfr. anche MARINUCCI, *Il reato come azione cit.*, pag. 177-179.

(3) *Op. cit.*, pag. 13-14.

(4) *Op. cit.*, pag. 8: « ... Forse quando scrivevamo il nostro *Diritto penale* (1945) i tempi non erano ancora maturi per intravedere le linee di un diritto penale dell'atteggiamento interiore... »; probabilmente, secondo l'Autore, non eravamo ancora vicini a quella « concezione democratica "personalistica" che oggi informa di sé le nuove legislazioni » e della quale il *Gesinnungstrafrecht* può essere espressione.

(5) All'evoluzione del proprio pensiero accenna BETTIOL, *op. cit.*, pag. 8-9.

(6) Nonché da scopo della tutela (concezione teleologica). Cfr., ad es., dell'illustre Autore, *Bene giuridico e reato* (Riv. R. Dir. e Proc. Pen., 1938, 3 e segg.); e ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pag. 318 e segg.), in cui si afferma, di contro alle teorie germaniche teodenti a svalutare l'importanza del bene giuridico, che « ... malgrado tutte le divisioni la teoria del reato come lesione di un bene giuridico resiste ancora, ed è la sola che possa pienamente spiegare una interpretazione teleologica delle norme penali ».

(7) Sulla scia di queste forme di rivalutazione del diritto penale dell'atteggiamento si colloca il recente disegno di legge (presentato dal ministro dell'Interno — Rumor — di concerto col ministro di Grazia e Giustizia, Gonella) comunicato alla presidenza l'11 gennaio 1973 « Disposizioni sulla tutela pre-

ventiva della sicurezza pubblica » il quale attribuisce agli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza il potere di fermare (e, quindi, sostanzialmente di applicare una misura restrittiva della libertà personale suscettibile di protrarsi per 96 ore) fra gli altri « le persone la cui condotta, in relazione ad obiettive circostanze di luogo e di tempo, faccia fondatamente ritenere che stiano per commettere uno o più reati (anche contravvenzionali) punibili con pena detentiva » ossia in altri termini le persone che manifestino l'intenzione di commettere reati. *Diritto penale* (o di polizia, se si vuol rispettare la forma) della *Gesinnung*?

(8) *Sullo spirito del diritto penale canonico dopo il Concilio Vaticano II* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 1091-92).

(9) Cfr. quanto s'è detto e si dirà successivamente.

(10) Ovvero comunque fatti « propri » del soggetto in chiave soggettiva: questa precisazione vale soltanto, però, per elementi marginali dell'illecito, non per l'evento che, oltre ad essere voluto o previsto, deve però essere causalmente prodotto (la stessa locuzione « fatto commesso » ex art. 25, 2° comma, sembra costituzionalizzare, oltre all'art. 27, 1° comma, la necessità di un nesso causale nei reati ad evento naturalistico). Non si deve poi confondere l'attenuazione della causalità nella fattispecie plurisoggettiva eventuale, compensata dal contributo psicologico (art. 110 e segg. C. Pen.), con la possibilità di prescindere dal nesso medesimo.

(11) Cfr. quanto s'è detto nel n. 7.

(12) Cfr. quanto si dirà nel n. 9 g).

(13) Il punto è ampiamente sviluppato da BRACCA, *La disretionalità cit.* pag. 229 e segg.

giustificazione) del reato. Il rilievo collegato ad una analoga estensione dell'esigenza di tassatività rende l'illecito penale chiuso ad ogni processo di estensione analogica delle cause di giustificazione (analogia *in bonam partem*) (1), nonché ad ogni influsso in chiave negativa di valutazioni sociali ed extra giuridiche.

La spinta attualmente operante in alcuni settori della magistratura verso l'utilizzazione di criteri valutativi extra giuridici in funzione scriminante è spesso la necessaria risultante della frattura grave che si è venuta a creare tra un sistema penale ancorato ai principi fascisti e non adeguati, in via legislativa, soprattutto (2) alle direttive costituzionali, da un lato, e una realtà sociale completamente mutata, caratterizzata da nuovi rapporti di forza fra le componenti sociali e permeata da nuove spinte ideologiche, talora radicalmente contestatrici, dall'altro.

Categorie scriminanti, quali l'adeguatezza sociale, il bilanciamento di interessi, il c. d. giusto mezzo per un giusto scopo, da tempo silenti e in ogni modo di prevalente marca germanica, fanno, talora, capolino in alcune sentenze come strumento anomalo di composizione, in chiave di liceità, di conflitti altrimenti insanabili alla stregua delle scriminanti codificate.

Per non trascurare poi il fatto che l'inadeguatezza della legislazione penale vigente a fronteggiare situazioni che sono il prodotto della nuova civiltà tecnologica fa registrare, com'è stato notato (3), « sintomi preoccupanti di un'analogia *in malam partem* »: con specifico, anche se non del tutto appropriato (4) riferimento al fatto che « ... certi giudici, di fronte alla inerzia del legislatore (ad es.: in materia di inquinamenti), sembra cominciano ad estendere a casi non preveduti dalla legge norme penali dettate con altre finalità ». La posizione più scomoda in questa situazione è quella del giurista che, animato da idealità progressiste, ma, nel contempo, rispettoso dell'art. 25, 2° comma, che vuole l'illecito penale impermeabile di fronte ad ogni valutazione extragiuridica in chiave sia positiva che negativa, deve compiere delicate operazioni di ortopedia giuridica per sanare un conflitto assai delicato.

Quanto ai modelli di liceità, implicitamente o esplicitamente evocati o invocati nella presente situazione conflittuale, non possiamo far altro che richiamare i rilievi a suo tempo autorevolmente formulati dal Nuvolone (5) e tuttora validi, muovendo da una difesa, in linea logica e non costituzionale, delle esigenze di legalità e di tassatività in materia penale. È così, a proposito della regola fondamentale del bilanciamento degli interessi (o dei beni) (6), non può non ribadirsi l'inutilizzabilità da un punto di vista esterno all'ordi-

namento legislativo e l'operatività da un punto di vista interno al medesimo: ossia come criterio sussidiario di interpretazione, là dove, pur essendo formalmente preveduta una scriminante, la legge non fornisce una base sostanziale di valutazione. In questi casi — e immediato è il riferimento al requisito della proporzionalità nella legittima difesa — l'interprete è necessariamente vincolato a proiettare il bilanciamento nell'ambito della gerarchia, non sempre agevolmente ricostruibile (7), dei valori costituzionali (8). Analogamente, per il criterio del « giusto mezzo » per un giusto scopo, vanno ribaditi i rilievi già enunciati dal Nuvolone (9), nonché le ragioni che inducono, pur nel momento presente, a ritenere inutilizzabile il criterio, sia nella sua dimensione oggettiva (la tutela di un interesse giuridico) (10) o giustifica la lesione di un altro interesse pure giuridico), sia nella dimensione soggettiva dell'inesigibilità (11) ovvero della rilevanza del motivo della condotta quale scriminante. Quest'ultima che, se posta in stretta correlazione con la personalità del soggetto, evoca i fantasmi della dottrina tedesca dei tipi d'autore, trova un ostacolo nel diritto penale positivo che configura lo stesso agire per « motivi di particolare valore morale e sociale » come circostanza attenuante (12).

b) Diverso e più ampio deve essere, per contro, il discorso con riferimento al criterio « dell'adeguatezza sociale » del quale la dottrina presenta diversi risvolti, alcuni dei quali più strettamente legati all'attuale fase del nostro sistema positivo.

Il concetto di adeguatezza sociale è continuamente oscillante tra significati che ne fanno il perno di un tentativo di moderazione del rigore della fattispecie astratta e significati che conferiscono all'adeguatezza il compito di indicare l'assenza di giustificazione della reazione nei confronti di un comportamento astrattamente riconducibile al modello legale.

Sotto il primo profilo l'adeguatezza sociale è vista in funzione di esclusione del fatto tipico; sotto il secondo, in funzione di causa di giustificazione *stricto sensu*, ovvero di esclusione dell'antigiuridicità penale (13). Nel primo ordine di idee, premesso che « un criterio regolativo per il giudizio di adeguatezza sociale non spetta ... soltanto alla legge, ma anche alle norme espresse da molteplici ordinamenti della vita dai quali l'uomo attinge le regole dell'agire pratico e che a loro volta conferiscono all'ordinamento giuridico positivo la sua reale validità ... » (14), si individuano come punti di riferimento per il giudizio di adeguatezza sociale regole consuetudinarie ovvero regole di istituzioni compresenti nell'ordinamento dello Stato (15). Ciò premesso, non ci sembra, tuttavia, necessario scomodare

(1) Come si può desumere da un « *excursus bibliografico* », è opinione minoritaria.

(2) È utile per seguire queste « tendenze » giurisprudenziali la consultazione della rivista *Quale giustizia*.

(3) Così NUVOLONE, *I limiti taciti cit.*, pag. 14 (Premessa alla ristampa).

(4) Insiste sull'applicazione analogica *in malam partem* (a quale, però, non concerne i casi di inquinamento di acque destinate all'alimentazione, faldia freatica, ecc.) BASSO, in *Atti del Convegno su « L'Iniziativa del pretore e l'inquinamento delle acque »*, Sirmione, 31 maggio-1° giugno 1971 (*Giur. Agr.*, 1971, 709 e segg.). Il settore della tutela dell'ambiente naturale lato sensu è quello in cui si avverte più nettamente lo scarto tra legislazione penale e sviluppo tecnologico della società.

(5) *I limiti taciti della norma penale*, cit., *passim*.

(6) Così NUVOLONE, *op. cit.*, pag. 92 e segg.

(7) È soprattutto presupponendo un'interpretazione non formalistica ma « politica » della Costituzione.

(8) Cfr., ad es., per una comparazione di valori nello stato di necessità alla luce della Costituzione, Pret. Roma 29 gennaio 1969 (*Quale Giustizia*, 1970, fasc. 2, 40 e segg.) ove si afferma che (pag. 42), « Il diritto di proprietà di uno scantinato

non abitabile spettante ad un Ente Pubblico... appare nella gerarchia dei valori sociali non superiore (quanto meno) al diritto alla sopravvivenza, alla salute, ad una esistenza libera e dignitosa, all'assistenza e alla previdenza e ad una pari dignità, costituzionalmente garantiti ».

(9) *I limiti taciti cit.*, pag. 96 e segg.

(10) In tal modo, però, la dottrina del « giusto mezzo » offre un criterio indipendente dalla valutazione comparativa degli interessi in contrasto (contra, si vedano, tuttavia, le critiche di NUVOLONE, *op. cit.*, pag. 97 e segg.).

(11) Per un riesame recente della tematica dell'inesigibilità in un quadro rigorosamente normativo, MARINI, « Non colpevolezza » dell'agente per non esigibilità dell'azione conforme al precetto o errore su elemento normativo del fatto? (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1966, 1028 e segg.).

(12) Così NUVOLONE, *I limiti taciti cit.*, pag. 99.

(13) L'alternativa è rigorosamente prospettata da NUVOLONE *op. cit.*, pag. 107.

(14) FIORE, *L'azione socialmente adeguata*, cit., pag. 260-62. Sul tema cfr. di recente, OSSORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969.

(15) FIORE, *op. e loc. cit.*

il concetto di adeguatezza sociale rispetto a problemi che attengono più strettamente alla tematica delle fonti del diritto penale (consuetudine) ovvero della tassatività della fattispecie penale (elementi elastici che rinviano per la loro determinazione a parametri valutativi e normativi non giuridici), e che si risolvono negativamente quanto all'utilizzabilità della consuetudine, a meno che essa assolvano un ruolo marginale nella fattispecie (1), per il principio di stretta legalità ex art. 25, 2° comma, Cost., e positivamente quanto all'utilizzabilità di parametri valutativi extragiuridici, a condizione, però, che l'elemento elastico non lasci incertezze circa il tipo di parametro cui esso fa riferimento (2). L'adeguatezza sociale non può essere, però, circoscritta entro l'ambito della tematica « degli organi respiratori » (3) della fattispecie penale (4).

Sempre nello stesso ordine di idee, inoltre, muovendo da una concezione « personalistica » dell'illecito penale tendente a sottolineare il significato di « valore » dell'azione (5), si afferma che: « Dietro il concetto di adeguatezza sociale ci sono ... i valori che sono alla base della realtà assiologica dell'azione: quando l'azione si compie in una funzione di coerenza con i mezzi e con gli scopi che in un dato momento orientano lo svolgersi della vita collettiva e ne condizionano lo sviluppo, l'illecito penale, con il suo contenuto di aggressione dei beni della comunità, non sorge neppure » (6). Come si è a suo tempo rilevato, la rivalutazione del significato dell'azione che è la premessa di questo discorso muove da un più o meno esplicito misconoscimento della reale « significatività » del bene o interesse tutelato.

In ogni modo, il discorso condotto a livello di azione rischia di introdurre varianti al tipo, inammissibile ex art. 25, 2° comma, Cost. (7); condotto a livello di bene o interesse tutelato, può ugualmente avere un margine di validità solo entro i limiti in cui, con il riferimento ai mezzi e agli scopi « che in un dato momento orientano lo svolgersi della vita collettiva e ne condizionano lo sviluppo », si voglia alludere alla necessità che in sede di giudizio di lesività, come si dirà tra breve, il bene o interesse tutelato astrattamente si concretizzi in tutti gli aspetti che esso è capace di assumere nell'attuale contesto sociale e costituzionale. Al di là di questo limite, però, il riferimento a regole di svolgimento e di sviluppo della vita collettiva, pur apprezzabile per sanare il conflitto accennato, aprirebbe il varco a parametri non connessi al carattere legalistico dell'illecito penale scolpito dalla Costituzione (art. 25, 2° comma).

Altri (8), per contro, imperniano l'adeguatezza sociale, in funzione questa volta scriminante, sul raffronto tra lesione o minaccia del bene protetto e contemporanea tutela di altro interesse: è una prospettiva che, se non contenuta entro i limiti del diritto positivo, corre il rischio « di arenarsi sulle sabbie d'un vago sentimento giuridico » (9). In questo quadro va segnalato un tentativo di mantenere l'adeguatezza sociale entro schemi rigorosamente giuridici. Facendo leva sulla distinzione tra bene o interesse tutelato e scopo della tutela, si costruisce il concetto di adeguatezza sociale in funzione della correlazione necessaria tra disvalore o pro-

filo lesivo del fatto e *ratio* della tutela (10). Ossia: quando si verifichi un comportamento rientrante nel tipo descrittivo, non è necessario, ai fini della sussistenza del reato, il riscontro dell'effettiva lesione o minaccia del bene ulteriore in funzione del quale è predisposta la regola legale (scopo); occorre invece accertare che l'azione non si sia dispiegata con modalità concrete tali da garantire positivamente la salvaguardia del bene medesimo. V'è di conseguenza « adeguatezza sociale » quando un fatto di per sé idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale, e non idoneo a compromettere l'interesse ulteriore in vista del quale (*ratio*) è predisposta la tutela, garantisce anzi concretamente la realizzazione dell'interesse medesimo.

È opportuno esemplificare. Il discorso prende le mosse dall'art. 2631 C. Civ. che disciplina penalisticamente il conflitto d'interessi in campo societario dell'amministratore. Dato per ammesso (11) che la norma abbia ad oggetto di tutela immediata la correttezza delle deliberazioni del consiglio d'amministrazione in funzione della tutela dell'utile sociale (scopo della tutela) « ... dovrebbe rimanere esclusa la punibilità dell'agente, in caso di lesione del bene protetto, ma di contemporaneo perseguimento dell'interesse cui la posizione della norma è teleologicamente orientata; in ogni caso, andrebbe esente da responsabilità l'amministratore che, in una situazione di conflitto, abbia votato per l'interesse sociale » (12). Bene tutelato e scopo della tutela conservano in tale ricostruzione la propria autonomia. L'adeguatezza sociale del comportamento dell'amministratore è *independente* dall'idoneità di esso a provocare quella lesione che la tutela vuole evitare, ovvero a garantire il conseguimento dello scopo della tutela. E infatti l'amministratore è, da un lato, punito qualora avendo un interesse in conflitto con quello sociale voti in conformità del proprio interesse, ma il suo voto sia minoritario (diversa ne sarebbe, per contro, la valutazione ove oggetto e non scopo della tutela fosse l'interesse patrimoniale della società); dall'altro va prosciolto, qualora, sempre nell'identica situazione conflittuale, voti nell'interesse sociale, anche se il suo voto sia minoritario.

Questa ricostruzione del concetto di « adeguatezza sociale » se, da un lato, richiamandosi allo *scopo della tutela*, non sembra correre il rischio di « arenarsi sulle sabbie di un vago sentimento giuridico » (13), dall'altro, superando il limite massimo di valutazione sostanziale dell'illecito penale rappresentato dal principio di « necessaria lesività » fissato dall'art. 49 C. Pen. e, a livello costituzionale, principalmente, come si vedrà, dall'art. 27, 3° comma, Cost., parrebbe fuoriuscire dai limiti del diritto positivo.

La compatibilità con tali limiti potrebbe essere garantita solo considerando la citata ricostruzione quale espressione del principio, di rilievo costituzionale, della non strumentalizzazione del soggetto per scopi estranei a quelli specifici perseguiti dalla singola norma penale, ma di politica criminale *lato sensu*. L'ulteriore chiarificazione del principio potrà eventualmente convalidare la portata dell'assunto.

(1) Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità* cit., pag. 249.

(2) Sul punto, BRICOLA, *La discrezionalità* cit., pag. 169 e segg.

(3) Secondo la ben nota terminologia di CALAMANDREI.

(4) Nonché nell'ambito dei parametri di rilevazione del grado « oggettivo » di colpa (cfr. quanto s'è detto in precedenza).

(5) FIORE, *op. cit.*, pag. 128.

(6) FIORE, *op. cit.* e *loc. cit.*

(7) Perplesità sotto il profilo della certezza solleva, infatti, NUNOLONE, *I limiti taciti* cit., pag. 24 e segg. (Premessa alla ristampa).

(8) Sulla tesi, con ampi riferimenti bibliografici, M. ROMANO, *Profilo penalistico del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, pag. 172 e segg.

(9) Il pericolo è ulteriormente ribadito da M. ROMANO, *Profilo penalistico*, cit., pag. 173.

(10) Così M. ROMANO, *Profilo penalistico* cit., pag. 174.

(11) Cfr. in proposito M. ROMANO, *op. cit.*, *passim*.

(12) M. ROMANO, *op. cit.*, pag. 175.

(13) Pericolo sul quale richiama l'attenzione lo stesso M. ROMANO, *op. cit.*, pag. 173.

In ogni modo la tesi è accettabile subordinatamente a talune condizioni. Anzitutto è necessario che la correlazione *bene-scopo* sia chiaramente enucleabile in via interpretativa. Non può essere assunto a *scopo* di una norma penale una di quelle mere etichette programmatiche che il legislatore spesso adotta in chiave puramente emblematica (1) nella disciplina di una determinata materia. Lo scopo della tutela e la sua frattura rispetto al bene o interesse la cui lesione o messa in pericolo è necessaria per la consumazione del reato, deve emergere indiscutibilmente dal contesto normativo. Un elemento diagnostico di tale frattura può essere rappresentato, come meglio vedremo in seguito, dall'inserimento in una fattispecie penale di un dolo specifico che, pur non incidendo sul profilo lesivo, sia sintomatico di una certa direzione della tutela.

E ancora: l'accurata ricostruzione del rapporto bene-scopo può impedire che si assuma come *ratio* un interesse che, viceversa, concorre a specificare o si aggiunge (reato plurioffensivo) all'oggetto della tutela. Le diverse conseguenze scaturenti dalla duplice classificazione sono implicite nelle premesse sopra svolte.

E infine: scontando anticipatamente alcuni concetti che saranno successivamente approfonditi, va rilevato che il rapporto bene (interesse)-scopo nel senso sopra descritto è costituzionalmente legittimo solo in quanto il primo, la cui lesione (o messa in pericolo) è necessaria per l'integrazione della fattispecie criminosa, sia di rilievo costituzionale e sia costituzionalmente tanto significativo da giustificare una restrizione della libertà personale. E ciò al fine di garantire il rispetto di quei limiti d'ordine costituzionale alla configurazione legislativa di illeciti penali, a suo tempo delineati (2). Tali aspetti garantistici non sarebbero, viceversa, adeguatamente rispettati qualora il bene (o interesse) non possedesse i caratteri summenzionati (3), ma questi fossero soltanto propri dell'interesse assunto a *scopo* della tutela.

E la ragione ne è evidente: giacché il giudizio di necessaria lesività, costituzionalmente prescritto, si prospetta esclusivamente rispetto all'interesse *oggetto* di tutela e non a quello operante come *scopo* della medesima (4).

Si badi: il concetto di adeguatezza sociale strutturato sulla base del rapporto bene-scopo della tutela potrebbe avere un certo ambito di utilizzazione nel settore dei cosiddetti reati *obstacles* (5).

In tal caso il nesso *bene-scopo* intercorre fra il bene la cui lesione (6) integra il reato-sbarramento e lo scopo rappresentato dall'interesse la cui lesione realizza il reato ulteriore rispetto al primo.

(1) Si pensi, ad es., alla protezione della « economia nazionale » assunta in chiave puramente emblematica come scopo della tutela delle norme penali in materia societaria contenute nel Codice Civile (art. 2621 e segg., C. Civ.).

(2) Cfr. quanto s'è detto nel n. 2 c).

(3) È il caso, ad es., della correttezza delle delibere del consiglio di amministrazione di una società. Diversamente si porrebbe il problema qualora bene garantito fosse il vantaggio economico della società: se tale fosse il bene tutelato, però, ne risulterebbe alterato lo schema descrittivo dell'art. 2631 C. Civ. in quanto la punibilità dipenderebbe non soltanto dalla sussistenza di un interesse in conflitto con quello sociale, dalla votazione in senso conforme al primo interesse, ma occorrerebbe, altresì per non trasformare la fattispecie in un reato a pericolo presunto, che il voto non sia superfluo ma concorra a determinare la maggioranza in senso antitetico all'interesse sociale. Una revisione dei beni tutelati dalle norme penali societarie alla luce delle premesse costituzionali accennate probabilmente avvalorerebbe la tesi, patrocinata soprattutto dai commercialisti francesi, contraria all'ingresso delle sanzioni penali nel settore societario, salvo in quei casi in cui la « proprietà sociale » (bene costituzionalmente rilevante) è più direttamente compromessa.

La punibilità per il reato-sbarramento dovrebbe darsi esclusa tutte le volte in cui il fatto, pur lesivo dell'interesse tutelato, è compiuto con modalità concrete tali da garantire egualmente e positivamente la salvaguardia del bene tutelato dalla norma penale anteriore (7).

Il criterio di cui si discute, tuttavia, una volta che se ne ammetta la validità non è tale da assicurare « una boccata d'ossigeno democratico » al sistema penale vigente e ad attenuare i motivi di crisi accennati: legandosi ad una valutazione degli scopi *intrinseci* e non *estranei* a detto sistema.

Ben diversa sarebbe la portata di un'utilizzazione eventuale dello strumento dell'« adeguatezza sociale » in funzione di realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, capov., Costituzione. Senonché non sarebbe compatibile con le garanzie espresse dall'art. 25, 2° comma, Cost. (8) rendere lecite condotte criminose aventi tutt'altra *ratio* in quanto poste in essere per la (e adeguate alla) rimozione di quegli « ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese ». Lo scopo non sarebbe quello tutelato dalla singola norma ma si identificerebbe con una direttiva, anche se di fondo (e tale da mettere in luce, se non realizzata, la « falsità » di tutto l'apparato costituzionale (9)), dell'ordinamento. L'« adeguatezza sociale » si tradurrebbe in tal guisa in una valvola di non punibilità a carattere generale, anche se non a sfondo irrazionale come certe clausole del passato (10), e troppo ampia per essere compatibile con le esigenze di tassatività e legalità di cui all'art. 25, 2° comma. A tal punto, la percezione della funzione frenante che quest'ultima normativa costituzionale svolge rispetto ad un processo di adeguamento della legislazione penale fascista (11) si fa più evidente: ciò non toglie che il valore « garantista » della disposizione debba essere difeso ad ogni costo.

Quanto s'è detto non incrina minimamente, come è ovvio, il ruolo che l'art. 3, capov., può svolgere sul terreno penale. In sede di interpretazione delle norme, ad es., allorché certe locuzioni elastiche possono essere riempite di un significato ben preciso sulla scorta di tale direttiva, anche se ciò comporta un'estensione della portata della norma incriminatrice. In tal guisa una recente dottrina (12) ha interpretato (chè di corretta interpretazione trattasi e non di utilizzazione dello strumento analogico *in malam partem*) le locuzioni « stato di bisogno » e « interessi usurari » nella fattispecie dell'usura ex art. 644 C. Pen. (13).

(4) Non occorre, in altri termini, ai fini dell'art. 2631 C. Civ. che il voto, dato in conformità all'interesse antitetico a quello sociale, sia tale da influire sulla maggioranza, ossia idoneo a determinare il pregiudizio della società.

(5) Sul concetto di *délits-obstacles* prospettato dal NUVOLONE, al Congresso Internazionale di Difesa sociale tenutosi nel 1956 a Milano, cfr. dello stesso Autore, *La répression et la prévention en matière d'infractions involontaires* (Trent'anni, vol. I, cit., pag. 470).

(6) Bene di rilievo costituzionale: è un limite necessario a delimitare questa tendenza a creare nuove incriminazioni di frontiera (cfr. NUVOLONE, *Alle soglie di una riforma* [Trent'anni, vol. I, cit., pag. 420]).

(7) Non occorre, viceversa, la lesione effettiva dell'interesse assunto quale scopo ulteriore della frontiera di incriminazione.

(8) Anche se tale utilizzazione sarebbe in favore del reo.

(9) In tal senso BASSO, *Giustizia e potere* cit., pag. 654.

(10) Sul valore « infuato » di tali clausole è opportuna la lettura di BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1964, passim.

(11) A ciò si aggiunge la mancata realizzazione di riforme anche non penali dirette a rimuovere gli ostacoli cui accenna l'art. 3, capov., Cost.

(12) VIOLANTE, *Il delitto di usura* cit., Milano, 1970.

(13) VIOLANTE, *op. cit.*, pag. 257 e segg.

E parimenti non è incrinata la possibilità per la Corte Costituzionale di dichiarare l'illegittimità di eventuali norme penali le quali (1) abbiano come principale ed esclusiva ratio quella di accrescere gli «ostacoli» cui fa riferimento l'art. 3, capov.

Resterebbe da accennare al ruolo che l'art. 3, capov., potrebbe svolgere in sede di giudizio sul carattere «offensivo» del fatto tipico di cui si dirà tra breve. Fin d'ora può però, peraltro, porsi in luce come non sia possibile in tal giudizio sostituire all'interesse specificamente garantito dalla norma penale la direttiva generale di cui all'art. 3, capov.: le obiezioni sono le stesse già enunciate in materia di adeguatezza sociale. È chiaro che ove l'interesse specifico tutelato sia *antitetico* all'esigenza espressa dal disposto costituzionale, si pone necessariamente un problema di legittimità che solo la Corte costituzionale può risolvere (2). L'art. 3, capov., può svolgere un ruolo nell'ambito del giudizio di conformità o difformità del fatto tipico con l'interesse tutelato solo nel senso di specificare in concreto il termine di raffronto costituito dall'interesse, allorché quest'ultimo non sia di per sé antitetico all'esigenza costituzionale ma anzi si ponga, sia pure astrattamente, sulla scia segnata da tale direttiva (3): ciò rientra in quel processo di specificazione dell'interesse tutelato, anche sulla scorta dei principi costituzionali che, come si dirà, sta alla base del giudizio di lesività.

c) Nel nostro sistema penale positivo v'è spazio per una concezione «materiale» dell'illecito penale, muovendo dalla premessa di contrapporre un'antigiuridicità *formale* (risultante dal rapporto tra il fatto concreto e l'astratto schema normativo: requisito della conformità del fatto al modello legale) e un'antigiuridicità *materiale*, alla cui stregua vengono posti in relazione il fatto conforme al tipo descrittivo e la situazione di interessi alla cui tutela è predisposta la norma (requisito dell'effettiva lesività del fatto). È opportuno, a tal punto, richiamare, sia pur per linee essenziali, la tesi che, recentemente (4), ha affermato la compatibilità di una concezione «materiale» o «realistica» dell'illecito penale con i principi del sistema penale vigente.

Si è sostenuto che l'art. 49, 2° comma, C. Pen., recuperata la sua autonomia funzionale rispetto al delitto tentato in virtù di argomenti testuali e sistematici (5), costituirebbe l'enunciazione di un principio generale dell'ordinamento, applicabile a tutte le figure criminose, consumate o tentate. Il 2° comma dell'art. 49 C. Pen. attraverso l'esplicita esclusione della punibilità quando, per l'inidoneità dell'azione, si rivela impossibile la verifica dell'offesa dell'interesse tutelato, garantirebbe le imprescindibili esigenze

di adeguamento della norma alla realtà sociale in cui è chiamata ad operare, e sarebbe espressione del cosiddetto principio della concezione realistica dell'illecito penale. Nel proporsi l'obiettivo di garantire il processo di adeguamento della norma penale alla realtà sociale, tale ricostruzione della funzione dell'art. 49, 2° comma, si colloca sulla scia della concezione «realistica» del diritto penale cara all'ANTOLISEI; anche se tale Autore non ha mai mostrato di accogliere i risultati di questa interpretazione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., in tema di reato impossibile (6).

L'art. 49, che nel suo 1° comma ribadisce il principio di stretta legalità, insieme con l'art. 1 C. Pen., servirebbe a determinare i caratteri essenziali dell'illecito penale. «... L'art. 1 C. Pen., risolve espressamente il problema della conformità del fatto al tipo descrittivo, nel senso che, a prescindere da ogni altra indagine di carattere sociale, morale ed economico, il giudice deve disinteressarsi di quei comportamenti che non rientrano nel modello legale di alcuna norma incriminatrice, anche se ledono interessi altrimenti tutelati dal diritto o ritenuti meritevoli di protezione secondo criteri extragiuridici. Dal 2° comma dell'art. 49 C. Pen., emergerebbe, poi, una maggiore complessità ed un arricchimento del principio di stretta legalità, nel senso che i comportamenti conformi al tipo descrittivo, ma non lesivi, non sono perseguibili» (7).

Si sostiene, inoltre, che i germi di quest'interpretazione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen. sarebbero già espliciti negli stessi lavori preparatori e nella Relazione ministeriale, in cui si sottolinea ripetutamente che tale norma costituisce l'affermazione di un principio che trova applicazione nella struttura di tutti i reati; anche se si riconosce poi che dottrina e giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del Codice ROCCO avrebbero misconosciuto tali premesse, interpretando l'art. 49, 2° comma, in funzione dell'art. 56, capoverso. V'è, peraltro, la tendenza a ritenere che questa distorsione della funzione dell'art. 49, 2° comma C. Pen. sarebbe legata indissolubilmente ad una precisa volontà politica di arretrare la linea di intervento della repressione penale su di un fronte presuntivo e formalistico antitetico a quello imposto, viceversa, da una concezione realistica o «lesiva» dell'illecito penale (8).

L'affermazione ci sembra politicamente ingenua. Infatti: la concezione «realistica», se accolta dall'articolo 49, 2° comma, C. Pen., non era in grado di frenare la repressione penale fascista (9), una volta che, lungo l'arco attraverso il quale si snoda in forma più evidente (10) la trama «nera» del Codice Penale, erano state sapientemente collocate fattispecie a pericolo presunto o di attentato (11) e reati di puro atteggiamento

(1) È però un tipo di discorso assolutamente nuovo per la Corte Costituzionale.

(2) Sulla restrizione dei compiti del giudice ordinario a seguito dell'attribuzione alla Corte costituzionale del giudizio sulla costituzionalità delle leggi (con riguardo specificamente ai limiti taciti derivanti dalla Costituzione), NUVOLONI, *I limiti taciti*, cit., pag. 28 (Premessa alla ristampa).

(3) Cfr. il n. 9 c) e segg.

(4) La tesi è stata ampiamente sviluppata da NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., *passim*.

(5) Si veda NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., pag. 21 e seguenti.

(6) Nella 6ª edizione aggiornata del *Manuale di diritto penale, Parte generale* (Milano, 1969, pag. 389, nota 43) si afferma (ma la precisazione risente forse anche dell'influsso di COSTI che ne ha curato l'aggiornamento) che le tesi enunciate dal NEPPI MODONA «... suggeriscono cautele sul piano della certezza del diritto. E massime per coloro che, come l'autore di quest'opera, consoci della frequente difficoltà di ben individuare il contenuto dell'offesa, sono propensi a fare un uso moderato del concetto di bene giuridico».

(7) NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 200.

(8) È un aspetto che si ricava indirettamente dal lavoro di NEPPI MODONA più che esservi chiaramente esplicitato.

(9) A prescindere dalla «formalizzazione» operata dal Codice Rocco di taluni interessi tutelati.

(10) Com'è noto, infatti, di contro alla tendenza propria soprattutto di alcuni giuristi durante il fascismo (è il caso, ad es., di LONGHI, *Fascismo e diritto penale [Anticipazioni della riforma penale]*, Milano, 1931) a presentare ogni aspetto del Codice come fascista, in quanto riforma operata e condizionata dal fascismo, v'è l'atteggiamento di chi più attentamente seleziona fra i vari istituti del Codice Rocco quelli più marcatamente condizionati dalla ideologia fascista da quelli che, almeno in linea di massima, si presentano come «neutrali». È quest'ultimo l'orientamento che ci pare persuasivo anche se non condividiamo la tendenza talora emergente, a contrapporre rigidamente la parte generale del Codice come «neutrale» alla parte speciale più politicizzata. Il rilievo, valido in linea tendenziale, non lo è in assoluto.

(11) Su quest'ultimo E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966.

interiore come il vilipendio e i tratti d'impudone, catalogati in chiave di deroga ad un principio che, essendo fissato al livello di legge ordinaria, non era insuscettibile di eccezioni (1).

Alla recuperata autonomia di funzione dell'art. 49, 2° comma, rispetto all'art. 56 C. Pen., corrisponde una diversificazione del giudizio di idoneità nell'ambito delle due disposizioni. Mentre l'idoneità degli «atti» (2) nell'art. 56, C. Pen., svolge un ruolo preminente nella determinazione del tipo descrittivo del delitto tentato e si risolve in un giudizio dinamico fra due termini fatti valere in rapporto al modello legale e all'evento giuridico del corrispondente delitto consumato), avente necessariamente un contenuto ipotetico (prognosi postuma o giudizio *ex ante*), l'idoneità dell'«azione» (3) di luogo ed in accertamento *status, ex post*, di fatto, sull'essersi o non verificata l'offesa dell'interesse tutelato, da cui esula ogni considerazione di carattere potenziale o di previsione. Il giudizio diretto ad accertare se si è verificata l'offesa deve essere impostato con riguardo all'interesse protetto dalla specifica norma incriminatrice: la tesi nuova, infatti, dall'assunto (4) per cui il vero interesse oggetto di tutela viene individuato attraverso tutti gli elementi risultanti dallo schema descrittivo e, di conseguenza, ad ogni norma corrisponde uno specifico e peculiare interesse tutelato (5). In termini non sufficientemente chiari si propone (6), inoltre, che, per poter formulare un giudizio il più adeguato possibile alla realtà sociale, si abbia riguardo alla «vita della norma» e non di si limiti, puramente e semplicemente, alla verifica dell'avvenuto evento giuridico previsto dalla norma. Più non essendo l'assunto adeguatamente approfondito (7), ci sembra che tale riferimento alla «vita» debba servire ad una migliore concretizzazione dell'interesse tutelato e non riprodurlo, potenzialmente (8), il rapporto *bona-fide* nei termini già chiariti a proposito di una certa recente versione dell'adeguatezza sociale.

L'indagine diretta ad accertare se il fatto conforme al tipo legale sia altresì offensivo dell'interesse tutelato deve essere limitata alla fattispecie in sé e per sé considerata a prescindere dalla valutazione di circostanze esterne alla realizzazione del tipo descrittivo. L'assunto, per quanto formulato al fine di escludere la rilevanza della predisposizione della forza pubblica (9), assume una portata più ampia. «Solo operando in questa maniera — si nota (10) — si riesce ad evitare che, attraverso il principio sancito dall'art. 49, C. Pen., venga introdotto in ogni fattispecie un elemento di grave indeterminazione, che darebbe adito alla possibilità di escludere l'offensività del fatto sulla

base di considerazioni estranee alla realizzazione dell'illecito, ed accontenti a situazioni esterne, che con il fatto di reato non hanno nulla a che vedere». Si utilizzerebbero in tal caso considerazioni meta-giuridiche merita-economiche o sociali; mentre, per contro, in omaggio al principio di cui all'art. 25, 2° comma, Cost., la valutazione dell'offesa deve mantenere sempre un carattere rigorosamente normativo.

La eventualità di uno scarto tra conformità al tipo e «offesa» viene prevalentemente legata al riscontro della possibilità che, anche in presenza di una tecnica legislativa progredita, le infinite modalità e circostanze che accompagnano il fatto concreto tendano il fatto sostanzialmente non lesivo degli interessi tutelati pur senza tracciarne la conformità al modello legale. Attraverso l'art. 49, 2° comma, il legislatore penale scarterebbe, perciò, già a priori i limiti delle proprie tecniche di previsione. Più destando non certa meraviglia un simile atto di modestia da parte del legislatore, rileviamo fin d'ora che lo scarto «pare altresì verificabile in relazione ad uno sviluppo normativo dell'interesse tutelato». È più precisamente lo scarto può essere provocato da un diverso atteggiarsi del medesimo interesse tutelato nella cornice dei principi costituzionali o dello spirito della Costituzione; aspetto che si presenta di peculiare interesse in un sistema, com'è il nostro, in cui esistono in una stratificazione successiva Costituzione fascista e Costituzione democratica e repubblicana, e che non può dirsi tale da incrinare, tramite il riferimento a considerazioni estranee al fatto tipico e all'interesse tutelato, il carattere rigorosamente normativo del giudizio di verifica del rapporto tra fatto tipico e offesa.

Naturalmente, si rileva (11), tale possibilità di uno scarto tra conformità e lesività non si presenta con la medesima intensità presso tutte le fattispecie penali, ma varia a seconda del criterio adottato dal legislatore nella formulazione dei modelli legali: è molto rara (12) nelle fattispecie causalmente orientate, frequente nelle fattispecie a forma vincolata, di mera condotta, in cui la descrizione del modello legale si mantiene in termini piuttosto ampi e generici; minore, infine, in quelle fattispecie a forma vincolata, sia di mera condotta che ad evento naturalistico, in cui la tipizzazione del fatto illecito è estremamente minuziosa e circostanziata (13). Un dato tendenziale può dirsi il seguente: più si procede verso la restrizione dell'esigenza di tassatività espressa dall'art. 25, 2° comma, Cost., e più diminuisce la possibilità di applicazione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., con l'esclusione, è doveroso da parte nostra precisarlo,

(1) Così i casi delle eccezioni al principio generale ex art. 115 C. Pen., descritti nella parte speciale: in questa norma è prevista esplicitamente la possibilità di deroga al principio di diffeerenza dell'art. 49 Codice Penale. In ogni caso, quando anche l'ipotesi non fosse stata prevista, essendo l'art. 115 C. Pen. una norma penale ordinaria, sarebbe cambiato forse qualcosa?

(2) Così NETTI MIGNOLA, *op. cit.*, pag. 202.
(3) Così NETTI MIGNOLA, *op. cit.*, pag. 203. L'espressione «azione» è in tal caso usata nel senso di «fatto» per la ragione dell'uso di tale locuzione. M. GALLO, *voce Dato cit.*, pag. 752.

(4) L'assunto, più volte citato, è attribuibile principalmente a M. GALLO, *voce Dato cit.*, pag. 783.

(5) Cfr. altresì, NETTI MIGNOLA, *op. cit.*, pag. 79.

(6) NETTI MIGNOLA, *op. cit.*, pag. 205, e, in particolare, ibid. 97.

(7) Non è facile cogliere il ruolo autonomo che NETTI MIGNOLA attribuisce alla ratio, al pens., ad es., all'ipotesi che l'Autore prospetta alla nota 97 di pag. 205 (frutto da un oggetto di valore ingiurioso) rilevando che «... l'azione, avente riguardo alla ratio della norma, si risolve prima di contenuta lesiva» (8)

«fatto sembrerebbe, dunque, servire ad una migliore circoscrizione dell'offesa».

(8) Così richiedendo l'idoneità lesiva rispetto all'interesse tutelato o scopo della tutela.

(9) Cfr. NETTI MIGNOLA, *op. cit.*, pag. 200.

(10) NETTI MIGNOLA, *op. cit.*, pag. 200, il quale critica la formulazione dell'istituto da *in fine*, VASSIERI propone e di tale tenore: «il fatto non è punibile quando, per l'insufficienza dell'azione o per altra ragione l'interesse tutelato è preservato in un'azione, insensitivo di offesa». Tale formulazione, è chiaro, rigetta lo scarto che, come vedremo, esiste tra concezione realistica del reato ex art. 49 C. Pen. e concezione materialistica dell'illecito penale, propria dei Paesi socialisti.

(11) NETTI MIGNOLA, *op. cit.*, pag. 155.

(12) Sono piuttosto eccezionali e un po' rari, come rimane lo stesso NETTI MIGNOLA *op. cit.*, pag. 155, nota 101) gli esempi prospettati a prescindere dal fatto che la conformità al tipo e lesività si pende da una norma di giustificazione materialistica *ex post*, ossia dopo la commissione del fatto, ad esempio a titolo che sarà, proferito in seguito.

(13) Si pensi, ad es., al delitto di truffa (art. 540 C. Pen.)

dei casi in cui lo scarto dipende da un differente atteggiarsi dell'interesse (1).

La tendenzialità del dato dipende dal fatto che la tassatività prescritta dall'art. 25, 2° comma, Cost., non coincide necessariamente con quel carattere *minuzioso e circostanziato* della previsione che restringe al minimo le possibilità di scarto. Queste ultime sono, viceversa, da escludere nella ipotesi di delitto tentato: qui non esiste neppure la possibilità di scindere astrattamente i due requisiti essenziali dell'illecito penale (2).

Nel quadro di tale ricostruzione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., all'ipotesi di reato impossibile per inesistenza dell'oggetto viene attribuito (3) il seguente ruolo: il legislatore avrebbe con essa fatto riferimento ad una particolare ipotesi di delitto tentato, in cui, a causa dell'inesistenza dell'oggetto (materiale), è di impossibile verificazione l'offesa, *aliquid* l'evento pericoloso proprio di tale figura criminosa. Diversa è la valutazione dell'oggetto materiale della condotta nell'ambito del reato impossibile e del delitto tentato: nel primo viene in considerazione sotto l'aspetto della sua inesistenza assoluta, *in rerum natura*, mentre, per quanto riguarda il giudizio in concreto sull'idoneità degli atti, si tratta di accertare, secondo un criterio *ex ante* (e non a posteriori, come avviene per l'art. 49 C. Pen.), la presumibile presenza dell'oggetto della condotta durante lo svolgimento dell'attività criminosa. Pertanto: l'inesistenza dell'oggetto dell'azione nell'art. 49, 2° comma, C. Pen., configura un'ipotesi di *non conformità allo schema legale* per mancanza di un elemento costitutivo della fattispecie, cioè un caso che, ove non vi fosse l'espressa previsione di cui all'art. 49, 2° comma, C. Pen., potrebbe rientrare nel delitto tentato.

Questa ricostruzione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., non riesce ad eliminare una certa sfasatura del contenuto di tale normativa, comprensiva di due distinte ipotesi, riferentesi l'una a problemi generali del reato, costituente l'altra un semplice limite alla punibilità a titolo di tentativo. Questo secondo aspetto spiega la prevalente tendenza della dottrina e della giurisprudenza ad armonizzare tutto il contenuto dell'art. 49, 2° comma, in funzione di *limite* dell'art. 56 C. Pen.

d) L'appunto principale che si muove alla tesi esposta è quello di ricollegarsi con esplicita consapevolezza (4) all'impostazione legislativa di alcuni codici (in particolare, quelli dell'Europa orientale), per i quali non è punibile l'azione corrispondente al *Tatbestand*, che non sia socialmente pericolosa: impostazione, si dice (5), in contrasto, se pure *in bonam partem*, col principio di legalità, che postula un potere ricognitivo al di là della legge nel giudice penale. È opportuno seguire le cadenze principali di questo discorso di estremo interesse. Si nota (6) che, attraverso la contrapposizione tra azione formalmente tipica e azione non pericolosa per il bene, e quindi per la comunità sociale (7), « il principio di legalità ... e la certezza del diritto non sarebbero più ancorati alla legge, ma ai valori sostanziali immanenti nella società,

e in continua evoluzione. Di qui la possibilità di individuare limiti scriminanti e addirittura limiti esegutici della norma apparente, nelle fonti extralegislative che il giudice, nel caso concreto, è chiamato a trovare ». In altra sede (8) lo stesso insigne Autore, più decisamente, afferma che « ... In realtà, la non idoneità a ledere l'interesse finisce col funzionare da limite scriminante: e allora si giunge all'assurda conseguenza di riservare un trattamento particolare ad una causa di giustificazione non codificata. Perché, in effetti, non v'è differenza tra questa teoria dell'idoneità e la teoria della inadeguatezza sociale dell'azione ».

« Questa teoria — osserva sempre il NUVOLONE (9), che si riannoda, sia pure con intenti diversi, e solo *in bonam partem*, alle correnti germaniche che, in tempi ormai lontani, assegnavano al giudice il compito della *Rechtserfindung*, in base al presupposto che la legge è solo una delle fonti del diritto, perché il diritto riposa, anzitutto, nel sentimento giuridico della *Volksgemeinschaft*, non ci sembra possa essere accolta: essa può avere un valore di tendenza *de jure condendo*, con l'avvertenza, peraltro, che nessuno può garantire veramente il cittadino, una volta che il giudice, sulla scorta di criteri inevitabilmente soggettivi e non verificabili, si rende interprete dei valori sociali, che avverte nella sua coscienza ».

Dopo aver rilevato che la teoria è in conflitto col principio costituzionale, per cui il giudice è soggetto *solamente alla legge*, che è in contrasto insanabile col principio per cui il dolo implica solo conoscenza e volontà dell'azione, dell'omissione e dell'evento e il problema dell'idoneità si pone essenzialmente in termini di causalità materiale, l'Autore conclude sottolineando che essa « apre il campo non solo all'analogia, ma a limiti taciti che non trovano neppure la loro fonte nella consuetudine e nell'istituzione, che hanno pur sempre il carattere della conoscibilità oggettiva, ma anche in fonti non oggettivamente conoscibili, e la cui individuazione è legata a procedimenti emozionali, intuizionistici, non verificabili oggettivamente ».

Ci permettiamo di esprimere il nostro dissenso da così autorevole opinione. Indubbiamente tra l'articolo 49 C. Pen., così interpretato e le formule di non punibilità delle legislazioni dei Paesi socialisti esistono indici di apparente affinità: l'identica operatività *in bonam partem*, l'identica soluzione cui entrambe approdano per taluni casi (es., furto di cose di minimo valore); e, infine, la possibilità che per il fatto non punibile residui l'applicabilità di sanzioni diverse dalla pena vera e propria. L'affinità potrebbe, poi, essere avvalorata da un'interpretazione, a suo tempo da noi condivisa (10), che escluda il riaffiorare tramite le formule di non punibilità care ai Paesi socialisti di tendenze al tipo normativo di autore.

Ad una più attenta considerazione gli stessi elementi di apparente affinità si rivelano assai fragili. Si badi: mentre la non punibilità *ex art. 49, 2° comma, C. Pen.*, lascia residuare, per fronteggiare l'eventuale pericolosità dell'agente, l'applicabilità discrezionale di una

(1) Cfr. quanto si dirà in seguito. Ciò può essere sia dovuto ad una diversa configurazione in astratto dell'interesse (ad. es., per ragioni costituzionali) sia ad un diverso atteggiarsi del medesimo in rapporto a fattispecie concrete.

(2) Sul punto ampiamente, NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 214. Dovendo, infatti, gli atti del tentativo essere idonei a produrre il delitto consumato e il suo disvalore, si tratta « di un'ipotesi in cui alla conformità del fatto al tipo descrittivo corrisponde necessariamente la lesione dell'interesse, senza che vi sia la possibilità di scindere, neanche astrattamente, i due requisiti dell'illecito penale ».

(3) NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 355 e segg.

(4) Muove tale appunto NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., pag. 18 (Premessa alla ristampa).

(5) NUVOLONE, *op. e loc. cit.*, cit.

(6) NUVOLONE, *op. cit.*, pag. 18.

(7) Questa seconda valutazione, invero, non è sostenuta da NEPPI MODONA, mentre è implicita nelle concezioni socialiste della « pericolosità sociale dell'azione ».

(8) NUVOLONE, *rec. a NEPPI MODONA, Il reato impossibile (Indice penale, 1967, pag. 47)*.

(9) *I limiti taciti cit.*, pag. 18 (Premessa alla ristampa).

(10) *Cfr. il n. 2 g)*.

misura di sicurezza, le formule di non punibilità dei sistemi socialisti lasciano impregiudicata l'applicabilità di mere sanzioni amministrative per il caso in cui il fatto integri gli estremi di una infrazione amministrativa, variamente qualificata (*Verfehlung, Ordnungswidrigkeit, Disziplinarverstoss*, secondo l'art. 3, 2° comma, C. Pen. della Repubblica Democratica Tedesca del 12 gennaio 1968, il quale prevede pure la possibilità di perseguire l'agente *nach den Bestimmungen der materiellen Verantwortlichkeit*). E ancora: la identità di soluzione quanto all'ipotesi del furto di cose di minimo valore nasce, però, da un diverso processo argomentativo, fondato, con riferimento all'art. 49, 2° comma, C. Pen., sulla inidoneità del fatto a ledere l'interesse protetto dall'art. 624 C. Pen., ricostruito anche sulla base della *ratio* di tale norma incriminatrice (soluzione di non punibilità cui, peraltro, si può egualmente pervenire, secondo altri Autori tramite l'attribuzione di un più pregnante significato a termini quali «cosa mobile altrui» o «profitto», e con riferimento ai Paesi socialisti, grazie alla più ampia valutazione di «pericolosità sociale» del fatto).

E con tale rilievo siamo al nocciolo della distinzione tra le due concezioni «non formali» del reato. Il giudizio di lesività che si vuole imposto dall'art. 49, 2° comma, C. Pen., ha come termini di raffronto due elementi individuati con estremo rigore: da un lato il fatto concreto conforme al tipo con esclusione di tutte le circostanze esterne alla realizzazione del tipo descrittivo, dall'altro l'interesse specifico tutelato dalla norma incriminatrice, anche se assunto nella sua più precisa dimensione sociale e costituzionale. Nel giudizio di «pericolosità sociale dell'azione», cui fanno riferimento le legislazioni dei Paesi socialisti, i due parametri sono assai più elastici e di questa differenza è chiaramente consapevole lo stesso NEPPI MODONA (1).

Da un lato la non punibilità non vien fatta dipendere da motivi inerenti al fatto di reato: anche se forse come modello paradigmatico di valutazione di circostanze esterne alla realizzazione del tipo descrittivo non può proprio citarsi, per i Paesi socialisti, la predisposizione della forza pubblica (2). Dall'altro il discorso sulla pericolosità o meno dell'azione non rimane sicuramente circoscritto entro i confini dell'interesse specifico tutelato dalla norma incriminatrice.

Lo comprovano pur nella loro genericità le formule «pericolosità o danno sociale insignificante» adottate

da quelle legislazioni dei Paesi socialisti che non specificano ulteriormente i parametri di valutazione di tali concetti. Ma ciò emerge ancor più evidente in quelle legislazioni in cui tale specificazione è effettuata. Sintomatico è in proposito l'art. 3 C. Pen. cecoslovacco del 29 novembre 1961, il quale stabilisce che il grado del pericolo arrecato alla società viene determinato, fra l'altro, dall'importanza dell'interesse leso dal fatto delittuoso (3). Ora il concetto di «importanza dell'interesse» è un concetto di relazione, che presuppone, cioè, di necessità un raffronto con gli altri interessi tutelati. Lo stesso SOLNAR (4), specificando il criterio dell'importanza dell'interesse leso, afferma: «... Gli interessi giuridicamente tutelati non sono fra loro indipendenti; anzi, il danno o il pericolo arrecato a uno di essi implica un danno o un pericolo nei confronti di altri, e quanto più importante è l'interesse colpito dalla violazione tanto più il fatto rappresenta un pericolo per altri interessi, anche per quelli che non costituiscono l'oggetto immediato». Evidente è, pertanto, la differenza rispetto all'art. 49, 2° comma, C. Pen.: nessuno dei sostenitori della concezione «realistica» del reato oserebbe, infatti, affermare che la scarsa importanza dell'interesse specifico tutelato, determinata come sopra, legittima la non punibilità del fatto. Tutt'al più, aggiungiamo noi in base alle premesse a suo tempo fissate (5), la scarsa importanza dell'interesse, da intendersi come espressione di una mancata rilevanza costituzionale del medesimo o di una sua limitata significatività in rapporto al valore della libertà personale, può essere sintomatica dell'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice; ma altri sono i termini del discorso.

Altrettanto evidente risultava tale sconfinamento dall'interesse specifico tutelato nel 1° comma dell'art. 8 della L. 11 dicembre 1957, premessa al *Strafgesetzbuch* della Repubblica Democratica Tedesca il quale prevedeva quale causa di non punibilità di un fatto esteriormente conforme al tipo la «mancanza di conseguenze dannose per la Repubblica Democratica, per la collettività socialista, per gli interessi del popolo lavoratore e del singolo cittadino»; e risulta tuttora nell'art. 3, 2° comma del vigente Codice Penale della Repubblica Democratica Tedesca il quale parla di «ripercussioni del fatto sui diritti e interessi del cittadino o della società» (6).

e segg.: qui la consapevolezza delle differenze tra concezione realistica del reato ex art. 49 C. Pen. e concezione materiale, nei Paesi socialisti si fa più netta e l'Autore afferma che sulla base delle formulazioni dei codici socialisti «non si incontrerebbe alcuna difficoltà nel sostenere che il fatto commesso con la predisposizione della forza pubblica non costituisce reato. Ma queste conseguenze discendono appunto dalla maggiore ampiezza riservata al principio della offensività del fatto, che risulta puntualizzato non solo nei confronti della lesione, bensì proiettato anche riguardo alle «conseguenze nocive» prodotte dal comportamento conforme al modello legale».

(1) Cfr. *Il reato impossibile cit.*, pag. 193, nota 119, in cui l'Autore riconosce non estranei, ad es., alla normativa della Repubblica Democratica Tedesca influssi derivanti da una concezione dell'antigiuridicità in senso materiale; concezione che, per contro, per dichiarazione dello stesso Autore esula dalla prospettiva dell'art. 49 Codice Penale. Minor consapevolezza della differenza dimostra, per contro, NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile* (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, 1967, pag. 978): qui l'Autore nel passare in rassegna gli argomenti che avrebbero dovuto indurre a considerare l'art. 49 C. Pen. quale base per una dimostrazione positiva della fondatezza di determinate concezioni in tema di teoria generale del reato, rileva che «... non avrebbero dovuto essere misconosciute le esperienze di numerosi codici stranieri — in particolare, dell'Unione Sovietica, della Repubblica Democratica Tedesca e della Jugoslavia — in cui viene esplicitamente enunciato, *sic pure basandosi su presupposti differenti da quelli propri della tradizione giuridica occidentale* (il corsivo è nostro), il principio secondo cui i fatti, anche se conformi al modello legale della norma incriminatrice, non sono punibili quando risultino privi di effettiva lesiva, a causa della scarsa importanza o dell'assenza di conseguenze nocive. L'analogia (il corsivo è nostro) tra le espresse enunciazioni del principio della concezione realistica dell'illecito contenute nei codici ora menzionati e la formulazione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., è sufficientemente chiara, e ad ogni modo tale da invitare a superare le inevitabili differenze terminologiche, basate più che altro sulla diversa impostazione dei sistemi politici dei Paesi in esame».

(2) Cfr. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile cit.*, pag. 287

(3) Cfr. il testo del 4° comma dell'art. 3 in *Das tschechoslowakische Strafgesetzbuch cit.*, pag. 17.

(4) *La nozione di pericolo cit.*, pag. 1056.

(5) Cfr. il n. 2 c).

(6) Cfr. il 1° comma dell'art. 3 cit. in *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, pag. 76. Sui rapporti intercorrenti tra la non punibilità per assenza o irrilevanza della pericolosità sociale dell'azione e il principio sancito nel § 153 del Codice di Procedura Penale (relativo alla non punibilità dell'azione per i c. d. *Bagatelldelikte* della Germania occidentale), cfr. LYON, *Der Verbrechensbegriff*, cit., pag. 35, la quale registra un'iniziale tendenza dei giuristi della Germania orientale a richiamare il § 153 cit. Sulla differenza non solo formale (il § 153 è norma processuale), ma anche ideologica fra le due normative cfr. gli Autori citati dalla stessa LYON, op. e loc. cit. Cfr. però, sul valore sostanziale del § 153 KRUMPHALD, *Die Bagatelldelikte*, 1966, pag. 230 e segg. e Autori ivi richiamati.

In definitiva, il giudizio sulla « pericolosità dell'azione », nei Paesi socialisti esprime una sorta di raffronto o di tensione dialettica (esprimibile anche in termini di adeguatezza sociale (1)) tra l'oggetto giuridico specifico « concretizzantesi nei singoli interessi, nei particolari rapporti sociali aggrediti dai singoli reati » (2) e l'oggetto giuridico generico della tutela penale identificantesi, in termini abbastanza certi in una società realmente socialista (3) « nei rapporti sociali vantaggiosi e utili per la classe dominante » (4).

Il carattere di tensione o di raffronto dialettico insito nel concetto di pericolosità sociale, e quindi la sua natura più specificamente contingente, giustifica altresì disposizioni come l'art. 50 C. Pen. sovietico, il quale nella sua prima parte (5) dispone che il giudice può astenersi dall'affermare la responsabilità penale e dall'applicare la pena se si riconosce che « al tempo dell'istruttoria o del dibattimento in tribunale, a seguito d'un mutamento della situazione, il fatto commesso dal colpevole abbia perduto il carattere di pericolosità sociale... »: spostamento cronologico del limite di valutazione rispetto alla commissione del fatto già contenuto logicamente in nuce nella stessa natura degli indici diagnostici adottati per la valutazione della pericolosità sociale dell'azione (ad es., ripercussioni evidentemente successive al fatto, rispetto ai diritti dei cittadini e della società). È una soluzione che appare inammissibile, data la differente natura dei presupposti, per il giudizio di conformità tra fatto ed offesa ex art. 47, 2° comma, C. Pen. (6).

Fra l'altro poi, tra gli elementi differenziali dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., rispetto alle formule di non punibilità dei Paesi socialisti, va segnalato il fatto che, tra gli indici della pericolosità dell'azione figura, altresì, la colpevolezza dell'agente (7): elemento, viceversa, che, salvo qualche incertezza per il dolo specifico, nei limiti di cui si dirà, esula dal confronto tra conformità al tipo (8) e offesa ex art. 49, 2° comma, C. Pen. (9).

È da ultimo: la non idoneità a ledere l'interesse non può funzionare come limite scriminante in quanto il giudizio ex art. 49, 2° comma, C. Pen., presuppone integralmente realizzata la conformità al tipo, nell'insieme dei suoi elementi positivi e nell'assenza degli elementi negativi; e, d'altro canto, presupponendo

il concetto di adeguatezza sociale un giudizio che si sposta dall'interesse protetto ad altri parametri più o meno definiti, non può la citata idoneità neppure qualificarsi come inadeguatezza sociale dell'azione. Né il giudizio ex art. 49, 2° comma, C. Pen., implica, alla luce di quanto s'è detto, il ricorso a parametri extra giuridici o addirittura a procedimenti emozionali e intuizionistici: le cadenze che segnano la ricerca dell'interesse protetto e la caratterizzazione del suo preciso significato sociale e costituzionale sono tipicamente interpretative e rispondenti al dettato dell'art. 25, 2° comma, Cost.

e) La tesi che ravvisa nell'art. 49, 2° comma, C. Pen., l'affermazione della concezione realistica del reato ha suscitato ulteriori motivi di perplessità e di critica. Si è già altrove (10) posto in luce che l'art. 49, 2° comma, intanto può manifestarsi criterio relativamente sicuro in quanto si ricolleggi alla salda individuazione del bene tutelato: ammonimento che riflette in misura particolarmente accentuata, data la portata dell'art. 49, 2° comma (11), la preoccupazione costantemente insita nella tematica della rilevazione del bene tutelato. E si è ulteriormente rilevato (12) che il prevalere di tendenze formalistiche, se non metodologicamente aprioristiche, riguardo all'interesse, comprometterebbero senza dubbio, in ogni caso, l'efficienza del principio. È un rischio codesto che un attento e costante richiamo alla dimensione sociale e costituzionale dell'interesse tutelato può contribuire ad evitare (13).

In particolare ci preme porre l'accento su talune obiezioni critiche estremamente rigorose cui la tesi è stata di recente (14) sottoposta, esaminandole partitamente.

Si è anzitutto rilevato che l'art. 49, 2° comma, non concorre in alcun modo ad erudirci sulla natura degli interessi tutelati (15). Per cui si prospetta all'interprete un'alternativa: rintracciare l'interesse tutelato sulla base della descrizione normativa delle singole figure di illecito, oppure sostenere che l'art. 49 C. Pen. rinvia a criteri di valutazione extranormativi (16). Scartata questa seconda eventualità perché ovviamente inaccettabile, la prima eventualità si involge in una contraddizione logica: se l'interesse tutelato deve essere dedotto dalla « intima struttura della fattispecie », come affermano in linea di premessa i fautori della

(1) Va incidentalmente sottolineato come il fatto che nella concezione materiale del reato propria dei Paesi socialisti il punto di riferimento per la valutazione di pericolosità sia rappresentato non solo dall'interesse specifico tutelato, ma da un interesse sociale più ampio, giustifica la punizione assai frequente in tali legislazioni del tentativo diretto contro un oggetto inesistente « a condizione che si mostri abbastanza pericoloso per la società, in ragione della minaccia rappresentata per i rapporti sociali che non costituiscono l'oggetto primario dell'infrazione » (così, con riferimento al diritto penale cecoslovacco, SOLNAŘ, *La nozione di pericolo*, cit., pag. 1057). È interessante, fra l'altro, quanto s'è detto oltre che al fine di confermare le differenze intercorrenti tra la concezione realistica del reato ex art. 49 C. Pen. e la concezione materiale del reato nei Paesi socialisti, al fine di porre in evidenza le molteplici ragioni attraverso le quali si può pervenire alla punizione dell'*untauglicher Versuch* (in Germania occidentale, ad es., ciò avviene muovendo da premesse di diritto penale della « volontà »).

(2) Così DURIGATO, recensione a BORIS VYBRAL, *Concetto e significato dell'oggetto del reato*, cit., pag. 1197.

(3) Ovviamente il grado di certezza è strettamente correlato al carattere realmente e non formalmente socialista di una società.

(4) Così DURIGATO, *op. e loc. cit.* alla quale facciamo rinvio per l'esame della suddivisione tra oggetto specifico principale e accessorio.

(5) Sulla norma cfr. quanto s'è già detto nel n. 2g).

(6) Nell'art. 49, 2° comma, C. Pen. gli elementi valutabili sono quelli intrinseci al fatto concreto conforme al tipo.

(7) Cfr. per il Codice Penale cecoslovacco, SOLNAŘ, *La nozione di pericolo*, cit., pag. 1059.

(8) Rinviamo a tal fine alle prossime pagine.

(9) Ci riferiamo ai casi in cui il dolo specifico incide sulla determinazione dell'oggettività giuridica.

(10) Così BRUCOLA, *Dolo in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1959, pag. 99.

(11) È la preoccupazione espressa, ad es., da ANTOISE.

(12) Su tale « rischio » richiamavamo l'attenzione nel nostro *Dolo in re ipsa*, cit., pag. 99, aspetto ripreso da M. ROMANO, *Profilo penalistico del conflitto d'interessi*, cit., pag. 168.

(13) È chiaro, inoltre, che il superamento di certe perplessità altrove espresse è legato altresì, alla revisione da noi in precedenza patrocinata [n. 2 c)] degli interessi tutelati in chiave costituzionale nonché a questo fra breve diremo circa l'incostituzionalità delle fattispecie a pericolo presunto.

(14) Cfr. STELLA, *La « descrizione » dell'evento*, vol. I, *L'offesa e il mezzo causale*, Milano, 1970, pag. 54 e segg. (malgrado il carattere « provvisorio » di tale edizione ci permetteremo di utilizzarla ampiamente, data la particolare significatività dei rilievi ivi contenuti. Gli stessi argomenti critici nei confronti della tesi del NEPPI MODONA sono ripresi da STELLA in un articolo di prossima pubblicazione sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale* dal titolo *La teoria del bene giuridico e i cosiddetti fatti inoffensivi conformi al tipo*, nel quadro di una più ampia problematica avente per oggetto la necessità di una rifondazione del concetto di bene giuridico sulla base dei principi costituzionali).

(15) STELLA, *La « descrizione » dell'evento* cit., pag. 54.

(16) STELLA, *op. cit.*, pag. 52: «... quali il contrasto con norme di civiltà, con gli scopi e gli interessi della società e via discorrendo... ».

tesi (1), riesce difficile immaginare un fatto conforme a quest'ultima e non lesivo del primo. Nè giova richiamarsi — si nota (2) — all'innocuità dei singoli elementi della fattispecie partitamente considerati, in quanto «... l'innocuità di un singolo elemento è l'innocuità di elementi tra loro concatenati, ma poiché l'interesse tutelato si ricava, appunto, dal modello legale unitariamente considerato, i due concetti non possono non coincidere: che è quanto basta per escludere ogni possibilità di una loro considerazione autonoma».

La premessa dalla quale muove l'obiezione, e cioè che l'interesse tutelato debba essere dedotto dalla «intera struttura della fattispecie» «... ivi compresa ogni modalità dell'azione, l'oggetto materiale, l'evento naturalistico, situazioni scriminanti, ecc., nonché l'elemento soggettivo» (3), è tutt'altro che indiscutibile. A prescindere dai casi in cui l'interesse tutelato, pur specificandosi a livello della singola fattispecie criminosa, è ricavabile dall'inserimento della norma incriminatrice in un complesso sistematico di tutela (4), è preferibile, per non esporsi al rischio di gravi obiezioni (5), ritenere che in ogni fattispecie criminosa esista un nucleo di elementi non solo oggettivi (6), particolarmente significativi rispetto alla determinazione dell'interesse tutelato; gli altri dovendo per contro ritenersi, se non innocui, marginali rispetto a tale rilevazione. Con il che non si esclude che detti elementi nella loro realizzazione concreta, considerati complessivamente con gli altri elementi del fatto, possano determinare la pratica innocuità.

D'altro canto, anche a voler ammettere in linea ipotetica, la validità della premessa, essa non esclude la possibile disfunzione tra fatto conforme al tipo e offesa dell'interesse tutelato.

Infatti il tipo, per sua stessa natura, e per quanto tassativo, a' sensi dell'art. 25, 2° comma, Cost., non è mai tale da scontare tutte le varianti del caso concreto le quali possono rendere i singoli elementi nel contesto della fattispecie concretamente innocui. Ad ulteriore conferma della possibile disfunzione tra conformità al tipo e «offesa» va aggiunto il fatto che l'interesse, quale si dedurrebbe dalla «intera struttura della fattispecie», è pur sempre l'interesse nella sua accezione statica senza quella sua specifica dimensione sociale concreta che esso assume in sede di valutazione di «lesività».

Com'è noto, uno degli argomenti sui quali si fa leva per avvalorare il *distinquo* tra tipo descrittivo ed offesa nell'art. 49, 2° comma, è costituito dal raffronto tra l'art. 56 C. Pen. che si riferisce soltanto al delitto tentato e l'art. 49 il quale ricomprende sotto il proprio ambito anche le contravvenzioni. Si obietta (7) che l'argomento non è probante e non è utilizzato in modo coerente dalla dottrina che confuta la configurabilità dell'art. 49, 2° comma, come contrario negativo del tentativo. Ecco i termini dell'obiezione: «si af-

ferma che la prescrizione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen. si riferisce anche alla contravvenzione; per questa ragione si respinge anche la configurazione del reato impossibile come doppiamente negativo del delitto tentato; si individua nel reato impossibile (per inesistenza dell'oggetto) un limite alla punibilità a titolo di tentativo; e si conclude escludendo la contravvenzione dall'ambito di operatività dell'art. 49, 2° comma, C. Pen. nell'ipotesi di inesistenza *in rerum natura* dell'oggetto». La dissonanza — si nota (8) — non può essere negata; ed è, probabilmente, una dissonanza significativa «... se, nella nuova prospettiva, non si esita ad ammettere che non tutte le ipotesi di reati impossibili rientrano nella sfera di applicabilità dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., una delimitazione di quest'ultima ai soli delitti non dovrebbe apparire impossibile neppure nel quadro dell'interpretazione tradizionale della formula legislativa».

L'obiezione è puntuale ma non decisiva. Resta, infatti, da giustificare l'uso della locuzione ampia «reato» non solo nella rubrica dell'art. 49 C. Pen., ma nello stesso contenuto della normativa (e, in particolare, nell'art. 49, 3° comma, C. Pen.). È, pertanto, legittimo lo sforzo interpretativo diretto a salvaguardare l'ampia accezione della locuzione e l'autonoma funzione del 2° comma rispetto alla figura del tentativo, con l'unico limite, naturalmente, del reato impossibile per inesistenza dell'oggetto materiale il cui collegamento con l'art. 56 C. Pen. appare ineliminabile (9).

A questo punto vorremmo dare ampio risalto ad un'obiezione estremamente acuta anche se non condivisibile. Vale la pena di richiamare i principali passaggi attraverso i quali essa si snoda. Si prendono le mosse dai corollari che dalla tesi di cui si discute circa i rapporti fra l'art. 49, 2° comma, C. Pen. e l'articolo 56 C. Pen. discendono sul piano dell'accertamento: a) in via preliminare si dovrebbe stabilire se il fatto concretamente verificatosi corrisponda al «tipo descrittivo» di parte speciale; b) in caso di risposta positiva, si dovrebbe poi accertare, «secondo un giudizio *ex post*, che tenga esclusivamente conto della situazione effettivamente verificatasi» (10), se realmente l'azione abbia determinato la lesione dell'interesse protetto: se il fatto risultasse carente di contenuto lesivo, ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di reato impossibile per inidoneità dell'azione; nel caso contrario, si ricadrebbe «nell'ambito del reato consumato, escludendo ogni riferimento sia al reato impossibile che al delitto tentato»; c) ove l'indagine preliminare sulla conformità del fatto al modello legale dovesse invece approdare ad un risultato negativo, si renderebbe necessario procedere alla «valutazione dell'idoneità degli atti nella direzione della loro conformità al modello legale del delitto tentato, cioè della potenziale attitudine del comportamento a ledere l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice» (11).

(1) Così NEPPI MODONA, *Il reato impossibile* cit., pag. 79; M. GALLO, voce *Dolo* cit., pag. 783.

(2) STELLA, *op. cit.*, pag. 58.

(3) In tal senso gli Autori citati alla nota precedente n. 1.

(4) Valore meramente indicativo posseggono, a tal fine, gli intitolati e le rubriche dei singoli articoli; più complesso appare tale compito ricostruttivo nelle leggi penali speciali ove manca spesso questo stesso dato indicante.

(5) Del tipo di quelle sollevate da STELLA, *op. cit.*, pag. 56 e seguenti.

(6) Per la rilevanza degli stessi elementi soggettivi sull'oggettività giuridica cfr. quanto si dirà tra breve. Come modello di una ricerca tendente ad individuare il nucleo degli elementi della fattispecie (in particolare, quella dell'art. 383 C. Pen.) significativi per rilevare il bene tutelato segnaliamo MOLARI, *La tutela penale della condotta civile*, cit., *passim*.

(7) STELLA, *op. cit.*, pag. 59 e segg.

(8) STELLA, *op. cit.*, pag. 61.

(9) E in tal senso è orientato anche lo studio più volte citato di NEPPI MODONA. Perciò ci pare troppo radicale l'alternativa che STELLA (*op. cit.*) prospetta a pag. 62: «... La verità, forse, è che bisogna scegliere: o si riconosce valore vincolante alla rubrica dell'art. 49 C. Pen. ed in tal caso non si può più sostenere che l'ipotesi contravvenzionale del reato impossibile per inesistenza dell'oggetto esorbita dalla previsione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen.; oppure si tiene ferma quest'ultima affermazione, ed allora si deve ripudiare la premessa relativa alla rubrica e, con essa, ogni congettura in merito all'incongruenza determinata dall'equazione «reato impossibile - doppiamente negativo del delitto tentato»».

(10) Così NEPPI MODONA, *Il reato impossibile* cit., pag. 205 e seguenti.

(11) I passaggi di tale argomentazione di NEPPI MODONA sono richiamati da STELLA, *op. cit.*, pag. 63-64.

Ciò premesso, questi sono i termini in cui si concreta l'obiezione: «... se l'accertamento della mera conformità del fatto al «tipo descrittivo» precludesse per davvero la possibilità di chiedersi se gli atti sono idonei ai sensi dell'art. 56 C. Pen., si dovrebbe riscontrare, nel sistema, un'incongruenza assai più grave di quella che si vuole far discendere dall'interpretazione tradizionale dell'art. 49, 2° comma, C. Pen.: nell'ipotesi in cui gli atti siano idonei, ma la condotta o l'evento naturalistico si rivelino concretamente inoffensivi, non si potrebbe ricorrere né alla disciplina del reato consumato né a quella del delitto tentato; o, in altre parole, in presenza di un comportamento che riveste la stessa (se non una maggiore) gravità di quella punibile a titolo di tentativo, ci si dovrebbe rassegnare a ripiegare sullo schema del reato impossibile» (1).

Nel formulare l'obiezione si tiene presente a titolo esemplificativo il caso, già da altri prospettato (2), di chi appresti una stampiglia accuratissima per contraffare una firma e la usi poi con una stampatrice che presenta difetti nella erogazione degli inchiostri, di guisa che il falso sia facilmente riconoscibile (falso grossolano).

Non sembra, inoltre, possibile a chi formula l'obiezione escogitare un qualche espediente che consenta di aggirare l'ostacolo: «... è escluso che si possa pensare ad un giudizio di idoneità ex art. 49, 2° comma, C. Pen. che implichi un accertamento *ex ante* della idoneità della condotta a produrre l'evento naturalistico o giuridico, perché ciò equivarrebbe a rinnegare le premesse, e a negare, in particolare, che l'articolo 49, 2° comma, ricomprenda nel suo ambito tutte le ipotesi in cui il fatto si sia rivelato, secondo un giudizio *ex post*, concretamente inoffensivo; d'altro lato, non si può neppure sostenere che, nelle ipotesi considerate «se è vero che non sussiste il... delitto consumato sussiste però ugualmente il fatto tipico del delitto tentato» (3), e che, quindi, la punibilità a titolo di tentativo non può essere revocata in dubbio: ragionando a questo modo, si sarebbe costretti, rinnegando di nuovo le premesse, a circoscrivere l'applicabilità dell'art. 49, 2° comma, C. Pen. ai casi di tentativo idoneo, e a negare, conseguentemente, che il vocabolo azione possa essere inteso nel senso di fatto formalmente conforme al tipo descrittivo» (4).

Rimangono anzitutto al di fuori della portata dell'obiezione quei casi, in cui alla conformità al tipo descrittivo non si accompagna la lesione dell'interesse protetto a causa del diverso (5) atteggiarsi del significato sociale e costituzionale di quest'ultimo. In tal caso, infatti, la conformità al tipo del delitto consumato non implica la realizzazione dello schema del delitto tentato posto che requisito del tipo ex art. 56 C. Pen. è l'idoneità alla realizzazione del delitto consumato e, quindi, del suo disvalore (6).

Analogamente dicasi per l'eventualità in cui l'inoffensività del fatto conforme al tipo del delitto consumato dipenda da elementi la cui realizzazione è antecedente rispetto all'integrazione della sfera dello stesso tentativo punibile (7).

(1) Così STELLA, *op. cit.*, pag. 65.

(2) L'INNOCENTE, *Considerazioni in tema di reato impossibile* (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1962, 1098).

(3) È la tesi sostenuta da L'INNOCENTE, *Considerazioni, cit.*, pag. 1098.

(4) STELLA, *op. cit.*, pag. 67.

(5) Il senso di questa «diversità» si preciserà ulteriormente tra breve.

(6) Non è, d'altro canto, possibile ipotizzare che la «diversità» accennata si verifichi in quel breve scarto cronologico che intercorre tra il momento di realizzazione degli atti ex art. 56 C. Pen. e la successiva consumazione del reato.

L'obiezione ha, pertanto, esclusivo riguardo ai casi in cui l'inoffensività dipenda da elementi che intervengono a completare il tipo del delitto consumato, dopo che si sono integrati i presupposti del tentativo punibile. Così individuata la portata, l'obiezione, pur conservando una notevole forza di suggestione, non è persuasiva. Ritorniamo allo schema del delitto tentato ex art. 56 C. Pen. Il requisito oggettivo dell'idoneità va valutato *ex ante* assumendo come punto di riferimento terminale il delitto consumato e, quindi, il suo disvalore, e come oggetto gli atti realizzati *di per sé univoci* (8) unitamente, però, alle presumibili circostanze destinate ad accompagnare l'*iter* successivo di realizzazione del reato fin alla sua consumazione, ossia fino al completamento dell'azione o al prodursi dell'evento. In altri termini, con riferimento all'esempio sopra prospettato, l'apprestamento di una stampiglia accuratissima per contraffare una firma, pur essendo atto univocamente diretto alla realizzazione di un falso, può non essere ancora *ex ante* idoneo (e quindi ridursi al rango di mero atto preparatorio), qualora al momento della preparazione della stampigliatura non fosse da presumersi la successiva utilizzazione di un inchiostro tale da ottenere una stampa nitida e precisa (9).

È evidente, poi, che se al momento di approntamento della stampigliatura era già presumibile che si sarebbe usata una stampatrice difettosa, può tranquillamente affermarsi che il fatto conforme al tipo del delitto consumato non ha mai nel suo *iter* di realizzazione integrato gli estremi del tentativo punibile. Qualora l'*iter* successivo che conduce alla consumazione si realizzi in conformità del margine di presumibilità del quale s'è detto, necessario ad integrare l'idoneità del tentativo, non può, per la contraddizione che non lo consente, verificarsi uno scarto tra conformità al tipo del delitto consumato e lesività (10). E ciò pur ammettendo che la valutazione di idoneità ex art. 56 C. Pen. e di idoneità ex art. 49, 2° comma, C. Pen. si svolgono su due piani distinti: *ex ante*, la prima, *ex post*, la seconda, ma con innegabili nessi. Il discorso vale anche qualora l'*iter* di realizzazione del delitto consumato si completi tramite la variazione di taluno degli elementi *presumibili*, ma di portata *irilevante* rispetto allo stesso giudizio di idoneità ex articolo 56 C. Pen.

Quanto s'è detto pone in luce come l'operatività dell'obiezione accennata vada circoscritta entro confini ancor più ristretti; la maggior parte dei casi cui essa allude si riferisce infatti a ipotesi di conformità al tipo di delitto consumato, che inglobano in sé soltanto meri atti preparatori.

L'obiezione conserva una sua apparente validità con riguardo ai casi in cui, superata la fase del tentativo punibile, alcuno degli elementi rilevanti per la consumazione non si realizzi nella forma presumibile all'atto della fase precedente (ad es., venga usata una stampatrice, contrariamente alle previsioni, difettosa), ma in forma inoffensiva.

In tal modo — si osserva (11) — il fatto conforme al tipo del delitto consumato non sarebbe offensivo e

(7) E ovviamente non vale per quei reati che, come le contravvenzioni, non ammettono la configurabilità del tentativo.

(8) Tale requisito contribuisce ad impedire che attraverso la utilizzazione delle «presumibili circostanze successive» nella valutazione dell'idoneità si possa determinare un arretramento del limite di punibilità del tentativo.

(9) L'esempio è quello citato da L'INNOCENTE, *Considerazioni cit.*, pag. 1098.

(10) Nemmeno, per quanto s'è detto alla precedente nota 6, sotto il profilo di un diverso atteggiarsi della qualificazione socio-costituzionale dell'interesse tutelato.

(11) STELLA, *op. cit.*, pag. 64.

quindi risulterebbe non punibile ex art. 49, 2° comma, C. Pen.; il tentativo in esso inglobato non sarebbe, d'altro canto, punibile, posto che, alla luce di una interpretazione rigorosamente formale dell'art. 56 Codice Pen. l'azione deve dirsi compiuta o l'evento, se trattasi di reato ad evento naturalistico (1), realizzato, mentre l'inedoneità lesiva *ex post* non neutralizza la idoneità degli atti (valutabile *ex ante*). Né il tentativo potrebbe dirsi punibile ex art. 49, 3° comma, il quale, parlando di reato diverso, farebbe riferimento ad un reato sia tentato che consumato avente un *nomen juris* diverso da quello del reato impossibile (2) e, inoltre, si riferirebbe ai casi in cui tutto il fatto non punibile concreti nell'insieme dei suoi elementi costitutivi, a differenza del caso di specie, un reato.

L'impossibilità di punire il tentativo fa sì che la ricostruzione dell'art. 49, 2° comma, in chiave di *distinzione* tra conformità al tipo e offesa si scontri con l'assurdo già segnalato (3) di rassegnarsi a ripiegare sullo schema del reato impossibile in presenza di un comportamento che riveste la stessa (se non una maggiore) gravità di quello punibile a titolo di tentativo.

L'obiezione non è ancora decisiva. Anzitutto, si possono ipotizzare altri casi in cui la punibilità del tentativo viene neutralizzata dall'ulteriore sviluppo lecito dell'*iter criminis* fino alla consumazione. Si pensi alla eventualità in cui una causa di giustificazione intervenga quando già il fatto ha raggiunto lo stadio del tentativo e ne condizioni l'ulteriore sviluppo e consumazione: si faccia il caso, per rimanere all'esempio di partenza, di chi appresti una stampiglia accuratissima per contraffare una firma e realizzi poi il falso con una stampatrice idonea, in presenza, però, di una situazione, non importata se nota all'agente (*ex art. 59, 1° comma, C. Pen.*), di legittima difesa. L'esempio presuppone ovviamente risolto, in linea di ipotesi, un problema che, per contro, è tuttora aperto: e cioè quello concernente il momento in cui devono realizzarsi durante l'*iter criminis* gli estremi della causa di giustificazione (4) e, in particolare, il quesito circa la loro operatività quando anche intervengano dopo il superamento della soglia del tentativo. In ogni caso, risolto positivamente il secondo quesito, non è possibile, alla luce di un'interpretazione rigorosamente formale dell'art. 56 C. Pen., accettare la tesi di chi, troppo sbrigativamente (5), afferma che qualora la causa di giustificazione intervenga una volta superata la soglia del tentativo, il fatto sarebbe suddividibile in due tronconi: il primo punibile a titolo di tentativo, il secondo lecito perchè scriminato. E ciò malgrado l'azione possa

dirsi compiuta, o l'evento verificato, al di fuori di ogni deviazione causale; presupposti che viceversa non debbono realizzarsi *ex art. 56 C. Pen. stricto sensu* inteso.

L'interpretazione formale dell'art. 56 C. Pen. che conduce a ritenere non punibile il tentativo nell'ipotesi riconducibile all'art. 49, 2° comma, C. Pen. nella sua peculiare estrinsecazione, dovrebbe, pertanto (e con ben più assurdi risultati, non essendo neppure applicabile la misura di sicurezza *ex art. 49, 4° comma, C. Pen.*) condurre ad analogo risultato nell'ipotesi concernente il sopravvenire di una causa di giustificazione.

Ma v'è forse la possibilità di superare tali incongruenze, di rendere punibile in entrambi i casi il tentativo e di respingere ulteriormente l'obiezione che qui si analizza.

Si badi: in chiave di interpretazione meno formalistica dell'art. 56 C. Pen. la dottrina (6) distingue fra evento effettivamente «cagionato», dipendente da una azione volontaria e legato da nesso causale alla condotta dell'agente, ed evento materialmente «verificatosi» ma non cagionato in senso penalmente rilevante. L'evento non è da ritenersi cagionato — si nota — quando l'atto tipico sia stato realizzato in situazione di forza maggiore o di altra causa escludente la *sulfas* (ad es., Tizio, appostatosi per sparare, scivola ed il colpo parte per sbaglio), oppure di interruzione del nesso causale (ad es., la morte, che si sarebbe prodotta egualmente, avviene per un infarto insorto alla vittima). La portata di quest'ultima ipotesi sarà tanto più ampia quanto più si aderisce alla teorica della causalità adeguata o della causalità umana, anziché a quella della *conditio sine qua non*. E taluno soggiunge, con un commento dell'interpretazione in parola tale da adattarsi perfettamente al problema di cui si discute: «... è una conclusione necessaria, onde non correre il rischio di dover lasciare impunito un fatto che, da un lato, non potrebbe essere considerato tentativo per l'avvenuta verifica dell'evento e, dall'altro lato, non potrebbe certamente, alla luce delle più moderne concezioni in tema di causalità, dar luogo a fattispecie consumata» (7).

Superato lo sbarramento dell'interpretazione formalistica dell'art. 56 C. Pen. non si vede per quali motivi le conclusioni non possano essere estese a tutti quei casi in cui l'azione si compie o l'evento naturalistico si verifica ma con varianti (involontarie) (8) rispetto a quelle *potenzialmente* scontate nel giudizio di idoneità. Naturalmente le varianti devono avere un rilievo giuridico, penale, e cioè determinare la non punibilità del fatto conforme al tipo (9) come è ap-

(1) Così STELLA, *op. cit.*, pag. 65.

(2) NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 346 e segg., infatti, esaminando il reato impossibile per l'inesistenza dell'oggetto, circoscrive la portata dell'art. 49, 3° comma, C. Pen. alle sole ipotesi «in cui residua una responsabilità per un reato, sia tentato che consumato, avente un *nomen juris* diverso da quello su cui l'agente è caduto in errore».

(3) Obiezione acutamente prospettata da STELLA, *op. cit.*, pag. 65.

(4) Il tema non è stato particolarmente approfondito dalla dottrina italiana. NEPPI MODONA, *op. cit.*, pag. 133, nota 107, sottolineando la complessità della questione relativa all'operatività delle cause di giustificazione secondo il momento del loro intervento, ed osservando che esse rilevano solo quando siano concomitanti e già presenti al momento della condotta, si enuncia poi sommarariamente una tesi secondo la quale ove le scriminanti intervengano successivamente (ad es., durante la realizzazione dell'evento), pur non potendo funzionare come tali, sarebbero comunque talora idonee a rendere il fatto, pur consumato al tipo, non lesivo dell'interesse protetto, e quindi, non punibile *ex art. 49 C. Penale*. La tesi non è accoglibile per un duplice ordine di motivi. In primo luogo, per il principio di non contraddizione, non è ammissibile che un elemento pur non potendo operare come scriminante per difetto dei requisiti specificamente postulati in via normativa, operi per altra via

e realizzi un identico risultato di non punibilità del fatto. Un certo comportamento non idoneo a fungere da scriminante potrà operare al massimo in chiave di attenuazione della pena; ma non in funzione di esclusione della pena. In secondo luogo l'affermazione di NEPPI MODONA crea una contraddizione all'interno della sua stessa tesi: non è possibile, da un lato, ribadire che «la stessa lettera dell'art. 49, 2° comma, C. Pen. è esplicita nel dichiarare che la non punibilità per carenza di contenuto lesivo deve derivare da motivi *inerenti* al fatto di reato», con esclusione di ogni riferimento a motivi diversi dall'inedoneità del fatto (pag. 287 e pag. 290), e, dall'altro, attribuire rilevanza a circostanze che non potendo operare come scriminanti, sono quindi, *successive ed estranee al fatto tipico*.

(5) Così M. LEONE, *Il tempo nel diritto penale sostantivo e processuale*, Napoli, 1971, pag. 35.

(6) In particolare, VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo (art. 56 del Codice Penale)*, Milano, 1952, pag. 110.

(7) Così, CARACCIOLI, *Il momento di rilevanza dell'imputabilità negli ordinamenti italiano e tedesco con riguardo ai reati istantanei (Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1971, 171)*.

(8) L'involontarietà, se è tale, rispetto alle «varianti» non incrina il dolo iniziale.

(9) Su questi problemi si sofferma, pur se con specifico riferimento al momento di rilevanza dell'imputabilità, CARACCIOLI, *op. cit.*, pag. 171 e segg.

punto il caso di quelle che determinano la non offensività del fatto o l'applicabilità di una scriminante che implica, anche se inconsapevolmente, diverse modalità di realizzazione dell'azione o diverse circostanze in presenza delle quali si realizza l'azione o si produce l'evento. D'altro canto è significativo che lo stesso VANNINI (1), sostenitore dell'interpretazione non formalistica dell'art. 56 C. Pen., equipari già all'intervento di una causa d'involontario impedimento dell'azione esecutiva l'intervento di una causa di giustificazione del fatto: « può infatti, anche in questo caso, parlarsi di non compimento dell'azione in parola, poiché l'azione che prosegue dopo l'intervento della causa di giustificazione, in virtù di questa, non è più l'azione esecutiva delittuosa, ma è dispiego di azione lecita e l'evento che ne consegue non è più l'evento costitutivo di un delitto... » (2).

Se, quando si nega che l'azione che prosegue sia « l'azione esecutiva delittuosa », si vuole alludere al fatto che essa non è più la logica concretizzazione degli atti *potenzialmente idonei*, nulla ostacola l'applicabilità delle citate conclusioni al problema di cui si discute.

La punibilità del tentativo, nelle marginalissime (3) ipotesi in cui ha ragion d'essere l'obiezione di cui si discute, avverrebbe, sulla base delle premesse esposte, non in forza dell'art. 49, 3° comma, di cui non ricorrerebbero nella specie i presupposti, ma sulla base dell'art. 56 interpretato non formalisticamente. Si avrebbero, inoltre, due tipi di valutazioni nettamente distinte fra di loro: la prima di *inidoneità ex post* che conduce *ex art. 49, 2° comma* alla non punibilità del fatto conforme al tipo del delitto consumato, e la seconda di *idoneità ex ante* che conduce *ex art. 56 C. Pen.* alla punibilità del tentativo. Quanto s'è detto rivela l'incongruità dell'obiezione (4) secondo cui, ammettendo la punibilità del tentativo, si verrebbe, rinnegando le premesse « a circoscrivere l'applicabilità dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., ai casi di tentativo inidoneo, e a negare, conseguentemente, che il vocabolo *azione* possa essere inteso nel senso di fatto conforme al tipo descrittivo ». Nulla di tutto ciò: la non punibilità nell'ipotesi prospettata del fatto a titolo di delitto consumato dimostra che siamo al di fuori di una costruzione dell'art. 49, 2° comma, in chiave di doppia negazione del tentativo.

Com'è chiaro, nell'ipotesi prospettata, la punibilità del tentativo esclude — e lo si desume dall'art. 49, 4° comma, C. Pen. (5) — l'applicabilità della misura di sicurezza in relazione alla non punibilità del fatto conforme al tipo del delitto consumato.

Le conclusioni raggiunte, sia pure in forma problematica, circa la punibilità del tentativo inglobato in un fatto conforme al tipo del delitto consumato, tolgono buona parte di incisività all'ultima delle obiezioni formulate contro la tesi che interpreta l'art. 49, 2° comma, in chiave di *distinguo*, tra fatto e offesa. Si muove (6) dalla considerazione di uno schema nel quale viene sintetizzato il ragionamento contenuto nella tesi menzionata:

a) atti idonei + inesistenza *in rerum natura* dell'oggetto dell'azione = reato impossibile per inesistenza dell'oggetto;

b) atti idonei + non presenza dell'oggetto esistente = delitto tentato;

c) conformità al tipo descrittivo + non lesività del fatto = reato impossibile per inidoneità dell'azione, anche quando gli atti siano idonei e l'oggetto dell'azione sia esistente e presente.

E si nota: « ... l'autore del comportamento *sub c)* sarebbe sottoposto all'identica conseguenza sanzionatoria prevista per il meno grave comportamento *sub a)*, e ad una sanzione meno severa di quella contemplata per il comportamento, anch'esso meno grave, *sub b)* ».

A nostro avviso, la sproporzione tra b) e c) viene superata qualora si accolga la tesi della punibilità per c) del fatto di tentativo; in caso contrario la disegualianza di trattamento può essere solo temperata dall'applicabilità per c) di un'eventuale misura di sicurezza.

Anche la sproporzione tra a) e c) verrebbe superata accettando le premesse di cui sopra; in caso contrario, il diverso peso degli atti non punibili, ove assuma anche un corrispondente valore sintomatico (7), potrà riflettersi in una diversa valutazione di pericolosità e quindi in una diversa durata (8) della libertà vigilata (9).

f) Malgrado qualche residua perplessità nascente dall'accostamento nell'art. 49, 2° comma, C. Pen., di un limite (10) alla punibilità del tentativo e di un limite alla punibilità del reato in genere, ci pare che l'orientamento volto ad individuare nella citata norma il *distinguo* tra momento della conformità al tipo e momento dell'offesa vada condiviso: le perplessità possono d'altro canto essere superate, come si dirà, a livello costituzionale.

Alcune precisazioni si rendono tuttavia necessarie prima di trasferire il discorso a livello costituzionale.

Il *distinguo* tra conformità del fatto al tipo e offesa non spezza l'unità del reato: ciò che, viceversa, accadrebbe accogliendo un concetto di antigiuridicità materiale, in antitesi a quello di antigiuridicità formale e implicante un rinvio a fonti di valutazione estranee all'oggetto di tutela proprio della singola norma incriminatrice. I termini del discorso non mutano quando anche ad oggetto dell'offesa si assuma non tanto l'interesse staticamente ed astrattamente prefigurato quanto piuttosto l'interesse nella sua attuale e concreta dimensione sociale e costituzionale. È un profilo, quest'ultimo, di essenziale rilievo per l'interprete che voglia compiere un'opera di saldatura, o, si potrebbe dire, in termini lievemente ironici, di ortopedia giuridica tra il Codice Penale Rocco e il nuovo assetto sociale e costituzionale. In caso contrario, la valutazione di idoneità si prospetterebbe pur sempre con riguardo al sistema « congelato » di interessi, e l'interpretazione dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., non farebbe compiere al Codice Penale alcun salto qualitativo in avanti.

Il rapporto tra conformità al tipo e offesa, se non incide sull'unità del reato, indica semplicemente la successione fra due momenti dell'analisi e della ricostruzione giudiziale del reato: l'analogia con il rapporto tra fatto e scriminanti, quali elementi negativi del medesimo, è piuttosto sensibile.

Il *distinguo* fra i due momenti si fa, come altrove si è ampiamente sostenuto (11), più impercettibile

(1) Il problema giuridico del tentativo cit., pag. 109.

(2) VANNINI, op. cit., pag. 109.

(3) Il carattere marginale delle ipotesi dipende dal fatto che spesso il frammento iniziale che si isola come concretante il tentativo non è che un mero atto preparatorio.

(4) STELLA, op. cit., pag. 67.

(5) Anche se non ci troviamo in un'ipotesi corrispondente a quella dell'art. 49, 3° comma, C. Pen.

(6) STELLA, op. cit., pag. 67 e segg.

(7) Astrattamente tale valore sintomatico non è necessariamente superiore per l'ipotesi c).

(8) Non è prevista, infatti, dall'art. 229, n. 2, C. Pen. in relazione all'art. 49, 2° comma, C. Pen. alcuna altra misura di sicurezza in alternativa con la libertà vigilata.

(9) *Ex art. 228, 3° comma, C. Pen.* e salva diversa previsione in alcuni specifici casi, è soltanto previsto che la libertà vigilata non può avere durata inferiore a un anno.

(10) La locuzione « limite » è qui ovviamente usata in senso improprio. Per ulteriori obiezioni minori alla tesi di NEPPI MODONA, cfr. STELLA, op. cit., pag. 71 e segg.

(11) Cfr. BRUCOLA, *Dolus in re ipsa* cit., pag. 93 e segg.

nei reati ad evento naturalistico nonché in quelle fattispecie in cui l'utilizzazione di elementi normativi lascia già filtrare a livello di tipo specifici momenti e giudizi di lesività (1); quest'ultimo rilievo non preclude l'eventualità di uno scarto, anche per tali fattispecie, tra conformità al tipo e offesa nella misura in cui i momenti di lesività anticipati a livello di tipo si disperdano poi nella valutazione globale del fatto concreto. Per gli stessi reati ad evento naturalistico lo scarto tra i due momenti può essere sensibile laddove l'interesse tutelato, puntualizzato dall'incidenza della condotta sul piano naturalistico (evento), abbia mutato la sua dimensione sociale o la sua connotazione alla luce dei principi costituzionali (2).

Il *distinguo* assume connotati più marcati nei reati di pura condotta specialmente se non caratterizzati da elementi normativi specifici. Con quest'ultima locuzione, sia ben chiaro, si allude a quegli elementi che hanno un significato derivante specificamente da norme estranee a quella incriminatrice (3). In senso improprio si parla di elementi normativi per connotare tutti gli elementi, anche se descrittivi, in quanto assumono un significato normativo nel contesto della fattispecie legale. La conformità al tipo coglie di questi ultimi solo l'aspetto descrittivo (4): in tale fase non possono filtrare aspetti che sono soltanto la risultante del giudizio di lesività.

Il principio di cui all'art. 49, 2° comma, C. Pen., in quanto fissato a livello di legislazione ordinaria (5), non può imporsi rispetto a quei reati che sono stati configurati in chiave di aperta eccezione ad esso. Per questi motivi, non possiamo condividere quegli orientamenti più dottrinali che giurisprudenziali (6) i quali, senza porsi in linea preliminare il problema della costi-

tuzionalizzazione del principio di necessaria lesività, hanno trasformato reati a pericolo presunto in reati a pericolo concreto, ovvero hanno utilizzato l'art. 49, 2° comma, C. Pen. (7), per un'interpretazione più avanzata delle fattispecie di attentato, e, in particolare, dell'art. 241 C. Pen. (8). Va sottolineato incidentalmente che allorché la Corte costituzionale (9), per salvare la legittimità costituzionale della norma che prevede il delitto di apologia (art. 414, ult. comma, C. Pen.), ne ha proposto un'interpretazione tale da postulare necessariamente un giudizio di idoneità lesiva dell'ordine pubblico, è pervenuta a tale risultato senza passare attraverso il principio di cui all'art. 49, 2° comma, C. Pen., e senza, correlativamente, porsi il problema della sua costituzionalizzazione. La Corte ha bensì fatto un discorso che si articola semplicemente sulla base dell'art. 21 Cost.: l'apologia, potendosi concretare in forme di manifestazione del pensiero, per essere illecita penalmente deve essere idonea a ledere l'ordine pubblico assunto, non senza apriorismi, come limite logico della libertà ex art. 21 Cost.

g) Ammesso che l'art. 49, 2° comma, consacri la struttura «realistica» o, preferiamo dire, necessariamente «lesiva» (10) del reato, trattasi di stabilire se il principio abbia altresì un rilievo costituzionale e sia, di conseguenza, insuscettibile di eccezioni a livello di norme penali ordinarie. Una rilevanza costituzionale è stata, di recente (11), attribuita al principio in forza degli art. 25 e 27 Cost., e tramite argomentazioni delle quali è opportuno riportare le principali cadenze.

Ci si domanda preliminarmente (12) «... che significato verrebbe ad avere la pena comminata ed irrogata all'autore di un fatto che non avesse determi-

(1) Opinando diversamente si finisce per assumere a livello di fatto tipico l'elemento nel suo mero significato fattuale riproducendo in tal modo quella scissione tra conformità e antigiuridicità che, viceversa, in partenza si assume di respingere. Dal riscontro per cui nelle fattispecie prevalentemente costruite tramite il ricorso ad elementi normativi specifici è tendenzialmente meno frequente il *distinguo* accennato, consegue, altresì, che raramente il momento dell'offesa assume un ruolo autonomo ex art. 49 C. Pen. nei reati omissivi propri.

Donde la necessità, al fine di non formalizzare eccessivamente queste fattispecie e di evitare dubbi di legittimità costituzionale, sulla scorta di quanto si dirà tra breve, di costruire tali reati in guisa da ipotizzare, accanto alla mera trasgressione dell'obbligo di agire, alcuni requisiti di contorno che consentano di saggiare più in concreto la lesività dell'omissione propria.

(2) E sempre che tutto ciò non alteri nel suo profilo descrittivo lo stesso evento naturalistico; in tale eventualità, qualora la causa sia rappresentata da un mutamento del semplice significato «sociale» dell'interesse tutelato, non si potrà tener conto di tale variazione la quale potrà unicamente suggerire un'opportuna riforma legislativa. Ove la causa sia rappresentata da una diversa dimensione che l'interesse tutelato viene ad assumere in chiave costituzionale, la conseguente alterazione del profilo descrittivo del fatto tipico è tale, come si dirà, da imporre al giudice di sollevare l'eccezione di illegittimità costituzionale della norma relativa.

(3) Sul significato della locuzione «elementi normativi» rinviamo a BRICOLA, *La discrezionalità* cit., pag. 157 e segg.

(4) Si pensi, ad es., alle fattispecie penali imperniate sulla falsificazione. La locuzione a livello di valutazione della conformità al tipo, non essendo un elemento normativo specifico, va assunta nella sua accezione descrittiva; la valutazione relativa all'idoneità probatoria del documento falsificato non rientra, a nostro sommo avviso (benché il problema meriterebbe ben più ampia trattazione), nell'accertamento della falsificazione (né dell'elemento normativo specifico «documento»), ma è valutazione che si rifrange nel settore della ricognizione dell'offesa dell'interesse tutelato.

(5) Non è possibile attribuire all'art. 49, 2° comma, per quanto esso fissi un principio di carattere generale un rango diverso e neppure il ruolo di norma costituzionale in senso materiale, ruolo che taluno viceversa, attribuisce, come già s'è detto, all'art. 1 C. Pen.

(6) Cfr., ad es., decisione Pret. Napoli, 29 settembre 1971 (*Foro Nap.*, 1972, II, 1 e segg.) la quale, però più che convertire un reato da fattispecie «a pericolo presunto» in fatti-

specie «a pericolo concreto», imposta il giudizio di lesività ex art. 49, 2° comma, C. Pen. con riguardo ad un interesse più specifico e concreto di quello tradizionalmente assunto a base dell'incriminazione. La sentenza riconosce infatti che: «L'interesse tutelato dall'art. 80 C. S. non può ritenersi quello generale, a che le attività soggette ad autorizzazione amministrativa non vengano esercitate quando tale autorizzazione non esista, ma quello particolare, relativo alla sicurezza della circolazione stradale su aree pubbliche. Pertanto, il comportamento di colui che, avendo superato favorevolmente gli esami, guidi senza aver ancora conseguito la regolare patente, pur essendo conforme allo schema legale descritto dall'art. 80 C. S., è tuttavia, carente, ad una valutazione *ex post* di capacità lesiva dell'interesse tutelato da tale norma, realizzando un tipico esempio di reato impossibile per inidoneità dell'azione». La sentenza (che è ivi pubblicata unitamente ai motivi di appello del pubblico ministero dott. I. MOSTONE, *Violazione dell'art. 80 C. S. e reato impossibile*) è accettabile solo nei limiti in cui rigorosamente ancorata ai dati normativi sia stata l'individuazione dell'interesse tutelato. Diversamente nel caso contrario, posto che l'art. 49, 2° comma, C. Pen. non serve alla scoperta degli interessi tutelati, ma solo a postulare un giudizio di idoneità lesiva rispetto all'interesse normativamente prefissato.

(7) Così NUVOLONI, *I limiti taciti* cit., pag. 19 (Premessa alla ristampa), per non condividendo la ricostruzione che il NZZI MODONA opera dell'art. 49, 2° comma, C. Pen., riconosce a questi, «però il merito di avere sottolineato la fondamentale importanza dell'art. 49 C. Pen. per tutti i reati, e non solo nel quadro del tentativo: cosicché, ad es., anche i reati di attentato hanno come attributo dell'azione la idoneità al raggiungimento di quell'evento, che pure, nella sua oggettività, è fuori del campo della fattispecie punibile».

Sulla rilevanza dell'art. 49 C. Pen. con riferimento ai delitti di attentato, e in specie all'art. 241 C. Pen., pur senza una consapevolezza circa la funzione «autonoma» della normativa e pur muovendo da un'equivoca nozione d'idoneità, Sez. Un. Pen. 14-18 marzo 1970 (*Riv. Pen.*, 1970, II, 974 e segg.).

(8) Per la più ampia e organica trattazione sull'argomento si veda E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966.

(9) È la sentenza 4 maggio 1970, n. 65 (*Giur. Cost.*, 1970, 955 e segg.) con nota di JEMOLO, *Lo Stato può difendersi*.

(10) L'espressione «lesiva» equivalente ad «offensiva» ricomprende anche la semplice messa in pericolo dell'interesse tutelato.

(11) Cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo* (*Foro Pen.*, 1969, 8).

(12) M. GALLO, *op. cit.*, 8.

nato quel pericolo, in vista del quale il fatto stesso è previsto come reato».

E si prosegue notando che (1): «... Non v'è dubbio che nell'assenza di ogni e qualunque pericolosità concreta della condotta, la pena avrebbe qui una funzione puramente e semplicemente preventiva e nei confronti dei terzi, e nei confronti dell'agente. Rispetto a quest'ultimo, infatti, la ragione determinante la pena non sarebbe il comportamento realizzato, bensì un atteggiamento personale che violando una regola di obbedienza lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale. In altre parole, non si punirebbe il fatto bensì l'autore. Come tutto ciò si concili con un sistema costituzionale, che, dando espresso rilievo alla distinzione tra pene e misure di sicurezza, assegna all'uno e all'altro tipo di sanzioni compiti e finalità ben distinti, non è facile spiegarlo. Delle due, insomma, l'una: o si ritiene che sempre, e non in via meramente presuntiva, il fatto punibile deve presentare caratteristiche di effettiva lesività, o si profila una questione di legittimità costituzionale che non potrebbe essere risolta se non nel senso del contrasto tra norme che prevedono reati cosiddetti di pericolo presunto e gli art. 25 e 27 della Cost.»

Pur condividendo le conclusioni, riteniamo non convincente l'iter argomentativo attraverso cui si perviene ad esse. La tesi, infatti, da un lato non tiene alcun conto della funzione rieducativa prevista per la pena dall'art. 27, 3° comma, Cost., dall'altro non tenta di avvalorare i risultati alla luce di un'interpretazione sistematica della Costituzione.

Sotto il primo profilo, riportiamo l'accento sul combinato disposto degli art. 25 e 27, 3° comma, Costituzione. L'art. 25 prevede distintamente le pene (2° comma) e le misure di sicurezza (3° comma). L'art. 27, 3° comma, pone in luce la funzione rieducativa della pena che si aggiunge, in una configurazione polidimensionale della pena, alla funzione retributiva, momento logico ed ineliminabile della stessa. Che il Costituente non abbia voluto rinunciare a questo secondo momento, pur attribuendo alla funzione rieducativa la maggior forza propulsiva, è dimostrato dall'insistenza con cui l'art. 25 ribadisce la distinzione tra pene e misure di sicurezza. Per quest'ultime il Costituente non aveva bisogno di delineare la funzione, essendo esse rieducative per definizione: mutando soltanto il contenuto della rieducazione a seconda che le misure di sicurezza si applichino a soggetti capaci o incapaci di intendere e di volere (2).

Ciò premesso, non v'è dubbio che la Costituzione, sottolineando all'art. 27, 3° comma, la funzione della pena, abbia voluto accogliere una concezione teleologica del reato, e che, pertanto, la funzione della pena debba reagire non solo sul piano dell'applicazione e dell'esecuzione di essa ma anche sul piano della struttura del reato. Ne consegue, fra l'altro, l'incostituzionalità di norme che configurino ipotesi criminose tali da compromettere la duplice funzione della pena e, in particolare, di norme che creino fatti-

specie tali da impedire o rendere più difficoltoso il reinserimento sociale di determinate categorie di soggetti già sottoposti a sanzione penale. Il riferimento agli art. 707 e 708 C. Pen., è immediato, e la Corte costituzionale in una recente decisione (3) ha troppo sbrigativamente superato un'eccezione di incostituzionalità che, fra l'altro, era proprio imperniata su tale motivo di illegittimità delle predette norme.

Se questa è, comunque, la visione teleologica alla quale si aggancia il testo costituzionale è evidente che il discorso da cui si sono prese le mosse non è accoglibile. E infatti: non si può far leva esclusivamente sulla funzione retributiva della pena per avvalorare la concezione del reato come fatto necessariamente lesivo. Da un lato l'assunto considera come non scritto l'art. 27, 3° comma; dall'altro una funzione meramente retributiva della pena, se esclude la possibilità di colpire un mero status personale o un mero atteggiamento in funzione sintomatica di pericolosità, non esclude la possibilità di colpire simili stati o atteggiamenti di disobbedienza in funzione di un giudizio di riprovevolezza.

L'esperienza scientifica del BERTIOL il quale muovendo da una visione rigorosamente retributiva della pena giunge ad avvalorare un diritto penale dell'atteggiamento interiore è assai significativa (4).

Per contro, proprio prendendo le mosse dalla duplice funzione attribuita alla pena dall'art. 27, 3° comma, è possibile (5) dedurre la costituzionalizzazione del contenuto necessariamente lesivo dell'illecito penale. Questi i termini dell'assunto: per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (con repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione (con repressione di semplici stati soggettivi o atteggiamenti personali sintomatici di pericolosità e, con conseguente invasione della sfera di operatività propria delle misure di sicurezza), l'equilibrio tra le due funzioni (6) deve avvenire radicando l'incriminazione su di un fatto offensivo (espressione comprensiva sia della lesione che della messa in pericolo) dell'interesse tutelato. Ossia: la attribuzione di una funzione rieducativa alla pena frena indubbiamente quelle tendenze alla repressione della «volontà» o dell'atteggiamento interiore che sono connesse alla «retribuzione»; per contro, il mantenimento della funzione retributiva, depurata tramite l'accostamento con il fine di prevenzione speciale, da queste perversioni eticizzanti, garantisce che il fine della rieducazione non disancori il reato dal suo necessario contenuto lesivo (espressione quest'ultima dell'ideologia retributiva di marca liberale). In sostanza la polivalenza dei «fini» della pena rappresenta una saldatura fra il momento garantista o liberale della retribuzione (reato come fatto necessariamente lesivo) e le aperture «sociali o solidariste» della rieducazione.

Ma l'asserto finale può essere, altresì, convalidato da ulteriori elementi, prevalentemente d'ordine sistematico.

Anzitutto appare significativo l'uso della locuzione «fatto» di cui all'art. 25, 2° comma, in rapporto alla

(1) M. GALLO, *op. e loc. cit.*

(2) Per questi ultimi dovendo la misura di sicurezza assumere una funzione esclusivamente curativa.

(3) Singolare il modo con cui la Corte Costituzionale (sentenza 19 luglio 1968, n. 110 [Gazz. Cost., 1968, 1740] con nota di COPPI, *Osservazioni sul «reato di sospetto» e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*; nello stesso senso, sent. 2 febbraio 1971, n. 14 [Sent. e Ord. Corte Cost., 1971, 39 e segg.] respinge la relativa eccezione. «... La violazione del precetto costituzionale sulla funzione rieducativa della pena, a parte la sua portata e i suoi limiti (cfr. sentenza n. 12 del 1966 di questa Corte) non può essere invocata per escludere la legittimità delle norme (e per di più contravvenzionali), il cui og-

getto specifico della tutela è la prevenzione di taluni delitti, contro il patrimonio».

(4) Cfr. il più volte citato studio di BERTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*.

(5) Nessun appiglio offre, per contro, in proposito la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la quale, pur contenendo norme attinenti alla materia penale, non prende posizione sulla funzione delle sanzioni criminali: offre una motivazione di tale atteggiamento, CHIAVARI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pag. 66 e segg.

(6) La funzione di prevenzione speciale (o rieducativa) è ovviamente destinata a prevalere in sede di applicazione (scelta del tipo e della misura) ed esecuzione della pena.

locuzione « casi » ex art. 25, 3° comma, Costituzione. « Fatto » non è indiscutibilmente né la mera *Gesamtheit* né uno status soggettivo, e parimenti non può dirsi tale un comportamento assunto in chiave esclusivamente sintomatica (1).

In secondo luogo, una stretta correlazione esiste fra il diritto alla libertà morale, non consacrato espressamente dalla Costituzione, ma ricavabile, com'è stato acutamente dimostrato (2), da tutto il contesto costituzionale e la concezione del reato come fatto necessariamente lesivo. Infatti il principio *cogitationis poenam nemo patitur*, correlato necessario del diritto alla libertà morale, è violato non solo dall'incriminazione del semplice atteggiamento interiore, ma altresì dall'incriminazione di un fatto che sia assunto come dato meramente diagnostico dello stesso atteggiamento (3).

In terzo luogo, la Costituzione, nel deliberare i lineamenti essenziali della responsabilità e il nuovo volto dell'illecito penale, non poteva non porsi, per ragioni di contrapposizione ideologica e politica, in antitesi con la concezione del reato prevalente nella Germania nazista, ossia con la visione dell'illecito penale come « mera disobbedienza », o « atto di infedeltà ».

E, si badi, accenno che ritorna assai frequente nel nostro discorso, respingere tale « volto » del reato non significa soltanto riaffermare il ruolo del bene o interesse tutelato (4), posto che un interesse mascherato dal dovere di fedeltà o di obbedienza non è difficile da scoprire (5), significa bensì esigere che un contenuto realmente offensivo sia imprescindibile.

In quarto luogo il divieto di strumentalizzare l'uomo ai fini di politica criminale, che è il principio ispiratore dell'art. 27, 1° comma, Cost. (« La responsabilità penale è personale »), rafforza il principio di « necessaria lesività » dell'illecito penale. È sintomatico in proposito il fatto che in Germania occidentale dove non esiste una disposizione costituzionale sulla funzione della pena (6) l'illegittimità costituzionale dei reati a pericolo presunto sia sostenuta proprio su tali basi. Afferma infatti il RUDOLPHI (7) che i reati

a pericolo presunto si pongono in antitesi con lo spirito (8) della Costituzione, poichè, tramite tali fattispecie, il singolo è considerato in definitiva « ... als bloße Mittel zur Erreichung ausserhalb seiner Person liegender Zwecke ».

È infine: principi di indubbio rilievo costituzionale (9), quali sono quelli della tolleranza ideologica (10), di tutela delle minoranze (11) e di protezione della persona (12), non possono non essere in antitesi con una concezione del reato, che, sottolineando l'aspetto dell'infedeltà o della disobbedienza soprattutto nel settore dei reati d'espressione o dei reati a sfondo più marcatamente ideologico (13), trascura il momento dell'effettiva lesione dell'interesse protetto.

Sono questi argomenti che fungono da supporto inequivocabile al dato testuale base rappresentato dall'art. 27 in tema di funzione della pena.

A differenza del reato (e dell'illecito civile che è per definizione necessariamente lesivo (14)) l'illecito amministrativo (*di polizia*), del quale la Costituzione non offre una connotazione teleologica legata alla funzione della relativa sanzione, può tendenzialmente configurarsi come illecito formale ovvero a pericolo presunto (15). Diciamo « tendenzialmente » in quanto alcuno degli argomenti costituzionali addotti a sostegno della concezione non formale del reato, e in particolare il secondo e il quinto (16), potrebbero rappresentare un ostacolo alla delineazione di illeciti di polizia a pericolo presunto. Questi ultimi naturalmente sono ammissibili e conformi alla funzione di polizia solo nei limiti in cui non siano il risultato di una « truffa delle etichette »: alludiamo con tale locuzione, già a suo tempo chiarita (17), a quei casi in cui all'illecito di polizia vengono legislativamente ricollegate sanzioni solo formalmente extrapenali, ma sostanzialmente restrittive della libertà personale.

Il rapporto tra reato e illecito di polizia così delineato a livello costituzionale è tale da costituire un utile criterio guida sia in un processo di depenalizzazione dei reati contravvenzionali (18), assai spesso strutturati come fattispecie a pericolo presunto, sia, quando

(1) La locuzione « commesso » avvalorà, poi, tale asserito.

(2) G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)* (Studi giuridici in memoria di F. Vassalli, vol. II, Torino, 1960, pag. 1629 e segg.).

(3) Sul valore storico-positivo e non ontologico del principio « cogitationis poenam nemo patitur », cfr. MARINUCCI, *Il reato come azione cit.*, pag. 179.

(4) Ciò che del resto avviene, in chiave di mero scopo della tutela, anche da parte dei sostenitori del cosiddetto diritto penale dell'atteggiamento interiore.

(5) Sono in proposito assai significative le pagine di ZUCCHALA, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, *passim*.

(6) L'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza è, però, in senso nettamente retributivo.

(7) *Inhalt und Funktion des Handlungsvortes cit.*, pag. 72.

(8) In realtà RUDOLPHI, *op. e loc. cit.*, ritiene in contrasto con lo spirito della Costituzione non tanto specificamente i reati a pericolo astratto, quanto piuttosto una ricostruzione « soggettivistica » e non « concretamente pericolosa » del tentativo.

Questo discorso si salda, però, con quanto già in precedenza affermato dall'Autore (pag. 60) a proposito di un'interpretazione più restrittiva dei reati di pericolo tale da attribuire ad essi un concreto contenuto offensivo; in proposito l'Autore rileva: « ... die Verhängung einer echten Kriminalstrafe in einem rechtsstaatlichen Strafrecht ohne das Vorliegen eines jeden materialen Unwertgehaltes des zu strafenden Verhaltens nicht akzeptabel sein dürfte, ist daher dieser einschränkenden Auslegung der abstrakten Gefährungsdelikte gegenüber der heute noch fast einhelligen Lehre und Rechtsprechung der Vorrang zu geben ». Quest'ultimo rilievo sottolinea indirettamente come la dottrina e la giurisprudenza siano in Germania occidentale concordemente favorevoli alla configurazione dei reati a pericolo astratto: in Italia per contro, qualche voce contraria, anche alla luce della Costituzione, sta affermando, come s'è detto, in dottrina.

Sulla contrapposizione fra reati a pericolo astratto e reati a pericolo concreto cfr. nella dottrina tedesca occidentale, fra gli altri: con particolare riferimento al settore della circolazione

stradale, ma con spunti generali, LACKNER, *Das konkrete Gefährungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967; SCAMON, *Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?* (*Juristenzeitung*, 1967, 552 e segg.); ID., *Die Gefährungsdelikte im Strafrecht* (ZStW, 1969, 81, 7 e segg.); VOIGT, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte*, 1968, *passim*.

(9) E ciò anche in quanto elementi caratteristici dello « stato materiale di diritto »: così FROST, *I reati di opinione cit.*, pag. 79.

(10) Su questo e sugli altri principi, cfr. FROST, *op. e loc. cit.*

(11) Cfr. in proposito RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs cit.*, pag. 159 e segg.

(12) Cfr. ancora RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte cit.*, pag. 159 e segg.

(13) Conclude FROST, *op. cit.*, pag. 80, nel senso che: « ... Riaffermare il primato della concezione del reato come lesione di un bene significa, quindi, riaffermare anche che il legislatore non può — e il giudice non deve — sottoporre a pena una manifestazione del pensiero, quando non ne sia dimostrata, o dimostrabile, l'attitudine immediatamente aggressiva di un bene individuale (ad es., l'onore), oppure di un interesse collettivo, essenziale per una proficua convivenza della comunità ».

(14) Quanto meno nel suo schema, sanzionato con l'obbligo del risarcimento del danno, delineato dall'art. 2043 C. Civ.

(15) È un aspetto, assai interessante per i riflessi che può avere sulla depenalizzazione e sui suoi limiti, non sufficientemente approfondito dalla dottrina amministrativistica.

(16) Cfr. quanto s'è detto in precedenza. L'obiezione non è tuttavia insormontabile; per superarla basta por mente alla necessità che il legislatore non si serva dell'illecito di polizia come mero strumento di compressione della libertà morale o come strumento di repressione del dissenso. L'illecito di opinione visto come mero illecito di polizia è, anche se l'opinione del giurista è meno sensibilizzata in proposito, parimenti incostituzionale.

(17) Cfr. quanto s'è detto nel n. 2 c).

(18) È un criterio guida per la depenalizzazione che si aggiunge a quelli già da noi ipotizzati.

ne sussista la necessità e tale fronte di tutela non sia già coperto da altre norme incriminatrici, in un processo di trasformazione di taluno di essi in delitto a pericolo concreto. Una depenalizzazione «ragionata» e così motivata da premesse d'ordine costituzionale si porrà in linea con l'intento, già sottolineato come implicito nella Costituzione, di una progressiva riduzione della sfera degli illeciti penali, fino ad oggi dilatata in maniera eccessiva ed irrazionale.

La portata del principio ricavabile dalla Costituzione può essere rilevante anche in settori normativi estranei al Codice Penale. Si pensi, ad es., all'incidenza che esso potrebbe avere nell'ambito del Codice Penale militare, ove l'illecito, spesso ancorato ad oggetti di tutela formali e non del tutto collimanti con i nuovi valori costituzionali, è frequentemente, per logica propensione, radicato su basi di «mera disobbedienza» ovvero su forme di «pericolo presunto» (1). Un adeguamento anche a tale principio dell'illecito penale militare non potrebbe non contribuire alla realizzazione del disposto dell'ultimo comma dell'art. 52, Cost., per cui «L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica».

Tutto ciò che si è detto dimostra che ogni eventuale e residuo dubbio interpretativo sulla portata dell'articolo 49, 2° comma, C. Pen. si chiarisce a livello costituzionale. *De jure condendo* sarebbe forse opportuno scindere le due ipotesi raggruppate nel comma citato: trasferire l'ipotesi di reato impossibile per inesistenza dell'oggetto materiale quale limite specifico nella normativa sul tentativo, e formulare un'autonoma previsione la quale, in correlazione con l'art. 1 C. Pen. che consacra il principio di tipicità formale, fissi il principio di tipicità sostanziale del reato. Il tenore della normativa potrebbe essere il seguente: «Un fatto

conforme al tipo di reato non è punibile quando non offenda l'interesse specificamente protetto dalla norma incriminatrice nella sua concreta dimensione sociale e costituzionale».

Rispetto a tale previsione (2) il limite specifico del tentativo di cui s'è detto e l'art. 115 C. Pen., opportunamente modificato (3), fungerebbero da specificazioni ulteriori.

Quanto alla riconducibilità di un'eventuale misura di sicurezza (*de jure condito* già affermata dall'ultimo comma dell'art. 49 C. Pen.) a tali ipotesi di *non lesività* in concreto, è opportuno sciogliere preliminarmente alcuni nodi rimasti in sospeso. Si è detto che il contenuto concretamente offensivo è per ogni reato imposto dal peculiare teleologismo costituzionalmente attribuito alla pena. Da questo asserito non deve tuttavia ricavarsi l'illazione che, per contro, la misura di sicurezza, diversamente orientata teleologicamente, possa agganciarsi ad ogni fatto anche se concretamente non lesivo, purché sintomatico di pericolosità. Alcuni degli argomenti di rilievo costituzionale addotti a sostegno della tesi del carattere offensivo del reato non possono non valere negli stessi confronti della misura di sicurezza che è prevalentemente nella sua sostanza restrittiva della libertà personale. E in altri termini: se nei casi normali di misura di sicurezza avente a presupposto un reato valgono di riflesso le garanzie operanti per quest'ultimo, nei casi (invero eccezionali per la stessa Costituzione (4)), in cui ad un fatto tipico concretamente non lesivo può essere applicata una misura di sicurezza, occorre pur sempre che il fatto non sia espressione del diritto alla libertà morale (5), e che colpire il medesimo non sia un atto di intolleranza ideologica o di misconoscimento dei diritti delle minoranze o di mero disprezzo del valore della persona (6). Questi limiti invalicabili devono ne-

(1) Ciò pur ammettendo la tendenza nei reati propri a giustificare la punibilità o la maggior punibilità sulla base della violazione di uno specifico dovere di fedeltà: sul punto, con ampi richiami bibliografici, BETTOL., *Diritto penale*, 8ª ediz. cit., pag. 188, nota 8.

(2) Va sottolineato che in sede di lavori di riforma della parte generale del Codice Penale non è stata neppure proposta l'introduzione di una norma del tipo suammemorato. Solo i comunisti (come si legge nella relazione al testo approvato dalla 2ª commissione permanente di giustizia del Senato pag. 7), dichiarandosi disposti ad accettare qualsiasi soluzione per l'articolo 41 C. Pen. (e non sono chiari i motivi percepibili i nessi tra i due problemi), hanno proposto l'introduzione del principio della esclusione della punibilità nei casi di minima lesività (o minimo significato antisociale) del fatto, quando, cioè, pur essendo l'azione od omissione conforme al modello descritto dalla norma penale, manchi o sia trascurabile il danno penalmente inteso. A prescindere da talune imprecisioni terminologiche (l'uso della locuzione «danno», per «offesa») e da taluni scambi concettuali (parlando di minimo significato antisociale si confonde il piano dell'offesa dell'interesse tutelato, sia pure apprezzato nel suo valore sociale, con le proiezioni sociali dell'illecito, frutto, quest'ultimo scambio, della suggestione esercitata dalle formule delle legislazioni penali dei paesi socialisti), la proposta fonde insieme casi di assenza del contenuto offensivo dell'illecito con ipotesi di *Bagatelldelikt*.

Con riguardo a queste ultime ipotesi, in un sistema imperniato sulla concezione necessariamente offensiva del reato, riteniamo che ove non sussista una disposizione corrispondente al § 153 STPO, o alle formule dei paesi socialisti, la minima offensività del fatto non possa mai condurre alla non punibilità del medesimo. Salvo che non si confonda la minima offensività con l'assenza della medesima. Ci spieghiamo: in un sistema, qual è il nostro, imperniato su di una gerarchia di valori che non è quella ipotizzata dalla Costituzione nonché su entità (minimi o massimi) di pena non proporzionate al significato attuale dei valori tutelati deve ritenersi che fatti di minima entità vengano talora dichiarati non punibili in quanto sproporzionati al *quantum* di disvalore espresso dal minimo edittale. In altri termini, ad es., il furto di un frutto o di pochi acini d'uva non realizza l'offesa dell'interesse tutelato in quanto il minimo edittale previsto dall'art. 624 C. Pen. è talmente poco collimante con il ruolo del bene proprietà nell'attuale gerarchia dei valori, da far ritenere che il legislatore tuteli attualmente,

entro quei limiti di sanzione o fino a che essi non verranno modificati, solo lesioni apprezzabili di interessi patrimoniali. Questa soluzione «di emergenza» presenterebbe solo l'inconveniente di aprire un margine di discrezionalità non irrilevante a favore del giudice. Mutata la gerarchia dei valori ed adeguati i minimi edittali ad essi la prospettiva cambierebbe: «con riferimento al caso ipotizzato il fatto di cose di modesta entità sarebbe punibile col minimo edittale».

Al di là pertanto della riaffermazione del principio già emergente in chiave costituzionale, di necessaria lesività del reato, si pone soltanto ed *in primis* l'esigenza di un adeguamento dei minimi edittali. Ciò realizzato, l'attenuante introdotta nel progetto accennato ed agganciata alle attenuanti generiche sarà sufficiente ad adeguare congruamente la misura della pena (art. 34 del progetto che modifica l'art. 62 bis disponendo al 2° comma: «Qualora il fatto risulti di lieve entità o il colpevole abbia rivelato minima capacità a delinquere, la pena può essere diminuita fino alla metà») al minimo disvalore del fatto.

I rilievi svolti confermano ancora a *fortiori* la necessità di una contemporanea riforma della parte generale e della parte speciale del Codice Penale. Solo qualora si riuscirà a configurare una parte speciale che riproduca la gerarchia di valori enucleabile dalla Costituzione e ad adeguare ad essa i minimi e i massimi di pena previsti per ogni fattispecie, il problema dei fatti di minima rilevanza perderà ogni drammaticità.

(3) Ossia le «eccezioni» all'art. 115 devono ritenersi incostituzionali, se intese come meri atti preparatori e non come ipotesi concretamente idonee ad offendere interessi di rilievo costituzionale che fungono da limite all'art. 18 o 21 Cost.

(4) L'art. 25, 3° comma, non intende, infatti, costituzionalizzare il collegamento tra quasi reato e misure di sicurezza nella sua strutturazione attuale, così come, più in generale, non intende costituzionalizzare le misure di sicurezza nel loro assetto attuale.

(5) Cfr. quanto s'è detto in precedenza.

(6) È chiaro che per un falso grossolano, ecc., che riveli però una pericolosità dell'agente, non sussiste alcuno dei predetti ostacoli all'applicabilità della misura di sicurezza. Qualche perplessità sorge invece circa l'applicabilità della stessa a fatti di istigazione o di accordo ex art. 115: meglio sarebbe, forse, *de jure condendo*, legare una misura di sicurezza eventuale ad atti preparatori (da notare che il progetto all'art. 29 modifica l'art. 36 C. Pen. in guisa da ripristinare la distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi: «Chi al fine di commettere un

cessariamente circoscrivere il potere discrezionale che al giudice viene affidato per l'applicazione di misure di sicurezza nei casi di tipicità *non sostanziale*.

b) Dalle premesse di tipo costituzionale sopra esposte discendono conseguenze assai rilevanti. Ne risulta avvalorata, anzitutto, la legittimità costituzionale dell'attuale disciplina del tentativo (art. 56 C. Pen.) imperniata sul requisito della idoneità a realizzare il delitto consumato e il relativo disvalore, con esclusione degli atti meramente preparatori (come si desume altresì dall'art. 115 C. Pen.).

Incostituzionale apparirebbe, pertanto, nel nostro sistema una disciplina del cosiddetto *untauglicher Versuch* analoga a quella introdotta nel Codice Penale tedesco dall'art. 23, 3° comma, del *Zweites Gesetz zur Reform der Strafgesetze* del 4-VII-1969 (1).

Il disposto dell'art. 23, 3° comma, è così formulato: «Se l'agente, a causa di un grossolano equivoco (*aus grossem Unverständnis*) non si è reso conto che il tentativo, per le caratteristiche dei mezzi su cui o con cui il fatto è stato realizzato, non avrebbe assolutamente potuto pervenire a compimento, il giudice può escludere la pena o diminuirlo in forza del suo potere discrezionale». La dottrina tedesca più sensibile alle esigenze di una concreta lesività del reato e alla conformità delle stesse allo «spirito della Costituzione» (2) ha sottolineato che con tale disposto il legislatore avrebbe superato i limiti a lui posti dalla Costituzione stessa, pur affermando che si tratterebbe di una disciplina tale da non influenzare il carattere «necessariamente offensivo» del delitto consumato (3).

La conferma a livello costituzionale del principio espresso dall'art. 49, 2° comma, C. Pen. avvalorata o, meglio, giustifica (4) la tendenza interpretativa volta a postulare anche per le fattispecie di attentato (e, in particolare, per l'art. 241 C. Pen.) un giudizio di concreta messa in pericolo dell'interesse protetto; previa la necessaria verifica circa il carattere non formalistico e costituzionalmente rilevante di quest'ultimo. Il discorso può assumere una portata generale non essendovi alcun bene esposto ad attentato (compresa la vita del Capo dello Stato) suscettibile di formare oggetto di una tutela che si assesti alla soglia preliminare rispetto alla «concreta messa in pericolo». Una

eccezione potrebbe farsi per l'«attentato» alla Costituzione ex art. 90 Cost.; la deroga, per ragioni esclusivamente politiche, sarebbe in tal guisa posta dalla Costituzione medesima. Né l'assunto deve stupire ove si tenga conto del fatto che la stessa tecnica di previsione degli illeciti costituzionali di cui all'art. 90 deroga al principio di tassatività sancito dall'art. 25, 2° comma, Cost. (5).

L'adeguamento delle fattispecie di attentato ai principi costituzionali in via interpretativa e giudiziale potrebbe far sorgere qualche perplessità rendendo preferibile una soluzione imperniata sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme che le contemplano e sulla conseguente loro ristrutturazione legislativa; perplessità nascenti dal fatto che un'interpretazione dell'«attentato», in guisa da postulare l'idoneità (*ex post*) a porre in pericolo l'interesse tutelato è tale particolarmente da risolversi in un'alterazione del tipo descrittivo imperniato esclusivamente sulla «direzione del fatto a...», senza alcun accenno al requisito dell'idoneità *ex ante*, postulato necessario dell'attribuzione all'attentato di un contenuto di pericolosità concreta (6).

Dubbi di legittimità costituzionale possono prospettarsi anche con riferimento all'art. 115 C. Pen. nella misura in cui eccezionalmente ammette la punibilità di casi, determinati dalla legge, di istigazione non accolta (7) ovvero di accordo non seguito dalla commissione di reato: ossia di meri atti preparatori non aventi di per sé un contenuto concretamente offensivo. Quanto alle ipotesi eccezionalmente incriminate di istigazione, a prescindere dai profili di legittimità costituzionale sollevati per altro verso (8) da taluna di dette fattispecie, la loro armonizzazione con il principio *costituzionalizzato* di cui all'art. 49, 2° comma, C. Pen. può avvenire esigendosi l'idoneità concreta dell'istigazione a porre in pericolo l'interesse tutelato. Così, ad es., il divieto di condotte di istigazione ex articolo 414 C. Pen. viene rigorosamente circoscritto alle ipotesi di *immediata connessione* con il compimento delle azioni delittuose oggetto di istigazione, cioè alle ipotesi *immediatamente aggressive dell'ordine pubblico* (9).

Analogo discorso sembra doversi fare per le ipotesi di *accordo* eccezionalmente incriminate (es.: cospir-

delitto compie atti di esecuzione del medesimo») che non si traducano in mere affermazioni d'opinione o in mere estrinsecazioni di forme d'accordo sia pure teleologicamente orientate alla realizzazione di un reato.

(1) Cfr. il testo tradotto da Scovam (*L'indice penale*, 1972, pag. 463).

(2) Cfr. RUDOLPH, *Inhalt und Funktion* cit., pag. 73.

(3) RUDOLPH, *op. e loc. cit.*; rimane, pertanto, salva l'anomalia dei reati a pericolo astratto rispetto allo spirito della Costituzione della Germania occidentale.

(4) Infatti dalla Relazione e dai Lavori preparatori emerge la volontà «politica» di fare delle ipotesi di attentato una frontiera avanzata di repressione penale in taluni settori nevralgici: le contrarie opinioni emergenti in sede di lavori preparatori e nella dottrina successiva all'entrata in vigore del Codice Rocco e tendenti ad agganciare, sotto la spinta di quanto avveniva, in un diverso clima politico, vigente il Codice Zanardelli, le figure di attentato al tentativo, rappresentano soltanto la copertura tecnico-giuridica di una reale volontà politica di rafforzare lo Stato fascista e le sue istituzioni.

(5) Su tale deroga cfr. BRICOLA, *La discrezionalità* cit., pag. 290, nota 125 bis. Sugli illeciti ex art. 90 Cost. si vedano, fra gli altri: ANTONELLI, *Le immunità del Presidente della Repubblica*, Milano, 1972; RAGNO, *I delitti di attentato e di altro tradimento del Presidente della Repubblica*, Milano, 1969.

(6) Doce anche la tendenza da parte di taluni (cfr. in proposito E. GALLO, *Il delitto di attentato*, cit., *passim*) a considerare le ipotesi di attentato come ipotesi tipiche di tentativo, previste nella parte speciale. Le Sezioni Unite penali nella sentenza 14-18 marzo 1970, cit., per contro, avvertono la difficoltà di coordinare le ipotesi eccezionali di attentato con la regola generale dell'art. 49 C. Pen. ed escogitano una formula ambigua di «idoneità» che sembra lasciar trasparire la tendenza

a conservare la sostanza del vecchio orientamento (cfr. i precisi rilievi critici sulla sentenza di FIORE, *I reati di opinione* cit., pag. 76, nota 111).

(7) Cfr. sui vari problemi in tema di istigazione, di recente, VIOLANTE, voce *Istigazione* (*Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, 1972, pag. 986 e segg.).

(8) Un ampio esame dei profili di illegittimità costituzionale di tali fattispecie trovasi in FIORE, *I reati di opinione* cit., pag. 83 e segg.

(9) Su questa interpretazione, per la verità accolta dalla Corte costituzionale con la sentenza 4 maggio 1970, n. 65 in tema di apologia ex art. 414, ult. comma, C. Pen. cfr. il bel saggio di BIGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 C. Pen., ultimo comma* (*Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1971, 18 e segg.). Nessun giudizio di idoneità postula, viceversa, a proposito dell'articolo 266 C. Pen. (istigazione dei militari a disobbedire alle leggi...) la recente sentenza inedita della Corte costituzionale n. 16 del 1973, la quale rappresenta un notevole regresso rispetto alla sentenza 4 maggio 1970, n. 65, cit., affermando, da un lato, che l'istigazione è azione e diretto incitamento all'azione (equiparazione invero contraddittoria) e, pertanto, non è pura manifestazione del pensiero ed esula dall'art. 21 Cost.; dall'altro che «rispetto alla norma incriminatrice dell'art. 266 C. Pen. la libertà garantita dall'art. 21 Cost. può consentire modi di manifestazione e propaganda per la pace universale, la non violenza, la riduzione della ferma, l'ammissibilità dell'obiezione di coscienza (!), la riforma del regolamento di disciplina o altri, che non si concretino mai in una istigazione a disertare... a commettere altri reati, a violare in genere i doveri imposti al militare dalle leggi...». Cioè, in altri termini, la libertà di manifestazione del pensiero è solo tale per i pensieri buoni e non per i pensieri cattivi.

razione politica mediante accordo ex art. 304 C. Pen.), per le quali l'idoneità lesiva va principalmente individuata a livello di struttura dell'organizzazione dell'accordo. Va rilevato, peraltro, che, trattandosi per solito di fattispecie a dolo specifico possono per esse valere gli stessi argomenti che svolgeremo tra breve, in generale, per le fattispecie così orientate.

Il discorso si allarga a tal punto più genericamente a tutte le ipotesi di reato a pericolo presunto, ossia a quelle fattispecie criminose in cui l'oggetto della tutela è rappresentato da un interesse la cui concreta messa in pericolo non va provata ma viene presunta *juris et de jure* nel realizzarsi della condotta (1) descritta dal legislatore.

Naturalmente anche in questi reati è possibile ravvisare un interesse concretamente offeso dalla condotta tipica; trattasi però di un interesse che si risolve soltanto in un mero travestimento formale della fattispecie criminosa (2). Un'ulteriore precisazione è necessaria al fine di meglio individuare la categoria: altro è l'interesse concreto tutelato e la cui offesa viene presunta nella realizzazione della condotta tipica; altro è lo scopo della tutela, ossia un *quid* che giustifica la tutela ma che sta al di fuori del profilo offensivo del fatto tipico.

Non si può costruire una presunzione di pericolo con riferimento all'interesse che funge da scopo della tutela; quest'ultimo può influire sull'interpretazione della norma incriminatrice, su di una migliore concretizzazione o specificazione dell'interesse tutelato senza che il profilo offensivo del fatto si estenda fino ad esso. Il rapporto interesse tutelato-scopo della tutela può giocare nel senso di consentire una peculiare utilizzazione, a suo tempo esaminata (3), dello strumento dell'adeguatezza sociale; ma con ciò siamo al di fuori del contenuto offensivo del fatto tipico.

I reati di pericolo presunto sono, così delimitati, incostituzionali; secondo taluno (4), il contrasto fra gli art. 25 e 27 Cost. e le norme che contengono i reati di pericolo presunto deriverebbe dal fatto che queste seconde puniscono dei comportamenti che sono sempre concretamente lesivi di un interesse, il quale non coincide con l'interesse che sarebbe tutelato dalle norme incriminatrici di azioni concretamente pericolose. A nostro avviso l'incostituzionalità discende dal fatto che in tali reati manca un concreto contenuto offensivo, non potendosi considerare tale l'interesse — formale travestimento della fattispecie — di cui s'è detto.

Il vincolo a configurare fattispecie incriminatrici a contenuto concretamente lesivo non è, com'è stato rilevato (5), «una specie di sacrificio di Origene con cui il legislatore si precluderebbe, una volta per sempre, di dar vita ad incriminazioni che piaccia alla dottrina di trovare eccessivamente formalistiche», ma è la risultante di un principio costituzionale.

Resta aperto il quesito se, in presenza di un reato a pericolo presunto, il giudice debba proporre questione di costituzionalità ovvero, ritenendosi sciolto dal

vincolo della presunzione assoluta, operare un giudizio di pericolosità in concreto.

A nostro sommo avviso la seconda soluzione può essere adottata subordinatamente a determinate condizioni. In primo luogo è necessario che la conversione operata dal giudice di un reato di pericolo presunto in reato di pericolo concreto sia tale da non far perdere alla fattispecie in questione ogni autonomia ragion d'essere e da non farla coincidere con altra fattispecie incriminatrice: qualcosa di simile è avvenuto allorché la Corte costituzionale, nel tentativo di salvare la legittimità dell'apologia ex art. 494, ultimo comma, C. Pen. ha finito praticamente per toglierle ogni autonomia nei confronti dell'istigazione a delinquere prevista dal 1° comma dello stesso articolo.

È parimenti necessario che la trasformazione non alteri il tipo descrittivo dell'illecito e non sia tale da compromettere il carattere eccezionale dello scarto tra conformità al tipo e offensività del fatto (6). È evidente, infatti, che alla base dell'art. 49, 2° comma, C. Pen. e della costituzionalizzazione del relativo principio sta il convincimento della normale coincidenza fra i due aspetti. Sulla base di questo normale collegamento fra conformità al tipo e offesa dell'interesse tutelato la dottrina (7) esclude la necessità di una *probatio diabolica* da parte del pubblico ministero avente per oggetto i due aspetti dell'illecito penale e, conseguentemente, ritiene che «... in base a collaudate massime di esperienza si deve concludere nel senso della lesività del fatto rispondente ad una figura tipica del reato ogni qual volta manchino elementi dai quali possa desumersi la divergenza tra l'aspetto formale e l'aspetto sostanziale dell'illecito».

Se la trasformazione di reati di pericolo presunto in reati di pericolo concreto accentuasse il summenzionato divario, la conformità al tipo si ridurrebbe a mero indizio dell'offesa e ne risulterebbe fortemente compromessa quell'esigenza di tassatività e di tipicità formale (art. 25, 2° comma, Cost.) che è il presupposto ineliminabile della tipicità sostanziale. Tanto varrebbe allora rinunciare alla tipicità formale e limitarsi a costruire le fattispecie criminose con esclusivo riferimento all'attitudine del fatto genericamente assunto ad offendere l'interesse protetto. A questo discorso si potrebbe obiettare rilevando che il rischio di compromettere l'esigenza di tassatività sussisterebbe in maniera analoga nei casi in cui il pericolo funge da evento di una fattispecie causalmente orientata (8). L'assunto ha un fondamento di verità temperato soltanto dalla delimitazione che, in funzione tipicizzatrice, opera in tali fattispecie il nesso di causalità (9). Ne è riprova il fatto che la dottrina si preoccupa di individuare una tecnica legislativa che riconduca dette fattispecie al valore costituzionale della tassatività. «Ciò potrebbe avvenire — si nota (10) — mediante una tipicizzazione accurata delle condotte, strutturate in modo da rappresentare la violazione di precetti rivolti a cerchie ben individuabili di destinatari, per lo svolgimento di attività in ordine alle quali la lealtà verso quei precetti

(1) Ovviamente i reati a pericolo astratto sono quasi esclusivamente rintracciabili fra i reati di pura condotta.

(2) Cfr., ad es., l'interesse generale a che le attività soggette ad autorizzazione amministrativa non vengano esercitate quando tale autorizzazione non esista, interesse che viene assunto a contenuto dell'offesa nel reato di cui all'art. 80 C. S. a proposito del quale s'è già detto.

(3) Cfr. quanto s'è detto nel n. 9 b).

(4) STELLA, *op. cit.*, pag. 73.

(5) Così PEDRAZZI, *rec. a M. ROMANO, Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967 (*Riv. Dir. Civ.*, 1968, 490).

(6) In tal senso M. GALLO, *I reati di pericolo cit.*, pag. 7.

(7) M. GALLO, *op. cit.*, pag. 7.

(8) Per l'esame di tali ipotesi e per l'esame dei caratteri differenziali che esse presentano, rispetto a quelle fattispecie in cui il pericolo segna la struttura dell'offesa, cfr. M. GALLO, *op. cit.*, pag. 7.

(9) In queste fattispecie, inoltre, è l'accusa che deve provare il prodursi del pericolo; cfr. per contro, quanto alle fattispecie in cui il pericolo segna la struttura dell'offesa, ciò che si è richiamato alla precedente nota 7.

(10) M. GALLO, *op. cit.*, pag. 9.

costituisca una sorta di presupposto di legittimazione» (1).

Ove si tratti di reati contravvenzionali, più facilmente strutturati «a pericolo presunto», la trasformazione dovrà operarsi con maggior cautela, potendo a seguito di essa determinarsi una sproporzione tra lesione effettiva e modestia del trattamento sanzionatorio (2). In questo settore il principio costituzionale di «necessaria lesività» dell'illecito penale deve fungere essenzialmente da stimolo per una ristrutturazione delle contravvenzioni in chiave o di depenalizzazione ovvero di trasformazione in fattispecie delittuose.

Come risulta evidente da quanto s'è detto, i limiti che condizionano una trasformazione in via di interpretazione giudiziale sono tanto rigorosi da circoscrivere l'ambito di operatività e da rendere più frequente la soluzione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto.

Le premesse costituzionali relative all'aspetto sostanziale dell'illecito penale consentono di ricavare una ulteriore conseguenza in tema di strutturazione delle fattispecie criminose.

Non sono costituzionalmente legittime fattispecie criminose in cui un particolare dolo specifico (3), espressione di una direzione lesiva, si radichi su di una condotta «neutrale», ossia di per sé non offensiva di un valore costituzionalmente significativo. In tali casi tutto il fuoco del disvalore si incontrerebbe su di un mero atteggiamento psichico: la differenza che corre tra queste ipotesi e la repressione penale della *Gestattung* è assai tenue.

La loro legittimità in tanto è sostenibile (cioè che, per contro, non è mai possibile laddove su di una condotta «neutrale» si radichi un mero movente) in quanto si postuli un'idoneità lesiva del fatto rispetto a quell'interesse del quale è sintomatico il dolo specifico, ossia un obiettivo tendere dell'azione, una sua oggettiva adeguatezza alla produzione dell'evento lesivo posto dall'agente nel fuoco dell'intenzione ed espressione dell'interesse tutelato (4).

Il pensiero corre immediatamente a quelle fattispecie di accordo o di associazione che, subordinatamente ad un certo dolo specifico, espressione di una determinata direzione lesiva, vengono incriminate dal Codice Penale italiano facendo eccezione al principio di cui all'art. 115 C. Pen. Entro questi limiti diviene altresì chiaro il problema, tanto discusso (5), dell'incidenza del dolo specifico rispetto al profilo offensivo del fatto.

Nella fattispecie di cui s'è detto, non è tanto l'intenzione, quanto piuttosto l'oggetto dell'intenzione, ossia, come s'è rilevato (6), l'oggettiva adeguatezza dell'azione a produrre l'evento lesivo che si colloca nel fuoco dell'intenzione.

Nei casi in cui, viceversa, la condotta su cui si innesta il dolo specifico (7) è già di per sé lesiva di un valore significativo, o concreta già di per sé un altro

reato, l'intenzione dell'agente può fungere soltanto da elemento ulteriormente caratterizzante ed eventualmente differenziale rispetto ad altro reato, ovvero, qualora lo scopo dell'agente chiaramente appaia tale da orientare il momento lesivo della condotta, esso incide sul profilo offensivo del fatto nel modo sopra detto. Nel primo caso il dolo specifico può essere sintomo di un peculiare atteggiarsi dello scopo della tutela, senza riverberarsi sull'oggetto di essa (8); nel secondo il fatto deve essere idoneo a realizzare l'aspetto offensivo risultante dalla stessa direzione lesiva (dolo specifico), cioè oggettivamente adeguato a produrre l'evento posto dall'agente nel fuoco dell'intenzione (9).

Da tali premesse che non vogliono certamente esaurire la tematica del dolo specifico è possibile, però, prendere le mosse per una nuova considerazione di tale tematica.

Muovendo dalla concezione del reato come fatto necessariamente offensivo, parrebbe contestabile la configurazione di norme penali a carattere propulsivo (10). La deduzione sarebbe, però, fallace. Infatti: rispetto alle norme propulsive il carattere futuro dell'utilità o del bene da conseguire non esclude l'attualità dell'interesse al loro conseguimento, e, quindi, l'attualità dell'offesa del medesimo. Tutt'al più può rilevarsi come nelle fattispecie delineate da norme penali propulsive tenda ad attenuarsi l'aspetto più concreto dell'offesa dato il carattere futuro del punto di riferimento dell'interesse. Donde l'opportunità di ricorrere a norme penali propulsive solo per garantire il raggiungimento delle più importanti mete costituzionali, anche se, sia detto per inciso, lo strumento penalistico non sempre appare il più adeguato per assicurare un'evoluzione della società. Meglio si presta tale strumento a garantire realizzazioni già ottenute (11).

A prescindere da ciò, può infine sottolinearsi come le norme penali propulsive spesso riflettano valutazioni d'ordine politico-costituzionale che possono anche non trovare rispondenza alcuna, anzi essere in contrasto con l'ambiente sociale in cui si trovano ad operare: profilo sociale e profilo politico costituzionale dell'interesse tutelato in tal caso si trovano a divergere (12).

1) La concezione del reato come fatto necessariamente offensivo ha ripercussioni sullo stesso terreno dei reati di opinione e di espressione. Si è già fatto cenno al tentativo operato dalla Corte Costituzionale di riportare l'apologia ex art. 416, ult. comma, C. Pen., in una sfera di legittimità tramite l'esigenza che il fatto sia idoneo ad offendere l'ordine pubblico: il discorso circoscritto nell'ambito dell'art. 21 Cost., conduce praticamente agli stessi risultati cui si perverrebbe applicando il principio costituzionale di necessaria lesività dell'illecito. Senonché per i reati di opinione questa operazione interpretativa, oltre ai consueti rischi di sfigurare il tipo descrittivo o di neutralizzare l'autonomia della fattispecie, non deve far

(1) Il tema è suscettibile d'essere approfondito: il tentativo di tipizzazione deve essere condotto in guisa da evitare una formalizzazione eccessiva, analogamente a quanto avviene su di un piano diverso per la colpa cd. presunta.

(2) È un rilievo che vale ovviamente come limite della trasformazione anche per i reati non contravvenzionali.

(3) E cioè a differenza del puro e semplice movente.

(4) La giurisprudenza non è solitamente propensa ad ammettere tale idoneità.

(5) Sul punto preziose sono ancora le pagine di MOLARI, *La tutela penale della condotta civile cit.*, pag. 96 e segg.

(6) Così MOLARI, *op. cit.*, pag. 91.

(7) Naturalmente si fa riferimento al dolo specifico come connotato della fattispecie legale astratta. Il rilievo, se pure ovvio, è reso necessario dalla tendenza che talora affiora nella dottrina a ricavare certe ricostruzioni dell'oggettività giuridica

da finalità dell'agente consenziali, alla condotta in concreto, ma non tipizzate dal legislatore (si pensi, ad es., alle argomentazioni con cui ANTONISEI, ricava la tesi della plurioffensività dei reati di falso fondandosi tra l'altro sul fine che anima in concreto la condotta del falsificatore).

(8) Sotto questo profilo potrà costituire l'elemento differenziale rispetto ad un'altra fattispecie, strutturata sulla base di un identico contenuto offensivo.

(9) Analogamente a quanto s'è detto in precedenza.

(10) Su questa categoria di norme penali ci siamo di già soffermati.

(11) A prescindere poi da casi in cui l'aspetto propulsivo di una norma penale che ha un contenuto offensivo ben preciso si identifica con lo scopo della tutela, estraneo, quindi, all'offesa.

(12) Entro questi limiti, la norma penale propulsiva si rivela ancor più eccezionale.

perdere di vista quello che è l'aspetto principale della tematica, ossia la valutazione avente per oggetto la rilevanza sul piano costituzionale degli interessi rispetto ai quali si imposta il giudizio di idoneità e, superato tale scoglio, la sussumibilità di questi interessi in funzione di limiti non espliciti (visto che l'art. 21 menziona soltanto il « buon costume ») alla libertà di manifestazione del pensiero. In altri termini, e in via puramente esemplificativa per non superare i limiti della indagine: le fattispecie di vilipendio (1), per quanto interpretate in guisa da postulare un'« idoneità » dell'affermazione spregiativa ad offendere l'interesse protetto, non riescono a superare lo scoglio dell'illegittimità costituzionale posto che il prestigio delle istituzioni o dei dogmi oggetto di tutela non assurge a valore costituzionalmente rilevante e in nessun caso a limite della libertà ex art. 21 Cost. (2).

1) Le schematizzazioni operate a livello esemplificativo sono tali da render chiara la portata che può assumere il principio ex art. 49, 2° comma, Cost. Esso è tale, da un lato, da garantire l'interprete da eventuali sfasature, dovute sia a difetti di tecnica legislativa sia soprattutto a inevitabili limiti della tipizzazione, tra conformità al tipo e offensività del medesimo; dall'altro da impedire che a livello astratto il legislatore ritagli un tipo descrittivo presumendone *juris et de jure* la lesività; e, infine, esso consente all'interprete un'operazione di graduale assestamento tra conformità al tipo e lesività, assunta non in senso statico, ma nella variazione a livello sociale e costituzionale dei suoi contenuti. In tal modo nella presente situazione è possibile all'interprete svolgere un ruolo di adeguamento della legislazione penale ai nuovi significati costituzionali, ripulmando gli interessi tutelati nella loro accezione più attuale. È un compito questo che può connotare una nuova fase dell'interpretazione della legge penale, fino ad oggi tutta tesa a raffrontare le norme incriminatrici e le norme costituzionali nella loro veste formale e descrittiva: mera operazione di ortopedia giuridica — è vero —, ma che, congiunta al tentativo di far filtrare attraverso i varchi degli elementi elastici ovvero nel bilanciamento degli interessi, ove richiamato dalla legge penale (ad es., art. 52, C. Pen.), i valori costituzionali, assolverà un ruolo di estremo interesse.

La possibilità di ripulmare in chiave sociale e costituzionale il contenuto dell'offesa e di raccordare conseguentemente ad esso la conformità al tipo, si arresta

ove l'interesse sia antitetico al tessuto costituzionale. In tal caso l'interprete può salvare ulteriormente la norma attribuendo un nuovo contenuto offensivo in linea con la Costituzione: quest'operazione di sostituzione dei valori tutelati, infrequente nelle decisioni dei giudici ordinari (3), è stata utilizzata, ma in maniera scorretta (4), dalla Corte Costituzionale, nella sentenza interpretativa concernente l'art. 553 C. Pen. Il limite dell'operazione sostitutiva dei valori tutelati è come sempre rappresentato dai casi in cui essa altererebbe la tipicità formale dell'illecito (5), determinerebbe l'eccezionalità dello scarto tra conformità al tipo e offesa (6), creerebbe una sproporzione, costituzionalmente non giustificabile (7), fra trattamento sanzionatorio e nuovo valore tutelato (l'esempio potrebbe essere rappresentato dalle fattispecie di aborto considerate nella prospettiva di tutela della vita o dell'integrità fisica della madre o della *spes vitae* (8)); ovvero il limite dell'operazione potrebbe essere costituito dalla non recepibilità di un valore costituzionale sostitutivo che giustifichi la fattispecie o che ne giustifichi la sua previsione autonoma rispetto ad altre (come può dirsi per l'oltraggio) (9).

Queste operazioni così schematizzate, coesenziali al presente momento antinomico, caratterizzato da una frattura tra Codice Penale e tessuto costituzionale, si verranno neutralizzando con la troppo auspicata (ormai) riforma diretta ad adeguare la nostra legislazione penale ai principi costituzionali.

Una situazione di questo tipo pare tuttavia ancora molto lontana: è in corso attualmente una parziale riforma della parte generale del Codice Penale, non del tutto esente da critiche (10), ma nulla si fa per predisporre una gerarchia di valori costituzionalmente significativi su cui erigere le strutture di una più moderna (11) e democratica (12) parte speciale. È chiaro che, nell'eventualità in cui si realizzi questa auspicata ristrutturazione di tutta la legislazione penale, non sfumerebbe, tuttavia, il compito — ineliminabile — dell'interprete di attribuire costantemente al contenuto offensivo del reato la sua più concreta e attuale dimensione sociale e costituzionale e di raccordare ad esso, in forza del *distinguo* più volte ribadito, il profilo descrittivo del tipo. Non v'è dubbio, infatti, che gli stessi interessi costituzionalmente significativi acquistano una dimensione sempre più specifica man mano che cresce la sensibilizzazione sociale nei loro confronti (13).

(1) Cfr. l'acuto esame che di tali fattispecie compie FIORE, *op. cit.*, pag. 113 e segg.

(2) In tal senso FIORE, *op. e loc. cit.*

(3) Sull'impossibilità di assumere ad oggetto della tutela nell'art. 553 C. Pen. il pudore sessuale, cfr. fra gli altri, BRICOLA, *L'art. 553 come limite penale alla libertà di manifestazione del pensiero (Legge penale e libertà del pensiero. III Congresso di diritto penale - Bressanone 1965, Padova, 1966, pag. 59 e segg.)*.

(4) Cfr. la sentenza n. 9 del 1965 (*Giur. Cost.*, 1965, 61 e seguenti).

(5) Questo e il successivo limite valgono altresì per i casi in cui l'interprete opera nel senso di attribuire all'interesse tutelato una più precisa dimensione socio-costituzionale. La rottura è in tal caso meno frequente non intervenendo la sostituzione di un interesse ad un altro. Di tale limite già tenevamo conto nella nostra voce *Interesse privato in atti di ufficio* (*Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, 1972, pag. 71, nota 171).

(6) Cfr. quanto in proposito s'è già detto nelle pagine precedenti.

(7) Sul tema della « proporzionalità » fra valore tutelato e sanzione penale richiamiamo quanto s'è già detto in precedenza.

(8) Interessante si presenta, sotto questo profilo, l'ordinanza del Pretore di Padova del 17 aprile 1972 (*Sent. e Ord. Corte Cost.*, 1972, 197) che dichiara non manifestamente infondata in riferimento (non del tutto corretto) all'art. 25, 2° comma, Cost. la questione di legittimità costituzionale degli art. 548 e 550 C. Penale. Infatti — si nota — «... a seguito della pro-

nuncia di incostituzionalità dell'art. 553 C. Pen. la integrità della stirpe non può essere più considerata come bene tutelato. Ma anche ipotizzando che i reati considerati offendano congiuntamente i beni dell'integrità della stirpe e del feto, il venir meno di uno di esso renderebbe sproporzionata l'entità della pena rapportata ad uno solo degli interessi tenuti presenti congiuntamente dal legislatore ».

(9) Per l'esame di tale profilo con riguardo al delitto di oltraggio, cfr. BRICOLA, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali* (Temi, 1968, 573 e segg.). La Corte costituzionale ha, però, respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale proposta nei confronti della norma che prevede il delitto di oltraggio (art. 341 C. Pen.); cfr. da ultimo, la sentenza 28 novembre 1972, n. 165 (*Fofo It.*, 1973, I, 352 e segg.).

(10) Il testo del progetto è stato più volte già preso in considerazione nel corso della voce.

(11) Oltre all'esigenza di « democratizzare » la parte speciale del Codice Rocco, v'è infatti anche l'esigenza di creare norme penali dettate dallo sviluppo tecnologico (es., in materia di inquinamenti).

(12) Sulle ragioni di una certa resistenza, anche delle forze di sinistra, ad affrontare una riforma globale della parte speciale del Codice Penale: cfr. BRICOLA, *Progetti di riforma parziale del Codice Penale: che sia la volta buona? (Quale Giustizia, 1970, 4, 93 e segg.)*.

(13) Pur senza perdere il loro significato e la loro genuinità politica originaria.

10. Occorre a tal punto stabilire (1) la possibilità e i limiti d'incidenza dell'art. 27, 2° comma, Cost. («L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva») nella delineazione dei connotati essenziali dell'illecito penale (teoria generale del reato).

Trattasi in altri termini di verificare se sia possibile strutturare la fattispecie criminosa (2) in guisa tale da invertire, per taluni elementi di natura oggettiva o soggettiva, a carico dell'imputato l'onere della prova (3), con relativa liberazione dell'accusa da qualsiasi onere della prova e conseguente assunzione del rischio del dubbio a carico dell'imputato. Una peculiare ipotesi di strutturazione della fattispecie è rappresentata da quei casi in cui l'inversione dell'onere della prova ha per oggetto elementi, la prova della cui esistenza, se raggiunta, potrebbe comportare a carico dell'imputato la responsabilità per un più grave reato. Il pensiero corre rapidamente ai reati *ex* articoli 707 e 708 C. Pen., per i quali si parla di «reati di sospetto» o, meglio, di fattispecie fondate sul sospetto di reati (4): in forza di tali norme chiunque in possesso di un certo *status* legato a precedenti specifici è punito se «colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione» (art. 707), ovvero se «colto in possesso di denaro o di oggetti di valore o di altre cose non confacenti al suo stato, e dei quali non giustifichi la provenienza» (art. 708). Il raggiungimento della prova circa l'ingiustificata destinazione o circa l'ingiustificata provenienza potrebbe in taluni casi svelare l'esistenza di reati contro il patrimonio a carico dell'agente. Infatti il possesso ingiustificato delle cose *ex* art. 707 C. Pen., può significare, sia l'esistenza di atti preparatori rivolti a commettere un delitto contro il patrimonio (5), sia la consumazione di uno di questi reati da parte dell'agente. E la mancata giustificazione della provenienza di una delle cose indicate nell'art. 708 C. Pen., può significare che esse sono il risultato di un reato già commesso ovvero, ma meno frequentemente (6), rappresentano il *pretium sceleris* riscosso prima della consumazione.

Nelle ipotesi di cui agli art. 707 e 708 C. Pen., secondo la giurisprudenza prevalente (7), «... il dubbio sulla legittimità della destinazione (art. 707) o della provenienza (art. 708) si risolve nella mancanza di giustificazione e porta quindi necessariamente alla condanna dell'imputato; il sospettato pertanto deve dare piena giustificazione della legittimità del possesso e

non può difendersi limitandosi a dire «*possideo quia possideo*»; il giudice non ha l'obbligo di dimostrare nella sentenza che le cose possedute erano di provenienza illegittima (o avevano una illegittima destinazione)» (8). L'inversione dell'onere della prova nasce proprio dalla necessità e dall'intenzione di arrestarsi al sospetto di altri reati, senza volerne raggiungere la prova.

In queste fattispecie in cui viene invertito l'onere della prova da un punto di vista formale tutto può dirsi regolare: c'è una condotta (9), integrata da una omissione rappresentata dall'omessa giustificazione e si può ipotizzare altresì un comando nei confronti del soggetto destinatario della norma. Ma il rispetto dei profili formali, non può certamente acquietare l'interprete (10).

L'art. 27, 2° comma, secondo l'interpretazione che ne offre la Corte Costituzionale, non sembra tale da ostacolare fattispecie criminose strutturate sulla base di un'inversione dell'onere della prova circa taluno degli elementi ad esse appartenenti. La Corte ha, infatti, tra l'altro (11) affermato, con riferimento specifico agli art. 707 e 708 C. Pen., che il principio della presunzione di non colpevolezza «non investe il modo di provare i «fatti di reato»» e, per temperare la portata di tale asserto, ha stabilito, in antitesi con l'atteggiamento giurisprudenziale e con l'intento specifico dei compilatori del codice (12), che «è da escludere che le norme denunciate... esigano la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi invece a pretendere una attendibile e circostanziata (13) spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento...» (14).

Malgrado quest'interpretazione restrittiva dell'articolo 27, 2° comma, che ne vanifica la portata in un settore suscettibile di riflessi sullo stesso terreno del diritto penale sostanziale, è da ritenere che questa tecnica di strutturazione delle fattispecie, oltre che incompatibile con il nuovo spirito che permea la Costituzione, possa essere contrastata su altre basi. Rivediamo lo schema probatorio cui una presunzione del tipo menzionato dà vita: con riguardo, ad es., agli art. 707-708 C. Pen., contestati il possesso di certe cose o la non corrispondenza di queste allo stato del possessore (15), l'accusa — si è detto — può veramente tacere ed attendere che l'imputato dia giustificazione della provenienza delle cose; come può tacere ed attendere il giudice, i poteri di iniziativa del quale sono proprio bloccati dall'esplicita richiesta

(1) Sempre alla stregua dei compiti che ci siamo metodologicamente prefissi.

(2) E, infatti, un problema di struttura della fattispecie criminosa, in quanto l'inversione si riverbera sul tipo mediante l'inserimento di una condotta a carattere omissivo.

(3) Sul tema cfr. di recente, COPPI, *Osservazioni sul «reati di sospetto» cit.*, pag. 1731.

(4) Parla di «sospetto di reati», DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, pag. 141 e 143.

(5) Va sottolineato che la Corte costituzionale con la citata sentenza 19 luglio 1968, n. 110 (*Giur. Cost.*, 1968, 1704) ha reso ancor più specifici detti precedenti dichiarando «costituzionalmente illegittimo l'art. 708 C. Pen. limitatamente alla parte in cui fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misure di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, in riferimento all'art. 3 Cost.».

(6) In proposito cfr. gli acuti rilievi di COPPI, *op. cit.*, pag. 1728.

(7) Un'analisi di tale atteggiamento giurisprudenziale è compiuta da COPPI, *op. cit.*, pag. 1720 e segg.

(8) Così COPPI, *op. cit.*, pag. 1710, riferendo un'impostazione che la giurisprudenza ha recepito soprattutto dal MANZINI (*Trattato di diritto penale italiano*, 6° ediz., Torino, 1964, pag. 757 e segg., 768 e segg.).

(9) Analizza questi tentativi di individuare una condotta nei reati di sospetto, COPPI, *op. cit.*, pag. 1711 e segg.

(10) È l'esatta opinione di COPPI, *op. cit.*, pag. 1717.

(11) Così Corte costituzionale 19 luglio 1968 cit. (*Giur. Cost.*, 1968, 1706). Ricordiamo incidentalmente che all'art. 27, 2° comma, Cost. si è fatto persino appello per sostenere l'incostituzionalità delle norme penali che prevedono forme di responsabilità oggettiva: cfr. Corte Cost. 8 luglio 1957, n. 107 (*Giur. Cost.*, 1957, 1005 e segg. con nota di G. VASSALLI) che respinge un'eccezione proposta nei confronti dell'art. 539 C. Pen. e fondata anche sull'art. 27, 2° comma, Cost.

(12) Per un esame delle «matrici storiche» degli art. 707 e 708 C. Pen., cfr. COPPI, *op. cit.*, pag. 1713 e segg.

(13) Così Corte Cost. 2 febbraio 1971, n. 14 (*Sent. e Ord. Corte Cost.*, 1971, 61): confessiamo che non è agevole distinguere fra la pretesa rivolta al prevenuto di provare la legittimità della destinazione e della provenienza e la pretesa di una... attendibile e circostanziata spiegazione...

(14) «I quali, ovviamente — prosegue la sentenza citata — si atteggiavano in modo diverso a seconda che si tratti di strumenti di uso comune inerenti all'attività professionale del prevenuto, oppure di ordigni di utilizzazione non ordinaria, di somme ingenti o di cose preziose e rare oppure di somme modeste e di cose correnti».

(15) Locuzione generica della quale però la Corte Costituzionale con sentenza del 1968, n. 110 cit. ha ribadito la conformità alla Costituzione.

rivolta dalla norma all'imputato di giustificare la « provenienza dei valori ». L'imputato si vede pertanto costretto a collaborare se non vuole che a seguito del suo silenzio, scatti la condanna a suo carico. Ne discende una completa frustrazione di quel diritto al silenzio che, posto di recente (1) in piena luce come componente essenziale del diritto costituzionale alla difesa (art. 24 Cost.), consente all'imputato di non collaborare e di tacere, senza che da tali atteggiamenti il giudice sia obbligato, come nel caso di specie, o autorizzato a trarre automaticamente (2) il convincimento della colpevolezza dell'imputato.

Il diritto costituzionale al silenzio di cui è titolare l'imputato, pertanto, conduce a risultati che non sembrano ricavabili dall'art. 27, 2° comma, o, quanto meno, ne stimola un'interpretazione che arricchisce il suo carattere.

All'illegittimità di tali fattispecie è possibile pervenire altresì sulla base di principi costituzionali che rispecchiano alcuni connotati essenziali del reato, e quindi di ordine sostanziale. Si badi: la tecnica probatoria di cui si discute è tale da mettere in una posizione di estrema difficoltà l'imputato, in specie quand'essa viene prescelta con riferimento a categorie di imputati che già di per sé si trovano in una condizione di inferiorità sociale ed economica (3) e, conseguentemente, è tale da rendere complessa all'imputato la prova dell'effettiva insussistenza di quell'elemento oggettivo o soggettivo che forma oggetto dell'inversione dell'onus probandi.

Ne consegue la possibilità che l'imputato il quale non sia in grado, per ragioni non dipendenti da una sua effettiva responsabilità, di apparire convincente, venga condannato per un fatto che in concreto non è offensivo dell'interesse tutelato ovvero è soggettivamente incolpevole: contro ogni principio di necessaria lesività dell'illecito penale o di personalità della responsabilità penale (4). Ciò è ancor più evidente per quelle fattispecie (reati di sospetto) in cui l'inversione ha per oggetto elementi la cui sussistenza (illegittimità della destinazione o della provenienza ex art. 707 e 708 C. Pen.) determinerebbe una responsabilità ad altro titolo. Quivi è chiaro l'intento di non voler pervenire alla prova dell'illegittimità, di arrestarsi al sospetto, e, quindi, di condannare per fatti che non sono idonei ad offendere (e neppure sotto la forma del pericolo) l'interesse protetto dalle norme che configurano i reati oggetto di sospetto, né alcun interesse protetto dagli art. 707 e 708 C. Pen. Quest'ultime norme, infatti, configurano fattispecie che non sono idonee ad offendere alcun inte-

resse, a meno che come tale non voglia considerarsi (5) un interesse che certe persone non destino sospetto di aver commesso o di voler commettere un reato contro il patrimonio: mero travestimento formale della fattispecie insuscettibile a fungere da interesse, come già rilevammo a proposito dei reati di pericolo presunto. I reati di sospetto, fra l'altro, presentano rispetto a questi ultimi la particolarità di non essere neppure strutturati sulla base di un fatto oggetto di integrale prova da parte dell'accusa, ma sulla base di uno status soggettivo o di un atteggiamento interiore o, per meglio dire, talora, di un sospetto di atteggiamento interiore (di voler commettere un reato) (6).

Vediamo ora come il discorso venga impostato riguardo a fattispecie così strutturate muovendo da una diversa e più evoluta interpretazione dell'art. 27, 2° comma, Cost. Si ritiene che le difficoltà di ricondurre alla tematica delle « regole di giudizio » la presunzione fissata nella norma costituzionale svaniscano ove la si interpreti (7) alla luce dell'art. 6, 2° comma, della Convenzione europea (8) così formulato: « Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a che la sua colpevolezza non sia legalmente accertata ». Cerchiamo di sintetizzare le ulteriori cadenze ed implicazioni, estremamente interessanti, di questo discorso. Un punto preliminare viene assunto come pacifico: « se l'imputato ha da essere considerato innocente sin quando non si realizzi un determinato presupposto [sin quando, cioè, non ne sia legalmente (9) accertata la responsabilità], è da escludere che, in mancanza di quel presupposto, il giudice possa definire il processo con una decisione atta a scalfire la posizione di cui l'imputato godeva, nei confronti dei consociati, prima dell'inizio del processo » (10).

E ci si domanda poi: in primo luogo, quali tra gli elementi su cui il giudice penale è chiamato a pronunciarsi con la sua sentenza, rilevino ai fini di determinare la « responsabilità » (o colpevolezza-fato sensu) nel senso dell'art. 6, 2° comma, Convenzione europea; in secondo luogo, quali tra i vari atteggiamenti psicologici che il giudice penale può assumere di fronte al materiale relativo a tali elementi legittimino il rovesciamento della presunzione di innocenza. Sotto il primo profilo si ritiene (11) che rilevino le componenti del cosiddetto « fatto » inteso nella sua accezione più circoscritta (condotta, evento in senso naturalistico, nesso di causalità), nonché le *species* del cosiddetto elemento psicologico (dolo e colpa), le cause di giustificazione e le condizioni obiettive di punibilità (12). Sotto il secondo profilo non sarebbe necessario il conseguimento da parte del giudice di una

(1) Il tema del « diritto al silenzio » dell'imputato, consacrato anche a livello di legislazione ordinaria nella disposizione del nuovo 3° comma dell'art. 78 C. Proc. Pen. (a seguito della legge 5 dicembre 1969, n. 932), è stato oggetto di ampia e acuta trattazione da parte di GRÉVI, « Nemo tenetur se detegere ». *Interrogatorio dell'imputato nel processo penale italiano*, Milano, 1972. L'autore non esamina però le ripercussioni del diritto al silenzio, costituzionalmente garantito, rispetto alla struttura dell'illecito penale.

(2) Né può farsi appello all'ultima « ancora » di salvezza del « libero convincimento del giudice », volta che l'onesta giustificazione da parte del prevenuto, assunta a requisito strutturale (tipo di condotta) della fattispecie diventa contenuto del rimprovero giuridico penale. Da notare che un ricollegamento tra « diritto al silenzio » e illegittimità costituzionale degli art. 707 e 708 C. Pen. è già operato da COPPI, *op. cit.*, pag. 1735.

(3) Sotto questo profilo norme come quelle degli art. 707 e 708 C. Pen. contrastano con quel principio cardine del nostro sistema costituzionale che è l'art. 3, capov., Cost.

(4) Questi due aspetti sono stati completamente trascurati dalla dottrina.

(5) Non è lecito neppure parlare di un'interesse alla prevenzione di certi reati. Infatti questo interesse da un lato non si presenta come specifico, dall'altro spesso non esiste (altrimenti

il reato di sospetto è in funzione sanzionatoria del sospetto di un reato già commesso) ovvero non è neppure concretamente lesivo, potendosi condannare ex art. 707 e 708 C. Pen. solo sulla base del semplice sospetto che un soggetto stia per commettere (o voglia commettere) un reato contro il patrimonio. Sospetto e prevenzione sono termini costituzionalmente inconciliabili: e il discorso vale sia per le misure di prevenzione ai sensi della legge del 1956 sia per il fermo di polizia di cui si è di recente proposta l'introduzione nel nostro sistema positivo.

(6) Ad eccezione dei casi di sospetto di reato commesso.

(7) Cfr. in tal senso, CHIAVARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pag. 372 e segg.

(8) Afferma l'identità sostanziale di significato delle dizioni dell'art. 27, 2° comma, Cost. e dell'art. 6, par. 2 della Convenzione europea, ma ad un livello « minimo » di contenuti, Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 124 (*Sent. e Ord. Corte Cost.*, 1972, 515 e segg.).

(9) Sul significato della nozione di « legalità » nel contesto in esame, CHIAVARO, *op. cit.*, pag. 375 e segg.

(10) Così CHIAVARO, *op. cit.*, pag. 376.

(11) In tal senso CHIAVARO, *op. cit.*, pag. 378.

(12) Si ribengono, viceversa, estranee alla categoria *de qua* le cosiddette cause estintive del reato, l'imputabilità e la pericolosità: così CHIAVARO, *op. cit.*, pag. 378.

certezza in senso stretto quanto agli elementi sopra menzionati, che altrimenti si imporrebbe all'accusa e al giudice una *probatio diabolica*.

In ordine a taluni elementi, diversi da quel nucleo dell'illecito che è costituito dal « fatto » in senso stretto, sarebbe sufficiente la *totale non scienza* circa l'assenza di essi. In altri termini, si osserva (1) « ... si tratta di prendere atto di una regola di esperienza, che, salvo l'emergere di dati significativi, porta il giudice ad esimersi da specifici accertamenti in ordine ad elementi, come il dolo e la colpa, o come le scriminanti ».

L'emergere di dati significativi dovrebbe a tal fine essere provocato dall'imputato: a carico del quale non graverebbe, rispetto a questi elementi per i quali non è necessaria l'acquisizione della *certezza*, un onere di fornire al giudice, su propria iniziativa, i dati probatori necessari, ma semplicemente il rischio di veder trascurata dal giudice una prova utilizzabile in appoggio ad una data tesi. Praticamente però, se si eccettua il fatto che, alla luce di tale impostazione, il rischio del dubbio non graverebbe più a carico dell'imputato, in ordine agli elementi per i quali non occorre *certezza* in senso stretto, il giudice, se non si attiva l'imputato, può condannare ove vi sia totale non scienza circa l'insussistenza dell'elemento. Questa è la regola di giudizio che funziona anche indipendentemente da una particolare strutturazione della fattispecie in chiave probatoria: ove ciò avvenga, e può avvenire senza nessun particolare ostacolo (2) anche rispetto ad elementi del « fatto » in senso stretto (come negli art. 707 e 708), nulla cambia.

Infatti nei reati di sospetto ex art. 707 e 708 C. Pen., per la conformità all'art. 27, 2° comma, Cost., interpretato alla luce dell'art. 6, 3° comma, Convenzione europea sarebbe sufficiente escludere la possibilità di condanna in caso di *probatio semiplena* o di dubbio sollevato dall'imputato circa la illegittimità della destinazione o della provenienza: in mancanza di essa, però, il giudice nella situazione di *totale non scienza* circa l'illegittimità potrebbe vincere la presunzione d'innocenza e condannare l'imputato.

Anche la tesi della quale si sono colte le principali articolazioni non ci persuade. Anzitutto essa è contraddittoria nei limiti in cui, da un lato, sottolinea l'esigenza che il fatto « in senso stretto » (3) debba formare oggetto di *certezza* in senso stretto e, quindi, di una *probatio plena* da parte dell'accusa e da parte del giudice; e, dall'altro, deroga a tale assunto in relazione ad una peculiare strutturazione in chiave probatoria della fattispecie. In secondo luogo non è corretto parlare di « dubbio », che è situazione per la quale è sempre necessaria « una reciproca elisione di dati probatori contrastanti » (4), sollevato dall'imputato nei casi in cui a fronte di esso sta soltanto una *totale non scienza* circa l'inesistenza di un elemento

« non una prova sia pure parziale della sua esistenza ». Ma soprattutto ai nostri fini ci preme rilevare come l'affermare che, rispetto a taluni elementi o nei casi in cui per essi la fattispecie si articola su di un'inversione (apparente) (5) dell'*onus probandi*, il giudice possa condannare anche senza compiere un'apposita indagine in ordine a tali elementi, salvo che l'imputato sollevi un dubbio o si attivi in senso probatorio pur al di fuori di una situazione soggettiva di *onere*, significhi pur sempre porre l'imputato in una posizione difficile e precludergli, a costo di non incorrere in una condanna, la possibilità del silenzio oggetto di diritto costituzionalmente attribuitogli. Le perplessità d'ordine costituzionale, anche se in tono minore, data l'assenza di un discorso più « eclatante » in termini d'inversione dell'onere della prova, sono le stesse già in precedenza sollevate. Altrettanto sensibile è il pericolo che, malgrado il rispetto formale della conformità al tipo, ottenuta tramite artifici probatori, o malgrado la riaffermazione in astratto dell'esigenza di un elemento di colpevolezza, per la difficoltà oggettiva incontrata dall'imputato di vincere una prova non costruita e, quindi, di dimostrare l'insussistenza di un elemento del fatto tipico (*lato sensu*) in realtà insussistente, si pervenga alla condanna per un fatto non colpevole o non concretamente offensivo.

Al fine di salvaguardare, pertanto, nella sua pienezza il diritto al silenzio dell'imputato, componente essenziale del diritto costituzionale alla difesa (art. 24 Cost.), la presunzione di innocenza ex art. 27, 2° comma, nonché i principi sostanziali (di rango costituzionale) della necessaria lesività del reato e della personalità della responsabilità penale, e al fine di evitare che essi siano aggirati tramite artifici nel gioco delle regole di giudizio, è, pertanto, essenziale che la *certezza in senso stretto* abbia per oggetto tutti gli elementi che compongono il reato nella sua dimensione formale (oggettiva e soggettiva) e lesiva. Ciò non toglie che rispetto a taluno di questi elementi l'intervento di reali massime d'esperienza possa semplificare i passaggi attraverso i quali si articola il raggiungimento della *certezza* da parte dell'accusa e del giudice: così, ad es., la lesività di un fatto conforme al tipo non abbisogna di una prova dettagliata nei casi, ad es., di reati ad evento naturalistico (6), a differenza dei casi in cui il *distinguo* è più sottile; e altrettanto dicasi della prova della consapevolezza dell'offesa dell'interesse protetto che è più semplicemente raggiunta, soprattutto nei reati ad evento naturalistico, una volta conseguita la *certezza* in ordine all'intenzione di realizzare il fatto costitutivo di reato (7). Per evitare che la *probatio* dell'accusa divenga diabolica, senza, d'altro canto, ledere alcun principio, può adottarsi la regola di giudizio assunta dalla tesi che si critica nei confronti delle scriminanti (8): rispetto ad esse e di fronte ad una

(1) CHIAVARIO, *op. cit.*, pag. 381.

(2) In tal senso, CHIAVARIO, *op. cit.*, pag. 385.

(3) Ci si riferisce al fatto nella sua accezione più circoscritta (condotta-evento-nesso di causalità ed eventualmente condizioni di punibilità, tecnicamente estranee alla nozione di « fatto »).

(4) In tal senso, CORDERO, *Il giudizio d'onere*, Milano, 1959, pag. 147.

(5) Come ad es., negli art. 707 e 708 C. Pen.

(6) E ciò sulla base di quella maggiore difficoltà di *distinguo* tra conformità al tipo e offesa che a proposito di questo reato s'è in precedenza posta in luce.

(7) Sul punto cfr. BRICOLA, *Dolus in re ipsa* cit., pag. 108.

(8) È necessario sottolineare che recentemente le Sezioni Unite penali (sentenza 26 febbraio 1972 [Foro It., 1973, II, 368 e segg.]), respingendo la tesi contraria, talora accolta dalla stessa Cassazione, hanno affermato che: « Accertata la sussistenza del reato nei suoi elementi costitutivi, materiale e psicologico, il giudice, nel dubbio sulla applicabilità di una causa di non punibilità (nella specie stato di necessità), deve pronunciare sentenza di

condanna e non di assoluzione per insufficienza di prove ». A differenza di altre sentenze orientate nello stesso senso, la sentenza, in parola si segnala per una energica affermazione dell'esigenza di « difesa della società dal crimine ». « E questo — osserva la sentenza — un canone fondamentale alla osservanza del quale tanto meno è lecito sottrarsi in un periodo contrassegnato da una netta recrudescenza della criminalità, rilevata e denunciata con vivo allarme anche dalle più qualificate sedi ». Onde la necessità che l'interprete della legge penale (canone interpretativo che indiscutibilmente va, a seguito della sentenza che si cita, aggiunto a quelli fissati dalla disposizione sulla legge in generale), nell'esercizio del potere-dovere di adeguare la propria attività alle condizioni della società in cui opera, abbia presente il mutare e l'evolversi delle esigenze sopra addotte, sottraendosi, se occorre, alle suggestioni di astratte esercitazioni speculative di incerto contenuto e di dubbia precisiuità (così vengono, dunque, qualificati gli sforzi della dottrina tendenti a ricondurre le cause di giustificazione come limiti della norma penale o come elementi negativi del fatto ovvero diretti a dare

prova raggiunta nel modo indicato rispetto a tutti gli elementi della conformità al tipo (1) e della lesività, non ha più senso parlare di un diritto al silenzio dell'imputato, mentre è ragionevole parlare di dubbio in senso proprio.

Dalle premesse svolte consegue un'ulteriore caratterizzazione dell'illecito che, mentre sembra concernere soltanto la tecnica probatoria e di strutturazione delle fattispecie penali sotto tale profilo, in realtà è connessa alla attuazione di altri rilevanti principi costituzionali.

Quid juris degli art. 707-708 C. Pen., alla luce della tesi che si è confutata? Essa non sembra intaccare l'illegittimità costituzionale, nella misura in cui dette norme perseguono proprio l'intento di escludere ogni rilevanza al dubbio sollevato dall'imputato sull'illegittimità della destinazione o della provenienza. D'altro canto, se così non fosse, non potrebbe comunque valere l'equazione « mancanza di giustificazione da parte dell'imputato » — « certezza dell'illegittimità della provenienza o della destinazione ». Infatti, se ciò fosse, l'accusa dovrebbe procedere ad altro titolo. Ancora una volta le fattispecie ex art. 707 e 708 C. Pen., svelano il loro vero volto di fattispecie imperniate sul « sospetto di reati ».

Che dire delle proposte di ristrutturare queste fattispecie in guisa da eliminare le inversioni probatorie sulle quali esse sono costruite? Si propone (2) una configurazione dell'art. 707 C. Pen., tale da imporre ai pregiudicati per determinati reati il divieto di detenere chiavi alterate, grimaldelli o altri arnesi *ingiustificatamente*, con l'onere da parte dell'accusa di provare anche tale ultimo requisito. Senonché, quando la prova dell'ingiustificata detenzione non svela la commissione di altro reato contro il patrimonio (3), ma comprovi l'illecita destinazione degli arnesi, l'art. 707, si risolverebbe in una norma incriminatrice di meri atti preparatori per quanto ulteriormente qualificati dallo status dell'agente e, quindi, di per sé incostituzionale prevedendo un fatto inidoneo a mettere in pericolo l'interesse patrimoniale protetto (4). L'ostacolo costituzionale potrebbe, forse, essere superato potenziando le note qualificanti degli atti preparatori, oltre a quelle d'ordine soggettivo (5); ma fino a qual punto ciò non si risolverebbe nel postulare l'idoneità degli atti e, quindi, nel trasformare la fattispecie in un tentativo di specifici reati contro il patrimonio (6)?

Un'uguale ristrutturazione sarebbe forse altrettanto possibile per l'art. 708 C. Pen., ma com'è stato acutamente osservato (7) « ... le maggiori difficoltà di formulazione che un simile tentativo incontrerebbe indub-

biamente, stanno significativamente a dimostrare come la materia male si presti a configurazioni più ortodosse e come rechi, in sé, quasi connaturata, la predisposizione ad essere vista specificatamente e prevalentemente nella prospettiva dei reati di sospetto ».

Dalla infelice (8) prova offerta dagli art. 707-708 C. Pen., deve forse desumersi una perplessità più ampia nei confronti della categoria dei reati *obstacles* alla quale si ritiene che essi appartengano? La risposta non può che essere negativa: il reato-ostacolo però, in tanto è costituzionalmente ammissibile in quanto, al di fuori di ogni alterazione degli schemi probatori, consista in un fatto idoneo ad offendere un interesse costituzionalmente significativo la cui tutela funge da vestibolo necessario rispetto alla tutela di altro interesse più rilevante (9). In caso contrario, la tutela più avanzata può essere esplicita dall'illecito di polizia per il quale non valgono le stesse remore circa il contenuto dell'offesa: qualche perplessità avremmo, per contro, rispetto al tranquillo superamento delle « regole di giudizio » da parte dell'illecito di polizia. Ciò, perfettamente ammissibile per l'illecito civile (10), può essere discutibile per l'illecito di polizia, anche se le obiezioni d'ordine costituzionale da noi prospettate sembrano pertinenti esclusivamente alle fattispecie criminose (11).

In ogni modo, affinché l'utilizzazione dello strumento dell'illecito di polizia sia consentita, occorre che non sia ricollegata al medesimo l'applicabilità di misure formalmente amministrative, ma quella di misure restrittive della libertà personale. La « truffa delle etichette » più volte sottolineata sarebbe troppo scoperta (12).

11. Volendo sintetizzare quanto si è venuto fin qui esponendo, possiamo definire il reato come un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole (doloso o colposo), idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale e, infine, intollerante rispetto ad ogni articolazione probatoria che faccia in qualche modo ricadere sull'imputato l'onere della prova (o il rischio della mancata allegazione) di elementi d'ordine positivo che ne caratterizzano la struttura.

Questa definizione riflette il « nuovo volto » dell'illecito penale delineato dalla Costituzione italiana, non del tutto rispondente al volto che, per contro, emerge

attuazione all'art. 27, 2° comma, Cost. e all'art. 6, 2° comma, Convenzione europea, neppure presi in considerazione dalle Sezioni Unite), la cui accettazione sul terreno giurisprudenziale potrebbe, al di là di determinati limiti, risolversi nel rischio di un'ingiustificato indebolimento dei mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento ai cittadini. Questo nuovo canone ermeneutico accennato dalle Sezioni Unite, al di fuori di un discorso tecnico-giuridico (ma non erano, forse, i giudici di legittimità a sostenere che l'interpretazione è « neutrale » appunto perché giuridica?), è estremamente pericoloso poiché contrario al principio costituzionale in forza del quale il soggetto-imputato non può mai essere strumentalizzato a fini di politica criminale generale.

(1) Intesa nel senso ampio, e con i correttivi indicati.

(2) Accenna a tale eventualità, COPPI, *op. cit.*, pag. 1736. Sul tema delle presunzioni legali nel diritto penale sostanziale, fra gli autori citati da CHEVARI, richiamiamo particolarmente l'attenzione su SCHÄFFER, *Zur Zulässigkeit gesetzlicher Beweisregeln im Strafrecht* (*Neue juristische Wochenschrift*, 1959, 1305 e segg.).

(3) E in tal caso si dovrebbe allora procedere penalmente per il reato commesso e così provato.

(4) Gli atti preparatori non possono essere di per sé puniti in forza del principio costituzionale della « necessaria offensività » dell'illecito penale.

(5) Per taluni problemi di « arricchimento » della condotta

nei reati di sospetto cfr. TAGLIABINI, *Osservazioni in tema di condotta tipica nei cosiddetti reati di sospetto* (*Arch. Pen.*, 1969, I, 330 e segg.).

(6) Sulla possibilità di incriminare il semplice fatto di essere in possesso di certi arnesi, e sulla legittimità di tali incriminazioni alla luce della Convenzione europea, BUEGENTHAL, *Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits judiciaires* (*Les Droits de l'Homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, 1968, pag. 314 e segg.). Forti dubbi sorgono, viceversa, ove si muova da certe premesse sul contenuto dell'illecito penale: quale sarebbe infatti il contenuto offensivo concreto di tali reati?

(7) COPPI, *op. cit.*, pag. 1736.

(8) La prova è, viceversa, stata indubbiamente felice muovendo dalle premesse da cui è partito il Codice Rocco.

(9) Sul punto cfr. quanto s'è già detto nei paragrafi precedenti.

(10) Basti pensare alle inversioni di prova postulate negli art. 2050 e segg. C. Civile.

(11) Della tendenza della Corte Costituzionale ad es., ad escludere l'applicabilità dell'art. 27, 2° comma, C. Cost., sul terreno delle misure di prevenzione *ante-delinctum* si è già detto in precedenza.

(12) È quanto già si verifica per le misure di prevenzione *ante-delinctum* restrittive della libertà personale, sia pure con diversa intensità a seconda del tipo e legate a forme scoperte di sospetto.

dalla legislazione penale ordinaria; e ciò a causa della lentezza con la quale la legislazione penale ordinaria si viene adeguando al tessuto normativo costituzionale. È un processo di adeguamento che nel prossimo futuro si svolgerà più o meno velocemente (1) nella misura in cui prevarrà tra le forze politiche del Paese la volontà di essere realmente fedeli alla Costituzione nell'ambito della legislazione penale, specchio dell'autentica democrazia di uno Stato. Scopo di questa voce era soltanto quello di registrare, stimolandone l'eliminazione, un particolare momento transitoriamente antinomico (2) del nostro sistema penale positivo: fedeli all'assunto di partenza in forza del quale la teoria generale del reato, anziché disperdersi sui sentieri del diritto naturale alla ricerca di connotati ontologici, deve rimanere saldamente ancorata al diritto positivo, anche nei momenti di crisi.

Prof. FRANCO BRICOLA
Ord. di Dir. pen. nell'Univ. di Bologna.

« TERCIA CONLABORATIONIS »

BIBLIOGRAFIA. — BRISAUD, *Manuel d'histoire des droits privés*, Paris, 1908, pag. 729; CHESON, *Histoire générale des droits français publics et privés*, Paris, 1926, pag. 162; BRASNETT, *Scritti di storia del diritto privato italiano*, vol. I, Il diritto franco, Bologna, 1931, pag. 245; LEPOITRE, *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux, Libéralités, Successions*, Paris, 1958, pag. 300.

Questo istituto nacque nella vita giuridica del popolo franco dalla concezione che si era andata man mano affermando con la influenza etica cristiana del carattere comunitario dei rapporti patrimoniali fra i coniugi. Esso si concretò in un assegno alla donna maritata quando rimanesse nello stato di vedovanza come stabiliva la legge Ripuaria (3); la donna poteva rivendicare « tertiam partem de omni re quam simul collaboraverint », pratica applicata e largamente diffusa, come attestano le formule e documenti del tempo e confermava, dandole carattere di istituto legale, un capitulare di Lodovico il Pio dell'anno 821: « Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum tertiam partem collaborationis quam simul in beneficio conlaboraverunt recipiant ».

Questa *tercia conlaborationis* era attribuita alla vedova con titolo di proprietà e diritto di disporre liberamente. L'istituto era tuttavia governato da questa regola che lo definiva come un lucro di sopravvivenza e non poneva la donna nella vera posizione di partecipante ad una comunione col marito.

Prof. PIETRO VACCARI
Emerito dell'Univ. di Pavia.

TERENZIO CLEMENTE (*Terentius Clemens*).

— Giureconsulto romano del II secolo d. Cr., contemporaneo di Giuliano e forse suo scolaro, del quale abbiamo notizia soltanto di un'opera in venti libri *ad legem Juliam et Papiam*, attraverso vari frammenti conservati nel Digesto di Giustiniano.

Prof. RICCARDO ORESTANO
Ord. di Dir. rom. nell'Univ. di Roma.

BIBLIOGRAFIA. — O. LENEL, *Palingenesia iur. chr.*, vol. II, Lipsia, 1889, pag. 335; C. FERRINI, *I commentari di Terenzio Clemente e di Gato ad legem Juliam et Papiam* (Rendic. Ist. Lombardo, 2ª serie, 34, 1901, 394 e segg. — *Opere*, vol. II, Milano, 1924, pag. 236 e segg.); P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen u. Literatur des röm. Rechts*, 2ª ediz., München, 1912, pag. 197; M. SCHANZ e C. HOSSUS, *Geschichte des römischen Literatur*, vol. III, München, 1922, pag. 200

(1) La ritrosia rispetto ad una riforma della parte speciale e di contro, la rapidità, troppo legata a certi fattori contingenti, con cui si vuole arrivare alla riforma più volte segnalata dalla parte generale del Codice Penale, non sono certo di ottimo auspicio.

(rist. inalt., 1959); A. BERGER, voce « *Terentius Clemens* » (PAULY-WISSOWA, *Real-Encyclopädie der class. Altertumswissenschaft*, n. 41, vol. V, A. 1, Stuttgart, 1934, col. 650 e segg.); P. BOSSWANT, *Storia del diritto romano*, vol. I, Roma, 1934, pag. 387 (rist., Milano, 1959, pag. 420); P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, vol. II, 1, 2ª ediz., Milano, 1938, pag. 493; A. BERGER, voce « *Terentius Clemens* » (*Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, pag. 731); L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, pag. 506; A. M. HONORI, *Julian's Circle (Africanus, Terentius Clemens, Marcellus, Valens, Venuleius, Marcianus)* (*Tijdschrift v. Rechtsgesch.*, 32, 1964, 1 e segg.); W. KUNKEL, *Herkunft u. soziale Stellung der römischen Juristen*, 2ª ediz., Graz, 1967, pag. 177 e segg.; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, pag. 231 (trad. ital. di G. NOCERA, Firenze, 1968, pag. 335).

TERMINE.

Diritto romano.

BIBLIOGRAFIA. — A. SCHEUHL, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (Beiträge*, II, 2, 1871, 355); E. MACHÉLARD, *Examen de la règle « dies incertus conditionem in testamento facit »* (*Rev. de législation ancienne*, 3, 1873, 325-76); C. NANI, *Sopra la regola « dies interpellat pro homine » in diritto romano* (*Arch. Giur.*, 11, 1873, 211-239); G. APPERT, *De la règle: « dies incertus conditionem in testamento facit »* (*Nouv. Rev. Histor.*, 1877, I, 367-68); G. PUSCENATO, *Alcune considerazioni sopra la regola « dies interpellat pro homine » in diritto romano* (*Arch. Giur.*, 28, 1882, 145-155); A. BOISTEL, *De « dies incertus » et de ses effets dans les dispositions testamentaires* (*Rev. gén. du droit*, 9, 1885, 331-43, 401-21); G. BACINETTI, *Il diritto romano nella giurisprudenza. Termine incerto nei testamenti, usufrutto, locuzione impropria* (*Arch. Giur.*, 46, 1891, 406-23); G. HUMBERT, *« Dies » (DAREMBERG - SAGLIO, 2, I, 1892, 168-77); G. SGRÒ, Gli effetti del « dies incertus » quando « nelle disposizioni di ultima volontà. A proposito del libro del dott. G. Brunetti, Il « dies incertus » nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893 (*Riv. It. Scienze Giur.*, 18, 1894, 316-45); R. LEONHARD, voce « *Cedere diem* » (PAULY-WISSOWA, R. E., 3, 2, 1899, 1827); R. DE RUCCIGERO, *Il « dies impossibilis » nei contratti e nei testamenti. Saggio sulla teoria del « dies » in diritto romano* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, 15, 1903, 5-65); Id., voce « *Dies* » (*Dizionario Epigrafico*, 2, 2, 1910, 1779-82); O. SOMMER, *« Dies cadens »* (*Zeitschr. d. Savigny Stift.*, 34, 1913, 394); F. VASSALLI, *Dies vel conditio* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, 27, 1914, 192-274); A. GAGNER, *Zur röm. Zeitrechnung (Festschrift Perizon)*, 1922, 202-23); C. APFLETON, *Aperçus nouveaux sur le terme certain ou incertain en droit romain* (*Revue gén. droit*, 50, 1926, 154-88); R. DURAND, *Altero die* (*Mél. P. Thomas*, 1930, 214-28); R. KUEHLER, voce « *Tempus utile* » (PAULY-WISSOWA, R. E., 5, A. 1, 1934, 465-89); R. DUELL, *« Triginta dies »* (*Festschrift Koschaker*, I, 1939, 27-41); A. PAGGE, voce *Termine* (*Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, tomo 2º, 1940, pag. 58-59); H. KRUELLER, *« Spatium quoddam temporis ». Eine Studie über der Ursprung von Parallelenstellen in den Digesten* (*Scritti per C. Ferrini*, vol. IV, Milano, 1949, pag. 148-67); S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione a termine iniziale* (*Jura*, 1950, I, 34-63); G. GRASSO, *Prospettive in materia di termine iniziale e finale e spunti atematici di Paolo* (*Studi in onore di B. Bonifazi*, vol. I, 1965, pag. 321-31); e sul *dies incertus* e sul principio affermato da Papiniano (D, 35, 1, 75: *dies incertus conditionem in testamento facit*), G. ONESIO, *I legati*, vol. II, pag. 125 e segg.

SOMMARIO. — 1. In generale. — 2. *Dies* nelle varie accezioni. — 3. *Dies certus* e *dies incertus*. — 4. *Dies moris*. — 5. *Dies cedit* e *dies venit*. — 6. *Dies coeptus pro impleto habetur*. — 7. Regime del termine.

1. Al termine (*dies*), inteso come un momento del decorso del tempo (*Terminu*) o come uno spazio temporale determinato o determinabile (*Frist*), si riconducono conseguenze giuridiche che fanno capo ad esigenze di ordine e di certezza. Nel diritto romano il termine non va considerato come elemento accidentale della categoria « negozio giuridico », che è moderna; esso deve piuttosto essere individualizzato attraverso le sue concrete applicazioni che hanno una propria terminologia o comunque una peculiarità tipizzata dagli interpreti.

(2) Su tale momento antinomico e sui suoi riflessi sulla teoria generale del reato si è posto l'accento fin dalle prime mosse di questa indagine.

(3) *Monumenta Germaniae Historica, Capitularia regum Francorum*, vol. II, pag. 300.