

Dispensa del corso di Diritto penale I

**Pontificia Università Lateranense
Anno accademico 2019-2020**

Prof. Luciano Eusebi

SOMMARIO

1. Diritto penale e prevenzione dei reati.
 - 1.1. Criminologia, politica criminale, diritto penale.
 - 1.2. Il ruolo fondamentale della prevenzione primaria.
 - 1.3. I rischi connessi a un'interpretazione in senso retributivo della giustizia.
 - 1.4. L'incidenza dell'idea retributiva sui criteri della prevenzione penale.
 - 1.4.1. Il nesso tra la concezione retributiva della pena e la prevenzione generale e speciale dei reati intesa in senso *negativo*.
 - 1.5. Le contraddizioni inerenti alla classica visione *negativa* della prevenzione generale e di quella speciale.
 - 1.6. La prevenzione generale intesa in senso *positivo*.
 - 1.6.1. La prevenzione generale positiva quale concetto antitetico rispetto alle concezioni neo-retributive.
 - 1.7. (segue) La prevenzione speciale intesa in senso *positivo* e il suo rilievo a fini di prevenzione generale.
 - 1.8. Sulla possibilità del consenso intorno a principi fondamentali del vivere civile nella società pluralista.
 - 1.9. Cinque critiche logico-razionali al modello retributivo della giustizia penale.
 - 1.10. L'equivoco sulla funzione della pena in cui cade Kant.
 - 1.11. L'indebita utilizzazione di riferimenti teologici a sostegno di una visione retributiva della pena.
 - 1.11.1. Il concetto biblico di giustizia *salvifica*.
 - 1.11.2. La deformazione costituita da una lettura retributiva del fulcro stesso della fede cristiana.
 - 1.11.3. Il significato da attribuirsi all'inferno.
 - 1.12. Giustizia e Costituzione.
 - 1.13. Il pensiero e i limiti della Scuola positiva in materia penale.
 - 1.14. Concezioni della giustizia penale e libertà del volere.
 - 1.15. L'approccio alla pena e al ruolo del carcere dal secondo dopoguerra.
 - 1.16. La prospettiva nuova della giustizia restaurativa (*restorative justice*).
2. L'impianto del sistema sanzionatorio penale vigente e le prospettive della sua riforma.
 - 2.1. Caratteristiche della pena principale inflitta in sentenza e condizioni personali.
 - 2.2. I criteri di determinazione della pena.
 - 2.3. Il non ingresso in carcere dopo la condanna: *a)* gli strumenti gestiti dal giudice della cognizione.
 - 2.4. Il non ingresso in carcere dopo la condanna: *b)* gli strumenti gestiti dal tribunale di sorveglianza.
 - 2.5. I principi dell'ordinamento penitenziario.
 - 2.5.1. Trattamento rieducativo e ruolo della personalità del condannato.
 - 2.5.2. Alcune norme particolarmente significative dell'ordinamento penitenziario.
 - 2.5.3. I compiti della magistratura di sorveglianza e del servizio sociale.
 - 2.5.4. La *flessibilizzazione* della pena in sede esecutiva, attraverso le misure alternative.
 - 2.5.5. Benefici penitenziari e condanna alla pena dell'ergastolo.
 - 2.5.6. I limiti di accesso, *ex art. 4-bis* ord. penit., ai benefici penitenziari e il problema dei c.d. reati ostativi (con particolare riguardo all'ergastolo).
 - 2.5.7. I casi di sospensione nell'applicazione delle norme di cui all'ordinamento penitenziario (*ex art. 41-bis* ord. penit.).
 - 2.6. Il sistema penale minorile.
 - 2.6.1. Non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: sull'assenza di un filtro, nel sistema penale italiano, circa l'esercizio dell'azione penale.
 - 2.7. La competenza in materia penale del giudice di pace.

- 2.8. I nuovi istituti del sistema sanzionatorio penale che hanno tratto ispirazione dagli ambiti minorile e di competenza del giudice di pace.
- 2.9. Il ruolo della mediazione penale e la posizione, dinnanzi al reato, della vittima.
- 2.10. L'evoluzione delle norme in materia di confisca.
- 2.11. Le prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale.
- 2.12. Il sistema del doppio binario e le misure di sicurezza.
- 2.13. Il problema delle misure di prevenzione.
- 2.14. Illecito penale e illecito amministrativo.
- 2.15. La responsabilità amministrativa degli enti a seguito di reato.

3. Bene giuridico e fattispecie penali.

- 3.1. Il rilievo del bene giuridico in rapporto ai poteri del legislatore penale.
 - 3.1.1. I principi di sussidiarietà o *extrema ratio* e di frammentarietà.
- 3.2. Il rilievo del bene giuridico con riguardo all'attività del giudice.

4. Le garanzie del cittadino nei confronti della potestà punitiva statale.

- 4.1. I diversi profili del principio di legalità.
 - 4.1.1. Diritto penale e poteri dello Stato.
- 4.2. Abrogazione e successione di norme penali.
- 4.3. L'incidenza in materia penale del diritto dell'Unione Europea.
- 4.4. Il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.
- 4.5. Il quesito concernente il vaglio costituzionale delle norme penali di favore.

5. Introduzione alla teoria del reato.

- 5.1. La concezione tripartita: fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza.
- 5.2. Offesa del bene tutelato e reati di pericolo.
- 5.3. La colpevolezza riferita all'*an* del suo sussistere oppure riferita alle diverse modalità del suo manifestarsi.

6. L'iter di accertamento della responsabilità penale: l'imputazione oggettiva

- 6.1. La causazione dell'evento come profilo prioritario dell'accertamento giudiziale.
- 6.2. La definizione del concetto di causalità e il suo accertamento attraverso il ricorso a leggi scientifiche.
- 6.3. Il problema della 'pluralità' delle cause (sulla problematica utilizzabilità di leggi statistiche).
- 6.4. Il problema delle concause e l'imputazione oggettiva.

7. L'iter di accertamento della responsabilità penale: l'imputazione soggettiva.

- 7.1. Le caratteristiche della condotta.
- 7.2. La diversa struttura della responsabilità dolosa e di quella colposa.
- 7.3. I profili di contraddittorietà del modello punitivo concernente la responsabilità colposa.
- 7.4. La catena motivazionale delle condotte.
- 7.5. La volizione quale caratteristica del reato doloso e il suo accertamento.
- 7.6. La natura della responsabilità colposa.
 - 7.6.1. Le modalità di accertamento della colpa specifica.
 - 7.6.2. Le modalità di accertamento della colpa generica.
 - 7.6.3. La cd. *doppia misura* della colpa.
 - 7.6.4. La causalità della colpa.

- 7.6.5. Cenni su problematiche particolari della responsabilità per colpa.
- 7.7. La previsione dell'evento e la c.d. colpa cosciente.
- 7.8. Il problema del dolo eventuale (e il dolo diretto).
 - 7.8.1. I criteri tradizionalmente utilizzati per identificare il dolo eventuale.
 - 7.8.2. L'inaccettabile incertezza riscontrabile nel passaggio tra le diverse categorie dell'imputazione soggettiva.
 - 7.8.3. Profili di una ricostruzione del dolo eventuale effettivamente delimitativa.
 - 7.8.4. Dolo eventuale e condotte omissive.
 - 7.8.5. L'esigenza di prendere commiato, *de iure condendo*, dalla categoria del dolo eventuale.
- 7.9. Gli elementi della fattispecie di reato e il dolo.
- 7.10. Elemento soggettivo ed errore di fatto o di diritto.

8. Il principio di colpevolezza.

- 8.1. Il principio di colpevolezza e la sentenza n. 364/1988 relativa all'art. 5 c.p.
- 8.2. Il superamento delle ipotesi di responsabilità oggettiva.
- 8.3. La problematica delle condizioni di punibilità previste dall'art. 44 c.p.

9. L'imputabilità come elemento della colpevolezza.

- 9.1. La capacità di intendere e di volere.
- 9.2. Le c.d. presunzioni di imputabilità

10. Le cause di giustificazione e le altre cause di esclusione della punibilità.

- 10.1. Scriminanti generali e speciali.
- 10.2. Caratteristiche e differenze relative alla legittima difesa e allo stato di necessità.
- 10.3. Le modifiche intervenute circa la disciplina della legittima difesa.
- 10.4. Cause di esclusione della punibilità ed elementi del reato.

11. Alcune particolari forme di manifestazione del reato.

- 11.1. L'incidenza delle circostanze aggravanti e attenuanti.
- 11.2. Norme di parte generale istitutive di fattispecie incriminatrici.
 - 11.2.1. Tentativo, reato impossibile e reato putativo.
 - 11.2.2. Il concorso di persone.
 - 11.2.3. Il reato omissivo improprio.
- 11.3. Il concorso di reati.

12. Biogiuridica e diritto penale.

- 12.1. Caratteristiche della vita umana in quanto bene giuridico: inizio e fine vita.
- 12.2. Gli illeciti previsti in materia di interruzione della gravidanza.
- 12.3. Le ipotesi di non punibilità dell'aborto ai sensi della legge n. 194/1978 e le problematiche relative alla prevenzione del fenomeno abortivo.
- 12.4. La procreazione extracorporea.
- 12.5. Il rapporto tra medico e paziente e le problematiche del fine-vita.
 - 12.5.1. L'intervento della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.

CONCEZIONI DELLA GIUSTIZIA E CRITERI DELLA PREVENZIONE PENALE DEI REATI

1.1. Criminologia, politica criminale, diritto penale.

Un corso il quale si occupa di reati non può che muovere dalla considerazione del rapporto molto stretto che dovrebbe sussistere fra **criminologia** (intesa sia come analisi delle scelte sociali e giuridiche di criminalizzazione, sia come conoscenza del fenomeno criminale con riguardo ai contesti di manifestazione dei singoli reati e alle caratteristiche personali ricorrenti in ciascuno di essi), **politica criminale** (intesa come strategia *complessiva* di contrasto della criminalità, non riferita soltanto alla previsione di reati), e **diritto penale** (quale sistema dei reati e delle sanzioni ad essi riferite, il quale dovrebbe costituire soltanto *un aspetto* della politica criminale).

Si consideri, del resto, che fenomeni criminali pur riconducibili alla medesima fattispecie di reato possono risultare, dal punto di vista criminologico, del tutto diversi fra loro (si pensi, fra gli stessi fatti gravi, a un omicidio nell'ambito di relazioni personali deteriorate, a un omicidio di stampo mafioso o a un omicidio per finalità di terrorismo): il che dovrebbe potersi riflettere sia sulle strategie di prevenzione, sia sulle modalità sanzionatorie.

Deve constatarsi, tuttavia, come la centralità attribuita nella nostra cultura al diritto penale quale modalità scontata ed esaustiva di risposta ai fatti criminosi ha condotto a trascurare sia l'indagine criminologica, sia la progettazione di modalità volte al contrasto dei fatti criminosi che non si riducano all'intervento penale, e a un intervento penale il quale utilizzi quasi esclusivamente la condanna a pena detentiva.

La **tradizionale riduzione della politica criminale al diritto penale** e a un diritto penale che, come si diceva, resta incentrato sulla inflizione di una pena detentiva (considerato il modestissimo ventaglio delle c.d. pene principali, solo detentive e pecuniarie, previsto dall'art. 17 c.p. e il ruolo del tutto secondario assunto dalle condanne a sola pena pecuniaria) costituisce un riflesso dell'idea (retributiva) secondo cui la risposta ai reati andrebbe semplicemente ravvisata nel prevedere rispetto alla loro commissione un corrispettivo (secondo lo schema del *negativo per il negativo*, o del *danno per il danno*), il quale viene a essere rappresentato, per l'appunto, dalla pena, tradizionalmente intesa come *sofferenza (poena)*. Orientamento, questo, il quale esige un'unità di misura omogenea che risulti idonea a rappresentare, attraverso la pena, la gravità di ciascun reato e che, dunque, ha potuto concretizzarsi nella durata – dosabile in maniera aritmetica – della detenzione inflitta: la cui persistente centralità, di conseguenza, non dipende da considerazioni attinenti alla sua efficacia preventiva, posto che da questo punto di vista, in molti casi, si rivela, anzi, controproducente (v. *infra*), ma dal modello di giustizia che le fa da sfondo.

Il che consente di cogliere, fin d'ora, una caratteristica la quale rimane propria, a tutt'oggi, della risposta giudiziaria nei confronti di ciascun singolo reato: **la pena** - nonostante i criteri di determinazione previsti dall'art. 133 c.p.: v. *infra* - **non è intesa, nel momento della condanna, come un progetto**, significativo per il suo destinatario e per il suo rapporto con la persona offesa e con la società, ma, per l'appunto, come un corrispettivo essenzialmente riferito alla *gravità* del fatto giudicato colpevole: così che solo dopo essere

stata inflitta la si vorrebbe *piegare* ad assumere effetti rieducativi, come richiede l'art. 27, co. 3, Cost. (v. *infra*).

Del resto, il giudice non applica la pena sulla base di una conoscenza dell'individuo che ha dinnanzi, stante la **preclusione di perizie sul carattere e sulla personalità dell'imputato** nonché, in genere, sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche, ai sensi dell'**art. 220, comma 2, c.p.p.** (vedremo più oltre che la portata garantistica di tale norma, rivolta a evitare che il giudice rimanga influenzato da simili perizie nella valutazione dei fatti e delle responsabilità, potrebbe pur sempre rimanere salvaguardata ove le perizie di cui s'è detto fossero ammesse solo *dopo* le conclusioni circa la colpevolezza e, dunque, ai soli fini della determinazione della pena, secondo prospettiva del c.d. processo *bifasico*);

Da tutto questo, pertanto, deriva la constatabile **marginalità sia degli studi criminologici sulle forme di manifestazione dei reati, sia della progettazione politico-criminale**: si dà ampiamente per scontato, anche nella pubblica opinione, che la risposta ai reati consista, semplicemente, nel prevedere dei corrispettivi sanzionatori, per cui quegli studi e quella progettazione risulterebbero, ai fini giuridici, sostanzialmente inutili (non a caso, mancano istituzioni pubbliche e insegnamenti universitari specificamente riferiti alla progettazione politico-criminale).

1.2. Il ruolo fondamentale della prevenzione primaria.

Ciò continua a comportare, soprattutto, una forte disattenzione nei confronti della **prevenzione primaria**, attinente al contrasto dei fattori (personali, economici, culturali, ecc.) che favoriscono la criminalità (attraverso interventi che dunque, si collocano in una fase *antecedente* rispetto all'adozione di condotte penalmente rilevanti):

Di tale profilo fondamentale della prevenzione possiamo identificare due aspetti, che dovrebbero fra loro integrarsi:

a) un livello **educativo-culturale** (attinente al radicamento, nel contesto sociale, dei valori che si pongono in antitesi all'agire criminoso, coinvolgendo il ruolo delle famiglie e della scuola, come altresì, per esempio, l'impegno nel volontariato, la partecipazione virtuosa alla vita politica, l'espletamento in modo corretto e appassionato dei propri impegni di lavoro, e così via), ma anche **politico-sociale**, attinente alla serietà e all'efficienza della presenza delle pubbliche istituzioni sul territorio;

b) un livello relativo alle **norme giuridiche specificamente orientate** a ostacolare l'operatività dei menzionati fattori criminogenetici: norme che coinvolgono settori dell'ordinamento giuridico *diversi* da quello penale (per esempio, relative al diritto dei mercati finanziari, al diritto tributario, all'organizzazione dei servizi sociali, e così via);

Sono tuttavia facilmente constatabili molteplici **resistenze rispetto a un'attuazione efficace della prevenzione primaria**, posto che essa incide su egoismi e interessi diffusi (si pensi all'esigenza di eliminare i paradisi bancari per ostacolare i traffici della criminalità organizzata, di rendere tracciabili i pagamenti, di chiudere gli spazi per l'infedeltà fiscale e per la disponibilità di *fondi neri*, di realizzare una normativa sugli appalti che non offra opportunità per la corruzione, di investire nelle politiche dell'integrazione sociale, ecc.).

In questo modo, **il ricorso al diritto penale tradizionale** – che colpisce a posteriori, e solo sporadicamente (data l'incidenza della c.d. cifra oscura) la tenuta di condotte illecite o la causazione di eventi offensivi – **ha sovente fatto da alibi per la mancata attivazione di interventi idonei a contrastare gli spazi di praticabilità in concreto delle condotte illecite;**

Del pari, rimane connessa al modello retributivo del punire (poiché incentrato, come s'è detto, su una risposta sanzionatoria ai reati concepita come *sofferenza*) la disattenzione che, fino a pochi decenni orsono, ha caratterizzato il diritto penale circa il **contrasto degli interessi materiali soggiacenti al reato** e, segnatamente, dei **profitti** conseguiti in modo criminoso (v. *infra*, con riguardo in particolare all'istituto della *confisca*): posto che i reati, a parte ambiti particolari (i reati impulsivi o di odio, quelli sessuali, quelli contro l'onore e quelli politici), sono commessi essenzialmente per motivi di lucro.

1.3. I rischi connessi a un'interpretazione in senso retributivo della giustizia.

Già è rimarcata l'**incidenza condizionante sul sistema penale di una nozione retributiva della giustizia**, che continua a caratterizzare ampiamente – sebbene ad essa non si faccia ormai riferimento, per lo più, come ragione giustificativa del punire, accogliendosi le c.d. concezioni *relative* della pena in luogo di quelle *assolute* – i criteri del punire in concreto.

Proprio per questo, il dibattito tradizionale, ripreso dalla manualistica, sulla funzione della pena s'è manifestato, essenzialmente, come un dibattito ideologico: inteso, cioè, a disquisire sulla giustificazione – in senso *assoluto* (sarebbe giusto *in sé* far seguire alla commissione del male un male corrispondente), oppure in senso *relativo* (verrebbero perseguite, mediante le norme penali, finalità generalpreventive o specialpreventive) – di criteri del punire che sono rimasti, in realtà, ampiamente e stabilmente costruiti in base alla logica retributiva. Così che nello stesso ambito delle concezioni relative si è fatto sovente ricorso, con riguardo alla pena nella sua determinazione in concreto, al concetto ibrido di *prevenzione mediante retribuzione*.

Rinviando (v. *infra*) gli ulteriori rilievi critici, **il modello retributivo della giustizia** si rivela, tuttavia, alquanto pericoloso, e ciò ben oltre i confini del diritto penale, poiché **fornisce un alibi all'agire negativo verso chiunque sia giudicato negativamente**. L'incontro con realtà negative, infatti, risulta del tutto ordinario, sia nella vita delle singole persone, sia nel contesto sociale o nei rapporti internazionali: per cui il concepire in senso retributivo il comportamento *giusto* nei confronti delle persone o delle realtà umane con le quali ci relazioniamo offre legittimazione, con estrema facilità, all'agire negativamente verso di esse, **rivelandosi, in tal senso, come fattore di moltiplicazione del male**.

Il che assume un'estensione tanto più considerevole in quanto è ben diffuso il caso in cui un giudizio negativo nei confronti dell'*altro* venga fatto dipendere, semplicemente, dal fatto stesso che l'agire di quest'ultimo, il suo ruolo, talora la sua stessa esistenza, siano valutati non funzionali, da parte del giudicante, al proprio utile o alla propria visione del mondo. Una mentalità, questa che ha trovato i suoi estremi, sul piano storico, nei campi di sterminio, nei gulag, nei pogrom o nei genocidi (i quali, dunque, non si manifestano così antinomici rispetto a taluni profili della nostra eredità culturale, come invece, talora, si vorrebbe

credere). Ma che, in genere, è altresì alla radice della normalità con cui s'è considerato, per millenni, il ricorso alla guerra: non si trascuri che **i criteri classici di giustificazione della pena e quelli** (oggi in via di superamento, almeno dal punto di vista teorico) **della c.d. guerra giusta nella sostanza coincidono.**

Un dato, quest'ultimo, il quale rende chiara l'impellenza del commiato dalla summenzionata concezione della giustizia, ove solo si consideri che, dopo Hiroshima, disponiamo degli strumenti per una distruzione totale della vita umana nel nostro pianeta. Ma un dato il quale, altresì, fa emergere lo spessore culturale complessivo della riflessione penalistica sui criteri di risposta ai fatti criminosi, in quanto terreno paradigmatico del quesito circa i modi con cui affrontare in modo proficuo e conforme a umanità gli accadimenti negativi. Anche in considerazione della circostanza per cui il modello conflittuale dei rapporti interpersonali e sociali ispirato allo schema retributivo, lungi dall'essere ritenuto una patologia, è stato visto sovente, nella storia del pensiero (si pensi solo alla dialettica hegeliana), come un aspetto proprio e, come tale, ineliminabile, delle vicende umane.

Come si dirà, **l'alternativa andrà ricercata in un modello della giustizia che abbandoni il paradigma della corrispettività (*positivo per positivo, negativo per negativo*) e si orienti ad agire in senso *positivo*, e dunque *progettuale*, (anche) dinnanzi alle realtà negative.**

1.4. L'incidenza dell'idea retributiva sui criteri della prevenzione penale.

Si sono più sopra considerati alcuni **riflessi controproducenti di una visione retributiva della giustizia penale** – visione imperniata sul ruolo egemone della condanna alla detenzione in quanto idonea a esprimere un rapporto di corrispettività aritmetica tra il fatto colpevole e l'entità della pena – **con riguardo alla prevenzione dei reati.**

In particolare, s'è evidenziata l'indifferenza dell'idea retributiva rispetto al ruolo centrale che dovrebbe assumere l'intervento sui fattori criminogenetici, cioè rispetto alla *prevenzione primaria*, nei suoi diversi aspetti.

Come altresì s'è rimarcata la tradizionale disattenzione del medesimo modello penale con riguardo al contrasto dei profitti derivanti dalle attività criminose, e dunque con riguardo, in particolare, alla loro confisca (v. *infra*).

I suddetti riflessi **investono peraltro le modalità stesse attraverso le quali il diritto penale, attraverso la minaccia e l'esecuzione delle pene che prevede, dovrebbe produrre prevenzione, in senso generale e speciale.**

Si consideri tuttavia a tal proposito, preliminarmente, la **differenza tra prevenzione primaria, da un lato, e prevenzione generale e speciale, dall'altro.** Mentre infatti, la prevenzione primaria agisce sui fattori che favoriscono la criminalità, indipendentemente dall'avvenuta commissione di specifici reati, la prevenzione generale e quella speciale attengono all'effetto preventivo che dovrebbe derivare dalla comminazione e dall'applicazione delle pene in rapporto all'avvenuta commissione di un reato (vale a dire dall'operatività, nel suo complesso, del sistema penale). Consistendo la prevenzione *generale*, come ben si sa, nel contrastare, rispetto all'insieme della popolazione, l'affermarsi

di intenti rivolti a porre in essere reati e la prevenzione *speciale* nell'evitare che chi abbia commesso un reato torni a delinquere.

1.4.1. Il nesso tra la concezione retributiva della pena e la prevenzione generale e speciale dei reati intesa in senso *negativo*.

Orbene, la visione retributiva della giustizia comporta l'adesione a un modello ben preciso della prevenzione generale e speciale, che si è soliti definire di **prevenzione (generale e speciale) negativa**. Se, infatti, la pena è pensata come un danno corrispondente al danno insito nel reato, la previsione di una pena quale conseguenza di un reato non può che far conto sulla ritenuta attitudine della medesima ad agire psicologicamente, nei confronti della generalità dei consociati, in termini intimidativi (cioè di *deterrenza*) e, nei confronti della persona condannata, in termini neutralizzativi, per il periodo della detenzione, nonché, per il periodo ad essa successivo, in termini a loro volta intimidativi, connessi alla memoria della sofferenza patita in carcere.

In altre parole, ove la pena sia concepita come un *negativo* (un danno, un male) analogo al fatto negativo costituito dal reato, l'unico effetto che ad essa si può ricondurre è quello dell'intimidazione (un male lo si può solo *temere*), cui si aggiunge l'esito neutralizzativo della reclusione. Così che la prevenzione generale si fonderebbe sul timore indotto dalle sanzioni minacciate, e dunque sull'idea diffusa secondo cui quanto più dure, in termini di contenuto e di durata, siano le pene previste in sede legislativa, tanto minore sarà il numero dei reati commessi. Risultando affidata, invece, la prevenzione speciale alla separazione del condannato (attraverso la reclusione) dalla società, cioè al fatto che il medesimo venga posto nell'impossibilità materiale di commettere reati, secondo una logica di c.d. *incapacitazione*: prospettiva alla quale dovrebbe accompagnarsi, dopo il fine-pena (sempre che il medesimo vi sia), l'effetto dissuasivo della punizione sperimentata.

Simile impostazione, pertanto, **non ricerca l'efficacia preventiva delle pene in termini motivazionali**, vale a dire orientando i destinatari delle sanzioni (comminate ed eseguite) a decisioni libere – cioè assunte per convincimento personale – di adesione ai precetti normativi, bensì fa leva su fattori di mera *coazione esterna* (per l'appunto, l'intimidazione e la neutralizzazione).

Essa, **inoltre, rende evidente come la visione retributiva della giustizia**, cui tradizionalmente s'è attribuita (v. *infra*) l'attitudine a mitigare gli eccessi dell'utilitarismo intimidativo e neutralizzativo (v. *infra*), **costituisca in realtà il presupposto teorico di modalità sanzionatorie orientate all'intimidazione e alla neutralizzazione**.

1.5. Le contraddizioni inerenti alla classica visione *negativa* della prevenzione generale e di quella speciale.

Sono facilmente individuabili, peraltro, molteplici ragioni di inadeguatezza della summenzionata modalità *negativa* di concepire gli scopi di prevenzione generale e speciale dei reati.

Per quanto concerne la **prevenzione generale**, bisogna considerare, innanzitutto, che le opportunità criminali percorribili con buona probabilità di rimanere impuniti non potranno mai scomparire, stante l'inevitabile livello significativo, per ciascun reato, della c.d. cifra oscura (v. *supra*), che risulterebbe inferiore al 50% solo con riguardo (in Italia) agli omicidi.

Costituisce esperienza consolidata, del resto, il fatto che l'agire criminoso, anche al di fuori della criminalità d'impeto o di matrice ideologica, non risponde a fredde ponderazioni tra la probabilità della punizione e i vantaggi perseguiti attraverso una condotta illecita, bensì manifesta un retroterra psicologico assai più complesso (e per molti versi insondato), tenuto conto anche delle condizioni di vita, o professionali, del soggetto agente.

Per cui si deve concludere che, se non interviene un'*interiorizzazione* del rispetto delle norme secondo ragioni indipendenti dal timore di subire una pena, le opportunità di agire *contra legem* sussistendo *chance* non marginali di evitare conseguenze sanzionatorie verranno comunque, in molti casi, sfruttate.

Ciò non significa, ovviamente, che non rilevi la **capacità** più o meno elevata **dell'ordinamento giuridico di intercettare le condotte criminose** e, in particolare, di impedire (lo si osservava poco sopra) che esse producano vantaggi. Del resto fin dalla seconda metà del settecento Cesare Beccaria, nella sua opera *Dei delitti e delle pene*, aveva evidenziato come sia più importante, a fini di prevenzione, la *certezza* di una risposta giuridica al reato, piuttosto che la severità delle pene inflitte.

Per cui la stessa intimidazione potrebbe, di per sé, funzionare se fosse pressoché certo che una trasgressione commessa verrebbe scoperta, vale a dire se sussistesse una totale capacità di controllo da parte dell'ordinamento giuridico sui comportamenti dei consociati (come può essere quella del genitore su un bambino molto piccolo). Ma se una capacità di quel tipo sussistesse non vi sarebbe affatto bisogno, in realtà, di pene esemplari (come insegna lo stesso Beccaria), perché già opererebbe in senso generalpreventivo l'alta probabilità di essere scoperti.

Tuttavia, una possibilità di controllo così accentuata non sussiste (né sarebbe auspicabile, perché implicherebbe un'ingerenza illimitata dello Stato sulla vita dei cittadini). Per cui **il rischio**, semmai, è **che proprio lo Stato più debole**, cioè quello che manifesta minore capacità (o volontà) di intercettare le attività criminose, **privilegi l'intento intimidativo** facendo ricorso a pene esemplari – non a caso applicate, per lo più, nei confronti dei trasgressori più facilmente sacrificabili – al fine di nascondere tale debolezza e di riaffermare in modo enfatico la sua presenza.

Una strategia fondata sull'intimidazione, a discapito della capacità di motivazione a scelte libere da parte dell'ordinamento giuridico, non si rivela affatto funzionale, dunque, a una prevenzione efficace e stabile nel tempo. Vedremo tra poco, anzi, come essa possa vanificare ciò che emergerà come l'elemento cardine di una prevenzione credibile.

D'altra parte, se la prevenzione si identificasse con la capacità di intimidazione bisognerebbe riconoscere che il terrorista suicida mette in scacco qualsiasi intento preventivo delle norme penali, avendo già accettato per se stesso il massimo dell'intimidazione praticabile, cioè la minaccia della morte.

Per quanto concerne, invece, la **prevenzione speciale**, potrebbe dirsi che, in apparenza, l'orientamento neutralizzativo funzioni, risultando senza dubbio efficace, finché perduri, rispetto al singolo condannato (salva solo l'esigenza di evitare condotte criminose poste in

essere in, o dal, carcere), fino al caso estremo in cui sia applicata la pena di morte. Ma il fatto è che **se ci si limita a politiche di neutralizzazione, i tassi di criminalità riscontrabili nel contesto sociale**, di norma, **non diminuiscono**, in quanto i *posti di lavoro criminale* lasciati liberi dai soggetti neutralizzati saranno coperti da altri soggetti (si tengano presenti, ad esempio, gli effetti assai poco significativi della politica di sistematica neutralizzazione attuata negli Stati Uniti all'inizio degli anni novanta, quando la popolazione penitenziaria passò in pochi anni da circa 450.000 a circa 2.200.000 detenuti, risultando ancora, nel 2016, di 2.145.000 reclusi, con un astronomico tasso di detenzione pari a 666 detenuti ogni 100.000 abitanti; come altresì si tenga presente che Paesi, come la Francia e l'Inghilterra, i quali praticavano, fino all'inizio del secolo scorso, politiche di deportazione dei condannati oltre oceano non conobbero tassi di criminalità inferiori a quelli dei Paesi, come l'Italia e la Germania, i quali non utilizzarono simili politiche).

La criminalità, infatti, va presa in considerazione anche sulla base di categorie economiche: fin quando sussistano, già lo si è detto, opportunità appetibili di trarre beneficio da attività criminose (non adeguatamente contrastate attraverso la prevenzione primaria), queste verranno percorse e vi sarà chi tenterà di sfruttarle: posto che la domanda di accesso ad attività illegali lucrative risulta, ordinariamente, superiore all'offerta: almeno nella misura in cui non operino nella società forti contropunte culturali nei confronti dei modelli comportamentali anti giuridici.

Del pari, **il preteso effetto intimidativo**, rispetto al singolo condannato, **dell'avvenuta esecuzione di una data condanna ha trovato costante smentita nella presa d'atto degli altissimi tassi di recidiva** di chi abbia scontato una pena detentiva priva di modalità orientate, in concreto, al reinserimento sociale: posto che se la pena ha voluto rappresentare un'espulsione del condannato dal contesto sociale, questi ben difficilmente troverà, una volta di nuovo libero, opportunità, soprattutto lavorative, che gli consentano di reimpostare la sua vita in modo conforme alla legge (non si dimentichi che se, nel lontano passato, molti detenuti potevano tornare, dopo il fine pena, a lavorare, soprattutto in agricoltura, con i loro familiari, da molto tempo, ormai, il reinserimento è legato alla possibilità dell'ex detenuto di poter essere assunto da un datore di lavoro).

1.6. La prevenzione generale intesa in senso *positivo*.

L'alternativa al modello sin qui illustrato, che troppo spesso resta quello fatto proprio dai mass-media e dal dibattito politico, è dato da un **orientamento della prevenzione generale e speciale di carattere «positivo»**: vale a dire, mirante a creare le condizioni per mantenere elevati, nel contesto sociale, i livelli di **consenso**, cioè di adesione *per scelta*, all'osservanza delle norme, nonché per recuperare una scelta del medesimo tipo da parte di chi abbia subito una condanna.

Così che, in altre parole, la modalità operativa delle norme penali risulti soprattutto, sia attraverso il contenuto delle sanzioni edittalmente comminate, sia attraverso la loro effettiva applicazione, di **carattere motivazionale**: cioè inteso a consolidare, o a ripristinare, **l'autorevolezza del messaggio correlato ai precetti penali**, consistente nella capacità del medesimo di guadagnare il consenso libero dei destinatari. Intendendosi quale precetto

della norma penale l'indicazione da essa desumibile, se riletta *in positivo*, circa l'esigenza di salvaguardia del bene tutelato: per esempio, con riguardo alla fattispecie di omicidio, l'indicazione attinente al carattere intangibile della vita umana.

Al pari di quanto accade con riguardo al rapporto educativo tra genitori e figli, la **prevenzione generale** stabile nel tempo, e tale da mantenersi efficace pur non essendo praticabile un controllo sistematico delle condotte indesiderate, è dunque quella che non si fonda, come già si osservava, su un intento di *coazione esterna*, fondato sulla *forza*, ma che mira a guadagnare il *consenso* (a non commettere reati) da parte dei destinatari delle norme penali. Non considerando, quindi, tali destinatari, siano essi l'insieme dei cittadini o il singolo condannato, come oggetto di un condizionamento, bensì come interlocutori dotati di autonomia, dei quali si tratta di guadagnare una decisione personale di ottemperanza ai precetti penali: secondo una dinamica che, peraltro, rimane sempre aperta, necessitando di tenersi strettamente raccordata con gli ulteriori strumenti di promozione della legalità, in quanto non potrà mai approdare a soluzioni *definitive* del problema criminale.

Che d'altra parte l'enfasi intimidativa finisca per ostacolare, come più sopra si accennava, l'implementarsi di una prevenzione generale (di carattere positivo) realmente efficace – producendo, addirittura, effetti criminogeni – è ben evidenziato ove si rifletta sul ricorso alla **pena di morte**, in quanto forma estrema di intimidazione.

Conformemente, infatti, alla ben nota indagine condotta, a tal proposito, da Cesare Beccaria, simile ricorso contraddice il messaggio di intangibilità della vita umana che inerisce alla fattispecie di omicidio (e in genere alle altre fattispecie che tutelano l'altrui incolumità), destabilizzando nel contesto sociale la «tenuta» di quel messaggio. Lungi, dunque, dal rinsaldare nella coscienza civile il rispetto della vita umana, la previsione della pena di morte lo fa decadere: se lo Stato uccide in modo premeditato una persona ormai resa inoffensiva, allora, se ne deduce, il principio di intangibilità della vita quello risulta del tutto relativo, così che potrebbe non essere sentito come vincolante in molti altri casi.

E, in effetti, deve constatarsi che i paesi applicatori della pena di morte manifestano tassi di comportamenti violenti superiori a quelli dei Paesi, di paragonabile condizione economica e sociale, che non la applicano. Mentre manca qualsiasi riscontro criminologico credibile del fatto che la previsione, in un dato Paese, della pena di morte abbia prodotto una diminuzione dei crimini violenti: dopo la progressiva abrogazione, ad esempio, della condanna capitale in Inghilterra, mai si poté constatare una recrudescenza dei delitti circa i quali l'inflizione di tale pena veniva meno.

Il ricorso alla pena di morte, in sintesi, propone un modello comportamentale che mette in conto la possibilità della violenza nei rapporti interpersonali e sociali, in totale antitesi con quello che dovrebbe essere il messaggio desumibile dalle norme penali (per cui non è un caso che alcuni Paesi abbiano abrogato la pena di morte proprio a seguito della conclusione di vicende drammatiche di genocidio, al fine di segnalare il desiderio di voltare radicalmente pagina rispetto a simili tragici accadimenti).

Una conclusione, tuttavia, che resta valida anche per qualsiasi modalità punitiva che contraddica attraverso i suoi contenuti il rispetto di quegli stessi valori che le norme penali dichiarano di voler tutelare: non può fungere, infatti, da criterio orientativo dei comportamenti una pena costruita, in termini di corrispettività, secondo le medesime caratteristiche negative proprie del reato.

1.6.1. La prevenzione generale positiva quale concetto antitetico rispetto alle concezioni neo-retributive.

Va peraltro segnalato che s'è frequentemente definita, in dottrina, come *prevenzione generale positiva* non già, sulla base di ciò che s'è detto, la prevenzione orientata al consenso, bensì quanto viene proposto dalle c.d. **concezioni neo-retributive**: l'idea, cioè, secondo cui la pena dovrebbe soddisfare quel bisogno emotivo di reazione nei confronti dell'agente di reato che insorgerebbe tra i consociati per continuare a rendere *tabù* nella loro psiche il rispetto delle norme trasgredite e, dunque, per reprimere l'impulso a emulare le condotte criminose. Orientamento, questo, ampiamente disponibile a giustificare logiche del tutto disinteressate alla persona, e al futuro, del condannato (per esempio, le teorizzazioni in merito al c.d. *diritto penale del nemico*), nonché in particolare a svuotare di contenuto, in funzione della supposta esigenza di soddisfare comunque istanze emotive di reazione al reato riscontrabili nella società, la categoria dogmatica (v. *supra*) della colpevolezza.

Si tratta, a ben vedere, di una riformulazione della classica teoria retributiva utilizzando, in modo del tutto improprio, terminologie di tipo psicoanalitico: quasi che in ciascuno di noi si celasse un potenziale criminale che non diverrebbe tale solo in forza della continua repressione, morale e giuridica, del desiderio di esserlo.

Allo scopo di evitare possibili confusioni, potrebbe conseguentemente proporsi di descrivere altresì la summenzionata prevenzione generale orientata al consenso come **prevenzione generale reintegratrice**;

1.7. La prevenzione speciale intesa in senso positivo e il suo rilievo a fini di prevenzione generale.

Quando sin qui s'è detto circa la prevenzione generale intesa in senso positivo si raccorda pienamente con la ricostruzione in senso positivo della stessa prevenzione speciale, a sua volta consistente, piuttosto che nella neutralizzazione e nell'intimidazione, nel promuovere una scelta libera – e dunque il consenso – da parte dell'agente di reato in merito all'osservanza, per il futuro, dei precetti penali, insieme a una rielaborazione critica, con disponibilità a impegni riparativi, circa il fatto criminoso addebitatogli.

Si tratta, in altre parole, della finalità che l'art. 27, co. 3, Cost. definisce (in alternativa a logiche di espulsione sociale) come *rieducazione* – da intendersi, secondo una terminologia più moderna, come *risocializzazione* – del condannato.

Simile orientamento, in effetti, non ha mero carattere umanitario, bensì si rivela esso stesso come fattore di prevenzione generale. Ciò in quanto l'avvenuto *recupero* del condannato, a differenza di quanto accade attraverso strategie di semplice neutralizzazione, contribuisce a *chiudere* nella società posti di lavoro criminale: posto che, una volta commesso un reato, nulla risulta maggiormente in grado di riaffermare e di riconsolidare la vigenza delle norme trasgredite di quanto non avvenga attraverso il riconoscimento dell'ingiustizia

insita in quel reato ad opera di chi lo abbia commesso e attraverso la scelta parallela, ad opera del medesimo soggetto, di affrancarsi per il futuro dall'agire criminoso.

Più precisamente, tale percorso risocializzativo, ove sia compiuto, appare suscettibile di produrre, nell'ambiente da cui la persona interessata proviene, una delegittimazione delle scelte anti-giuridiche e un effetto domino di possibili fuoriuscite dal circuito criminale di altri soggetti. Il che corrisponde a quanto può evincersi dalla teoria criminologica delle c.d. associazioni differenziali di **E. Sutherland**: se è vero, come afferma tale Autore, che si tende ad agire secondo quanto è approvato nel gruppo in cui cerchiamo riconoscimento, il fatto che membri di un gruppo pongano in discussione scelte pregresse di tipo criminoso può divenire «modello» per altri membri.

Non a caso, del resto, le organizzazioni criminali temono fortemente l'effetto destabilizzante che può essere prodotto da casistiche di defezione, tanto più ove non strumentali, dei loro membri: per cui, come è noto, curano in maniera molto accurata, con i loro metodi, i legami di appartenenza.

Ne risulta, pertanto, che **la norma di cui all'art. 27, co. 3, Cost.** (*«le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»*) non attiene esclusivamente alla prevenzione speciale, ma **assume**, piuttosto, **significato strategico** rispetto alla strategia complessiva della prevenzione penalistica dei reati, vale a dire **anche con riguardo alla prevenzione generale**: individua, infatti, nell'orientamento motivazione e reintegrativo l'opzione di fondo del contrasto penalistico dei reati, considerandola la più idonea a realizzare una prevenzione complessiva dei reati efficace e non effimera, nonché rispondente ad umanità.

Ciò significa che, diversamente da quanto troppo spesso si pensa, **operare per il recupero dell'autore di reato non significa rinunciare** (almeno in parte) **alla prevenzione in nome dell'umanità, bensì agire nel senso della prevenzione migliore** (secondo l'antica consapevolezza per cui ciò che si pone nel solco del bene non può non risultare, altresì, proficuo). Tenendo conto, fra l'altro, del fatto, sovente misconosciuto, che i percorsi rieducativi richiedono molto impegno sul piano umano e, talora, non sono esenti da rischi.

1.8. Sulla possibilità del consenso intorno a principi fondamentali del vivere civile nella società pluralista.

Il ruolo che s'è attribuito, in tema di contrasto della criminalità, alla dimensione educativo-culturale sul piano della prevenzione primaria e al conseguimento del consenso circa il rispetto dei precetti penali sul piano della prevenzione generale e speciale solleva **il problema della possibilità di realizzare convergenze valoriali**, e dunque su alcuni criteri comportamentali di fondo, **nel contesto della società laica, pluralista e multiculturale**;

Sono noti, infatti, alcuni approcci riduzionistici secondo cui le visioni del mondo (sul piano filosofico, religioso, politico, e così via) non solo sono insindacabili, ma nemmeno possono dialogare fra di loro, così che da ciascuna deriverebbe una criteriologia comportamentale sua propria, insuscettibile di fondamenti condivisibili con coloro i quali si riconoscono in altri filoni di pensiero. E da ciò la conseguenza secondo cui sulle stesse regole comportamentali di fondo sarebbero possibili soltanto incerte convergenze

contrattuali, risultando, comunque, impraticabile un'argomentazione condivisa delle loro motivazioni. Con effetti evidenti sulla praticabilità di una ricerca del consenso sui fondamenti dei divieti penali, a fini di prevenzione dei reati.

Simile approccio dimentica, tuttavia, che le democrazie moderne (si pensi alle dichiarazioni americana e francese, nel settecento, dei diritti dell'uomo) non sono nate affatto, nel momento in cui si ponevano in antitesi agli Stati assoluti, negando la divisibilità di valori civili fondamentali nella società pluralista (quasi che soltanto uno Stato assoluto potesse proporre simili valori), bensì rivendicando alla società stessa, nell'insieme delle sue componenti, la capacità di individuare – in maniera ben più credibile rispetto al potere assoluto (che per sua stessa natura tende a perseguire i fini propri di chi detenga tale potere) – punti di vista, e dunque principi fondamentali, non dipendenti da interessi di parte, ma conformi, almeno programmaticamente, alla promozione della dignità di ogni membro della compagine sociale.

Un orientamento, questo, il quale presuppone un'esperienza di base, tipica e generalizzata degli esseri umani, consistente nella consapevolezza del fatto che non esistono, nella vita, soltanto questioni circa le quali si tratta di *decidere*, ma anche questioni – quelle che di solito riferiamo agli interrogativi sul bene e sul giusto – rispetto alle quali si tratta di *comprendere* (posso decidere, ad esempio, di provocare a taluno un danno per interesse, ma *comprendo* che ciò non è giusto).

Simile esperienza – sebbene non garantisca sempre unanimità di vedute (del resto, per il consolidarsi di alcuni assunti morali, si pensi all'inaccettabilità della schiavitù, sono stati necessari lunghi percorsi storici) – accumuna e, dunque, *affratella* gli esseri umani, favorendo il realizzarsi di quelle condizioni che rendono una società pluralista non per questo disgregata o composta di *stranieri morali*, bensì capace di convergenze intorno ad alcuni principi cardine del vivere civile.

Anzi, il carattere prioritario della summenzionata consapevolezza dovrebbe far sì che ogni ulteriore *appartenenza*, per ragioni culturali o per scelte personali, che contraddistingua un dato individuo, come altresì ogni specifica decisione assunta secondo il metodo democratico, entro l'ambito di quei principi, sul piano legislativo, non siano in grado di intaccare la percezione di una fondamentale solidarietà tra gli esseri umani.

È dunque su simili presupposti, i quali sono alla base delle costituzioni democratiche e delle dichiarazioni internazionali dei diritti umani, che può legittimamente ricercarsi l'aggregarsi del consenso a fini di prevenzione della criminalità: tenendo per fermo un utilizzo, ove necessario, del diritto penale circoscritto, per l'appunto, alla salvaguardia dei suddetti principi.

1.9. Cinque critiche logico-razionali al modello retributivo della giustizia penale.

Sono peraltro opponibili alla concezione retributiva della giustizia penale anche una serie di **critiche logico-razionali**, importanti al fine di comprendere che cosa *non si può richiedere* al diritto penale e, dunque, al fine di costruire una politica criminale realistica e, per quanto possibile, efficace:

1. Se, innanzitutto, compito del diritto penale fosse rispondere in maniera corrispettiva al male commesso, si dovrebbe essere in grado di conoscere e quantificare la colpevolezza interiore di una persona, ma ciò, almeno in termini assoluti, non è possibile.

Non si tratta di un'affermazione intesa a negare la responsabilità personale, ma soltanto di prendere atto della circostanza per cui **possiamo conoscere empiricamente soltanto i fattori che incidono sull'esercizio dell'autonomia individuale** (o, se si vuole, della *libertà*), mentre non possiamo fotografare, per così dire, l'uso di quest'ultima. La domanda su quanto di totalmente *suo*, vale a dire su quanto di totalmente libero, vi sia stato nell'agire negativo di una data persona rimarrà sempre priva di una risposta certa.

2. Se, inoltre, compito del diritto penale fosse quello di retribuire il male con il male, non si vede perché ciò dovrebbe valere soltanto per il male penalmente rilevante.

In realtà c'è molto più male nel mondo di quanto non rilevi ai fini penali. Né è sostenibile che il diritto penale si occupi, comunque, delle manifestazioni del male più eclatanti: il secolo passato ha prodotto decine e decine di milioni di morti per guerre senza che ciò, di fatto, abbia assunto rilievo alcuno per il diritto penale; e, tuttora, muoiono ogni giorno nel mondo un numero di persone (e, in particolare, di bambini) a seguito dell'ingiustizia nella ripartizione delle risorse enormemente superiore alle vittime di omicidi volontari penalmente rilevanti. Del resto, vi sono condotte in grado di provocare sofferenze altrui anche molto gravi e che potrebbero essere definite come espressive di male sul piano morale, ma che non rientrano nell'ambito di competenza del diritto o, in particolare, dei divieti penali.

Ciò significa che **il diritto penale non segna**, con le sue fattispecie di reato, **il confine tra il bene e il male**; come, altresì, che il muro del carcere non segna il confine tra i malvagi e i giusti. C'è del male anche al di fuori del diritto penale e c'è del bene anche nelle vicende della vita di chi abbia subito una condanna penale: nessuna vita, infatti, si identifica con l'una o l'altra condotta negativa che, nel suo corso, sia stata posta in essere.

Per cui **l'attribuzione a determinati individui di responsabilità penali non può servire a far sì che la società si avverta, a contrariis, come la comunità dei giusti**: se così avvenisse, le persone condannate finirebbero, in realtà, per fungere da capro espiatorio di tutto il male che resta presente nella società.

3. Se il fare giustizia consistesse nel rispondere al *negativo* con un *negativo* corrispondente, ne risulterebbe celato, poi, il problema della **corresponsabilità sociale** rispetto ai fattori, cui già s'è fatto riferimento, che favoriscono la criminalità e, pertanto, trascurato il ruolo della *prevenzione primaria*.

Vi è, di conseguenza, un collegamento molto stretto tra questa e la precedente critica alla visione retributiva: solo, infatti, una società che non si ritenga la società dei giusti e accetti profili di corresponsabilità alla genesi dei reati sarà disponibile ad assumere i sacrifici necessari per fare prevenzione primaria.

4. Ciò premesso deve considerarsi come lo schema per cui si dovrebbe reagire al negativo con una conseguenza egualmente negativa (secondo l'immagine della bilancia) rimandi all'idea molto diffusa nella nostra cultura, e teorizzata da Hegel, ai sensi della quale la pena avrebbe la capacità di *compensare*, cioè pertanto di annullare (quasi in forma catartica), l'offesa al diritto prodotta dal reato.

È noto, infatti, che Hegel, muovendo dai presupposti della sua filosofia *idealista* (per cui non assume rilievo la realtà materiale, o empirica, bensì il valore ascrivibile a un determinato accadimento) considera il reato come *negazione della legge* e la pena come *negazione del reato*, vale a dire come *negazione della negazione della legge*: esprimendo simile assunto, addirittura, attraverso una formula matematica, il cui risultato è costituito, ovviamente, dal ristabilimento della legge.

A una simile impostazione deve tuttavia opporsi che **l'aggiunta di un negativo al negativo non annulla alcunché**, sia dal punto di vista della legge infranta, sia rispetto alla frattura di rapporti interpersonali e sociali. Piuttosto, il risultato è costituito, in tal modo, da un raddoppio del *negativo*. È vero, come anche più oltre si dirà, che il reato esige un'opera di ricomposizione della frattura giuridica e relazionale che ha cagionato, ma ciò richiede fatti i quali rivestano *in quanto tali* significato restaurativo: non basta attribuire simile significato a uno strumento, l'inflizione della pena retributiva, che non ha, in sé, connotati riparativi.

Si deve notare, peraltro, come Hegel stesso muovesse, condivisibilmente, nei suoi scritti giovanili dalla percezione secondo cui la frattura insita nel reato necessita di un processo di pacificazione (*Befriedigung*) e di riconciliazione (*Versöhnung*). Approdato, tuttavia, all'assunto secondo cui *tutto ciò che è reale è razionale*, egli finisce per attribuire alle modalità retributive di risposta al reato contingentemente praticate in ambito sociale la capacità di realizzare *di per sé* simili obiettivi: quando invece c'è bisogno, come poco sopra s'è detto, di strumenti che risultino realmente in grado di raggiungere quegli scopi (e non di strumenti cui simile idoneità sia attribuita in modo *ideale*, che è quanto dire *presuntivo*).

5. Da ultimo va evidenziato che se il compito del diritto penale fosse quello di applicare una risposta sanzionatoria in termini di corrispettività rispetto al reato – cioè concepita, in base alla visione retributiva, come la pena *giusta in sé*, a prescindere da qualsiasi valutazione inerente a finalità preventive – bisognerebbe essere in grado di conoscere quale debba essere una simile pena.

Tuttavia, **non esiste in natura una pena corrispondente al reato**, da ritenersi *giusta in sé*. Ed è significativo che proprio Hegel, considerando l'eguaglianza retributiva di mero valore (v. *supra*), segnali come nel suo profilo materiale la pena retributiva dipenda da ciò che richiede la società in una data epoca storica in rapporto al reato commesso (in tal senso, afferma paradossalmente Hegel nella *Filosofia del diritto*, il furto di una rapa al mercato potrebbe essere punito sia con una multa di pochi soldi, sia, in un contesto sociale meno sereno, addirittura con la pena di morte).

Ciò evidenzia peraltro che la pena, ove pretenda di sottrarsi a valutazioni razionali circa i suoi fini e dunque, *a fortiori*, circa i suoi contenuti, intendendo accreditarsi come *giusta retribuzione*, finisca in realtà per recepire istanze sanzionatorie di natura emotiva riscontrabili nella società, come del resto fanno emergere le correnti neo-retributive (v. *supra*).

Dal che trae altresì conferma l'insostenibilità della visione tradizionale (v. *supra*) secondo cui la pena retributiva, in quanto pena (ritenuta) *giusta*, sarebbe in grado di fungere da argine al perseguimento delle finalità preventive: in realtà, la garanzia dell'individuo nei confronti della potestà punitiva statale dipende, piuttosto, dal tipo di strategia preventiva

che si scelga di perseguire e quindi, in particolare, dall'opzione per una strategia di prevenzione *reintegratrice*, piuttosto che intimidativa e neutralizzativa.

Tutto questo consente di riassumere ciò che, alla luce di quanto s'è detto, il diritto penale non è in grado di realizzare: non può operare un giudizio ultimo sulla colpevolezza di un dato individuo e, comunque, sulla sua persona in quanto tale; non può tracciare il confine tra il bene e il male; non può esimere i consociati dall'impegno per la prevenzione della criminalità; non può cancellare il reato commesso (il *negativo* compiuto è irrevocabile: su di esso si può solo ricostruire); non può identificare una pena *giusta in sé* (come si risponda al reato dipende sempre, lo si ammetta meno, da una nostra scelta).

1.10. L'equivoco sulla funzione della pena in cui cade Kant.

Non è stato privo, ovviamente, di incidenza culturale il fatto per cui abbiamo giustificato il punire in senso retributivo i due filosofi che più hanno inciso sul pensiero degli ultimi due secoli, vale a dire Hegel, del quale s'è detto, e, in precedenza, Kant, il quale giunge a ravvisare la pena giusta, addirittura, nel taglione (data l'opinabilità dei criteri di ragguaglio di tipo diverso).

Risulta evidente a tal proposito, peraltro, l'equivoco in cui cade Kant. Come s'è visto per Hegel, infatti, anche Kant muove da premesse condivisibili, rappresentate dalla critica alla visione utilitaristica secondo cui la pena risponderebbe a fini di intimidazione (esemplarità) e di difesa sociale (neutralizzazione), nel solco di quella che abbiamo definito come prevenzione generale e speciale *negativa*. Una critica fondata sulla ben nota massima kantiana dell'*imperativo categorico*, da reputarsi valida, giustamente, pure con riguardo all'autore di un reato: «*agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo*».

Kant ne deriva, peraltro, che la pena inflitta non dovrebbe perseguire alcun fine a beneficio della società e che, dunque, dovrebbe applicarsi, piuttosto, una pena *giusta*, in quanto non motivata da finalità strumentali di natura preventiva: ravvisando simile pena, secondo un criterio di uguaglianza tra reato e pena, addirittura nel taglione (si suppone, con riguardo ai delitti dolosi). Come si evince dall'esempio icastico dell'isola: «anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri (se per esempio un popolo abitante su un'isola si decidesse a separarsi e a disperdersi per tutto il mondo), l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato...».

Ora, presupposto il fatto che una simile concezione c.d. *assoluta* del punire, cioè autonoma da qualsiasi finalismo preventivo, rimane una costruzione avulsa dalla realtà storica, Kant non avverte che proprio il concepire la pena come un danno al pari del danno prodotto dal reato comporta (v. *supra*) proprio quell'orientamento intimidativo e neutralizzativo della prevenzione che egli vorrebbe contrastare. Ma altresì rimuove il fatto che non esiste (v. *supra*) alcuna pena definibile come *giusta in sé*, aggirando il problema attraverso la forzatura del taglione, che non si vede davvero come possa rispondere alla considerazione dell'*altro*, pur sempre, come un fine.

Si noti, peraltro, che le conclusioni di Kant, forse, sarebbero state diverse ove avesse potuto considerare, all'epoca in cui scrisse, un'impostazione diversa da quella utilitaristica,

vale a dire, come abbiamo descritto, di natura *positiva* (o *reintegrativa*) della prevenzione generale e speciale.

1.11. L'indebita utilizzazione di riferimenti teologici a sostegno di una visione retributiva della pena.

La visione retributiva della giustizia ha cercato supporto, oltre che nel pensiero di alcuni importanti filosofi, anche attraverso il rimando a supposti modelli religiosi. Il che ha inciso profondamente sul piano culturale e costituisce un equivoco che dev'essere chiarito.

Il presupposto è costituito dal fatto che, a una lettura superficiale, possono essere desunte dai testi biblici, in effetti, delle espressioni retributive: il che tuttavia, anche per l'influenza della cultura greco-romana, ha fatto sì che sia rimasta a lungo smarrita la percezione dell'idea di giustizia, ben diversa, che la Bibbia propone (già in quei testi veterotestamentari – il c.d. pentateuco – che sono riferimento comune all'ebraismo, al cristianesimo e all'islam).

Si rende dunque preliminarmente necessaria qualche precisazione sul modo in cui dev'essere letto il testo che le religioni monoteistiche (circa le parti, rispetto alla Bibbia cristiana, per esse rilevanti) considerano sacro. Esso, ovviamente, non va inteso come un insieme di oracoli dettati da Dio, bensì come la storia (quasi fosse un diario) dell'esperienza religiosa del popolo ebraico (dunque, dal punto di vista religioso, del rivelarsi di Dio nella storia di quel popolo).

Ciò implica che le narrazioni di quel libro, redatte in epoche diverse, riflettono le categorie culturali di tale popolo e, soprattutto, la progressività e le difficoltà del medesimo nel comprendere l'essere stesso di Dio.

Così che, in questo senso, possono ben comprendersi alcune espressioni, di cui al pentateuco (i primi cinque libri della Bibbia ebraica, o Scrittura, e dunque dell'Antico Testamento), in cui si fa riferimento a logiche retributive nonché, in qualche caso, alla stessa pena di morte.

Il popolo ebraico, infatti, dal punto di vista storico è un popolo mesopotamico che migra verso la Palestina, portando con sé la cultura giuridica espressa dal codice di Hammurabi (un codice fondato soprattutto sul risarcimento, il quale, rispetto all'epoca, implicava una forte restrizione del ricorso alla violenza). Per cui non sorprende che alcune norme ispirate a quel codice entrino nella redazione biblica e siano riferite al volere di Dio: tale popolo, infatti, non conosceva il concetto moderno di laicità, e dunque, nel momento in cui intendeva affermare il dovere di rispettare le leggi, riferiva il sussistere di tali leggi alla volontà di Dio.

Ancor più importante è dare una spiegazione nei molti atteggiamenti di violenza, dal carattere nella sostanza retributivo, attribuiti alla volontà di Dio nei racconti veterotestamentari. A tal proposito si deve riconoscere che la fondamentale consapevolezza biblica secondo cui Dio, diversamente dai re della terra, non è un dominatore che vuole tenere soggiogate le persone, bensì un liberatore, che vuole la felicità e la realizzazione piena di ciascuno, resta a lungo concepita secondo una sensibilità religiosa che potremmo definire più superficiale, in senso storico-politico: come liberazione ad opera di Dio del suo popolo

dai nemici (si pensi solo all'epopea, narrata nel libro dell'Esodo, della liberazione per il tramite di Mosè dalla schiavitù d'Egitto, in vista della terra promessa).

Una visione, questa, della quale fa le spese, umanamente, lo stesso Gesù, il quale, nel momento in cui fa emergere che l'atteso rivelarsi definitivo di Dio attraverso il nuovo Mosé (il *messia*) si realizzerebbe attraverso la sua persona, e dunque attraverso la testimonianza dell'amore inclusivo degli stessi nemici come elemento identificativo dell'essere stesso di Dio, va incontro, in sostanza, a un'accusa di impostura (cfr. *Mt 27,63*): posta l'attualità del dominio romano, rispetto al quale Gesù non agisce.

Possono dunque comprendersi in quest'ottica i racconti biblici nei quali è riferita a Dio l'iniziativa di atteggiamenti violenti nei confronti dell'avversario: il che, peraltro, ha sovente condotto a trascurare che quei racconti rivestono, per lo più, un carattere pedagogico (per esempio, i quaranta anni di esodo nel deserto, in vista della terra promessa, costituiscono una metafora del percorso della nostra vita, e i rimandi alla potenza di Dio un invito a mantenere la fiducia in lui anche nei momenti di debolezza). Del pari, resta in quest'ottica l'idea che, se il popolo ebraico nell'evolversi della sua storia conosce disfatte e deportazioni, nonostante l'*alleanza* con Dio (si ricordi solo la deportazione in Babilonia, nota a tutti, quantomeno, attraverso il *Nabucco* di Giuseppe Verdi), ciò non può che essere dovuto, assumendo i contorni di una punizione divina, all'infedeltà e ai peccati del popolo stesso: tema, questo, che peraltro fa da sfondo alla ripresa, soprattutto nei libri profetici, della vera giustizia divina, di cui subito diremo, per cui Dio resta fedele all'*alleanza* nonostante ogni limite umano, recuperando sempre un *resto* del popolo attraverso il quale ricostruire un percorso infranto.

1.11.1. Il concetto biblico di giustizia *salvifica*.

Ciò premesso, emerge fin dall'inizio del testo biblico (sebbene tali pagine non siano quelle storicamente più antiche) un manifestarsi della giustizia divina del tutto originale – e opposto – rispetto allo schema mondano della giustizia retributiva, che pure condiziona culturalmente le pagine bibliche cui sopra s'è fatto cenno: si tratta del concetto di **giustizia salvifica** (*tzedaka*), per il quale è Dio stesso che compie il *primo passo* verso chi si trova nella condizione di fallimento dovuta al compimento del male, facendo con lui verità su simile situazione e gli aprendogli una strada di salvezza.

Simile dinamica è molto chiara nei racconti di Adamo e di Caino (*Gen 3-4*), che costituiscono due straordinarie letture della condizione esistenziale umana (è ovvio che il ruolo della Genesi, il primo libro della Bibbia, non è quello di dare informazioni scientifiche sull'origine dell'umanità, bensì quello di offrire, in rapporto a Dio, una chiave di lettura della suddetta condizione).

Orbene, Adamo (che è tutt'uno con Eva) rappresenta ciascuno di noi nella tentazione (il serpente) volta a ritenere che la felicità stia, in realtà, nell'affrancarsi dalla logica di Dio (potremmo dire dalla logica del bene, dell'onesta, ecc.), cioè identificando come bene ciò che secondo Dio è male: il che viene espresso attraverso il *mangiare dell'albero* (indicato come *l'albero della conoscenza del bene e del male*), in opposizione a Dio. Adamo, dunque, compie con Eva tale passo e, diversamente dalla sua aspettativa, si ritrova in una condizione di

fallimento (manifestata dal percepirsi nudo: quella nudità che, precedentemente, era segno di armonia con Eva e di innocenza, assume per lui un significato del tutto diverso): si noti, il messaggio biblico fa emergere che è lo stesso compimento del male, senza necessità di una pena, a produrre fallimento (vale a dire che – contrariamente all’opinione diffusa secondo cui, se solo lo si potesse, sarebbe proficuo compiere il male – *non è la pena che rende male il male*).

Ma è proprio a questo punto che si manifesta la giustizia di Dio, il quale *va a cercare* Adamo nel suo fallimento (lo chiama) e, recuperata la verità su quanto accaduto, pone rimedio a tale fallimento (nella rappresentazione biblica, *copre* la nudità in cui si sono posti Eva ed Adamo, cucendo per loro *tuniche di pelle*): una giustizia *del primo passo*, piuttosto che del contrappasso.

Si osserverà, tuttavia, che la narrazione biblica indica come Dio, poi, scacci Eva ed Adamo dal giardino dell’Eden, in cui si trovavano, annunciando loro che, da allora, avrebbero dovuto sopportare l’una le doglie del parto e l’altro la fatica del lavoro, nonché essere assoggettati alla morte. Ma è facile comprendere come tutto questo descriva, semplicemente, la condizione umana, fatta di tali caratteristiche e di molte tentazioni non evitate. Per cui il giardino dell’Eden non rappresenta, nel messaggio biblico, il punto di partenza della storia umana cui fa seguito la disperazione della cacciata, bensì, il progetto originario di Dio sull’uomo, consistente nella pienezza della vita senza la morte e nell’armonia con Dio stesso: dunque, per l’uomo, non il punto di partenza ma la meta, rispetto alla quale l’incontro con la giustizia di Dio indica la strada.

Il racconto di Caino risulta sovrapponibile a quello di Adamo, ma con una differenza fondamentale che lo rende più concreto: il rapporto non è più soltanto tra l’uomo e Dio, ma compare *l’altro*, Abele, suo fratello. Caino rappresenta il prototipo di una dinamica molto diffusa. A un certo punto della sua vita lui, agricoltore, vede nell’attività florida di Abele, pastore, un limite all’affermarsi di sé stesso, al dilatarsi senza ostacoli dei suoi progetti, per cui si insinua in lui una tentazione che, nel poco e nel molto, continua ad accompagnare la vicenda umana, e alla quale, come Adamo, ritiene di poter ricollegare la sua felicità: *se non ci fosse Abele...* (che rappresenta, come tale, tutti i casi in cui il rapporto con *l’altro*, o la sua accoglienza, ci fanno problema).

L’esito è che anche Caino percorre simile tentazione, ed uccide Abele. Anzi, il racconto biblico segnala come a un certo punto Caino non ha più alcuna parola da rivolgere ad Abele, così che in ciò sta già la morte di Abele: quando l’altro, per te, non conta più nulla, in certo modo lo hai ucciso. Ma anche il seguito resta nel solco di Adamo: di fronte a Dio che gli si rivolge per fare verità e che gli chiede del destino di suo fratello (*l’altro* rimane sempre, inesorabilmente, un fratello), la prima reazione di Caino è quella che da millenni riecheggia nella storia, come la madre di ogni inumanità: *sono forse io il custode di mio fratello?* (anche Adamo, del resto, aveva cercato di rimuovere la sua colpa, scaricandone goffamente la responsabilità su Eva). Ma, pure nel caso di Caino, da tutto questo non deriva la felicità: uscito dalla logica comportamentale indicata da Dio, avverte di dover fuggire, perché si accorge di aver istituito con la sua scelta, la logica della corrispettività retributiva: *io sarò ramingo e fuggiasco sulla terra e chiunque mi incontrerà mi ucciderà*.

Più a fondo, Caino avverte peraltro che, con il suo gesto, ha ucciso in certo modo anche sé stesso: avendo inteso spazzare via dalla sua vita il confronto con le realtà, come quella di

Abele, avvertite come problema, immaginando di trovare in ciò l'affermazione piena di sé stesso, si accorge di aver scelto di eliminare dalla sua vita le occasioni, talora certamente difficili, che la vita gli offriva per realizzare davvero sé stesso: attraverso l'apertura e l'accoglienza, piuttosto attraverso che l'ostilità, nei confronti dell'*altro*.

Dinnanzi a tutto questo, l'atteggiamento di Dio secondo giustizia, ancora una volta, sorprende: è Dio che copre il fallimento di Caino, facendosi garante della sua incolumità: il che viene rappresentato da un *segno* posto a tal fine da Dio su Caino (si noti che l'espressione linguistica di simile garanzia divina utilizza pur sempre categorie culturali retributive – *chiunque ucciderà Caino subirà la vendetta sette volte* –, ma nel quadro di un emergere sostanziale della giustizia divina in senso del tutto opposto). È Dio stesso che dunque, nella sua giustizia, riapre la strada della vita per Caino, presentato, non a caso, come capostipite della civiltà umana.

1.11.2. La deformazione costituita da una lettura retributiva del fulcro stresso della fede cristiana.

L'aver indugiato sulla nozione della giustizia divina emergente già nell'Antico Testamento, e ripresa in molteplici contesti nei libri successivi alla Genesi, trova motivazione anche nel fatto che intorno ai concetti suesposti può ricercarsi la convergenza, sul tema della giustizia, fra le grandi motivazioni monoteistiche.

Deve tuttavia evidenziarsi, altresì, il rilievo che ha avuto, dal punto di vista storico, la circostanza per cui la visione retributiva della giustizia, fortemente presente nel mondo antico e, in particolare, nella cultura greca, e di qui riversatasi in quella romana, ha finito per rimuovere la consapevolezza, nonostante il cristianesimo, della novità apportata dalla Bibbia in merito alla comprensione del concetto stesso di giustizia.

Il che ha condotto, assai estesamente (e tuttora oggi ne permangono riflessi nella predicazione) a leggere in senso retributivo, depotenziandone il significato e rendendolo scarsamente comprensibile in termini umani, il fulcro stesso della fede cristiana, cioè l'affermazione secondo cui Gesù, attraverso la sua morte e la sua risurrezione, è il salvatore (per cui si rivelano in Gesù l'essere stesso di Dio e il significato ultimo della vita).

Si è detto infatti – riprendendo, invero piuttosto superficialmente, la nozione di *soddisfazione vicaria* espressa in epoca medioevale da S. Anselmo d'Aosta – che Cristo sarebbe il salvatore perché, attraverso la sofferenza patita sulla croce, avrebbe pagato il prezzo necessario per compensare il peccato dell'umanità (rappresentato dal peccato *originale* di Adamo), ristabilendo l'alleanza infranta con Dio.

Ma ciò, a ben vedere, costituisce l'*esatto opposto* di ciò che la fede cristiana afferma: dato che, se così fosse, ben poco cambierebbe rispetto alla logica tutta umana della giustizia retributiva, per cui il male dev'essere compensato da un altro male. Rimarrebbe, soltanto, la generosità di Dio, espressa dall'aver assunto su di sé, attraverso Gesù, l'onere di un tale prezzo, che nessun essere umano avrebbe potuto pagare (da cui le dissertazioni sull'entità incommensurabile della sofferenza patita sulla croce da Gesù, la cui morte, peraltro, è stata tra quelle fisiologicamente più atroci).

In realtà, **ciò che si rivela salvifico secondo il cristianesimo** – vale a dire, ciò che apre alla pienezza della vita, nonostante la morte – **non è la croce in quanto sofferenza patita da Gesù a compensazione dei peccati** (la croce è soltanto un patibolo, che non può essere salvifico), **ma è, al contrario, l'amore portato fino alla croce**, dinnanzi all'incomprensione e all'odio, da Gesù stesso, a testimonianza della verità. Non è, dunque, il male applicato a compensazione del male, secondo la fede cristiana, che salva, bensì l'identificarsi di Dio stesso con l'amore testimoniato da Gesù (il *Figlio*) sulla croce, così che in ciò si manifesta la sua giustizia.

Per cui la risurrezione di Gesù non costituisce, banalmente, una sorta di miracolo realizzato da Dio nella sua onnipotenza, ma la sfida a credere che l'adesione alla logica di Dio (cioè al bene speso, piuttosto che rinnegato, dinnanzi al male) – sebbene umanamente possa costare sacrificio e, talora, perfino la morte – è, in Dio, *pienezza di vita* (se si vuole, costituisce il *segreto* della vita, cioè l'unica realtà dotata di un respiro che va oltre la morte).

1.11.3. Il significato da attribuirsi all'inferno.

Va considerato, infine, il tema dell'inferno, posto che quest'ultimo è stato visto, tradizionalmente, come il prototipo religioso per eccellenza del punire in senso retributivo.

Ancora una volta, peraltro, si tratta di distinguere, a proposito dell'inferno, tra le modalità linguistiche espressive di una data realtà, che hanno sempre una dimensione analogica culturalmente motivata, e il significato che si vuole far valere. Significato che è stato oggetto di molte riflessioni teologiche negli ultimi decenni e degli interventi di vari pontefici.

In particolare, papa Giovanni Paolo II ha spiegato che l'inferno non è da intendersi come un luogo in cui Dio invia il malvagio, vale dire come una pena, in quanto indica, piuttosto, la drammatica possibilità di un fallimento dell'esistenza umana connessa a una chiusura radicale e libera del singolo individuo nei confronti della logica dell'amore, nonostante la disponibilità divina all'accoglienza e al perdono: fallimento che si sostanzia nella separazione da Dio (ben si sa che il termine diavolo significa, etimologicamente, *colui che divide*).

Dio, nella prospettiva cristiana, non vuole che alcuno si perda e non infligge il male, posto che, anzi, si è speso in Gesù per la salvezza di tutti. Così che il Catechismo della Chiesa cattolica parla dell'inferno come di una «definitiva auto-esclusione dalla comunione con Dio»: senza che, ammonisce ancora papa Giovanni Paolo II, ci sia dato sapere chi o quanti falliranno in tal modo la loro vita. Nella consapevolezza che l'accoglienza dell'amore, dato che nessuno potrà mai dirsi perfetto, già si realizza, come si accennava, in una richiesta sincera del perdono e nell'impegno, altrettanto sincero, di migliorare la propria vita.

Neppure l'argomento dell'inferno, dunque, può essere utilizzato a sostegno della giustizia retributiva.

1.12. Giustizia e Costituzione.

È peraltro interessante considerare come attraverso le stesse norme fondamentali della Costituzione italiana emerga un'immagine della giustizia ben diversa da quella di natura retributiva.

Ai sensi, infatti, dell'art. 3, co. 1, la «**dignità sociale**» di ciascun essere umano – e pertanto l'atteggiamento richiesto ai singoli e alle istituzioni verso ogni altro individuo, in quanto portatore dei diritti umani inviolabili che la Repubblica, *ex art. 2*, «riconosce» – **non viene fatta dipendere dal giudizio (positivo o negativo) sulle «condizioni personali e sociali» del medesimo**, bensì dalla sua stessa esistenza in vita: venendo ciò a costituire il fondamento del principio di uguaglianza e di una nozione non soltanto formale della democrazia.

Ne deriva che la giustizia consiste, ai sensi dell'art. 3, co. 2, Cost., nell'agire al fine di «rimuovere gli ostacoli» i quali «impediscono il pieno sviluppo della persona umana», cioè nell'agire non già in termini di corrispettività rispetto a un giudizio positivo o negativo nei confronti dell'altro, bensì in modo corrispondente, comunque, alla sua dignità umana;

Operare secondo giustizia, pertanto, implica anzitutto l'assunzione dei doveri necessari per promuovere l'altrui dignità umana, in quanto presupposto necessario affinché i diritti dell'*altro*, soprattutto di chi si trovi in uno stato di debolezza o di fallimento, possano trovare un'affermazione non soltanto formale.

Anche da questo punto di vista, si tratta, in radice, di abbandonare un'interpretazione della vita in termini di continua ostilità o di indifferenza nei confronti delle persone o delle aggregazioni umane che ci pongono problemi, avvertendo che l'attivarsi, pur sempre, in modo conforme alla dignità umana di ogni altro individuo costituisce ad un tempo realizzazione della propria dignità.

1.13. Il pensiero e i limiti della Scuola positiva in materia penale.

L'unica corrente di pensiero la quale ha proposto in epoca moderna – salvo quanto si dirà *infra* circa l'emergere, negli ultimi decenni, della *restorative justice* – un modo alternativo di concepire in concreto la risposta al reato (al di là delle disquisizioni meramente di principio – *v. supra* – sui fini delle modalità tradizionali del punire) è stata, tra fine ottocento e inizio novecento, la Scuola positiva. Tuttavia i presupposti ideologici e le criteriologie sanzionatorie propri di tale Scuola – cui peraltro, come si dirà, non devono negarsi alcuni meriti – hanno per gran parte vanificato l'intento di mettere in discussione il diritto penale retributivo, che, anzi, dal manifestarsi dei limiti del positivismo penale ha finito per trarre rinforzo.

La Scuola positiva, muove, come è noto, da una visione deterministica del comportamento umano, che dunque esclude l'autonomia personale (o, secondo l'espressione classica, la libertà del volere: il c.d. *libero arbitrio*). Il delinquere, in questo senso, viene inteso come una devianza patologica, che secondo l'indirizzo originario rappresentato da Cesare Lombroso, ha basi addirittura biologiche (è noto come Lombroso, influenzato dalle correnti frenologiche e fisiognomiche diffuse nell'ottocento, ritenesse a

un certo punto del suo percorso, di aver reperito il segnale indubitabile della delinquenza nella c.d. fossetta occipitale che, dissotterrando i cadaveri di molti reclusi deceduti, aveva rinvenuto alla base del loro cranio): mentre successivamente il positivismo si evolve a considerare anche fattori causali di tipo psicologico o sociologico.

Ne deriva la **negazione radicale**, secondo la Scuola positiva, **del concetto di colpevolezza**, costituente presupposto necessario della visione retributiva (secondo cui la pena meritata è data dal corrispettivo del reato commesso, ma pena può dirsi meritata solo se l'agente di reato può essere considerato responsabile delle proprie scelte, vale a dire colpevole): così che **il presupposto della reazione sanzionatoria al reato diviene**, in luogo della colpevolezza, **la pericolosità sociale** del soggetto agente.

In questo senso il fine dell'intervento sanzionatorio, per la Scuola positiva, diviene la rieducazione dell'agente di reato, ma non intesa nel senso di cui s'è detto parlando della prevenzione speciale positiva (vale a dire come appello a una scelta libera, da parte del soggetto agente, di fedeltà per il futuro ai precetti penali), bensì come intervento sui fattori patologici ritenuti causali della condotta criminosa, intervento nei cui confronti quel soggetto, ritenuto malato, viene a trovarsi in una posizione totalmente passiva (come destinatario di un trattamento): secondo una prospettiva che oggi non è più attuale, come già s'è visto, nemmeno nell'attività medica.

La risposta sanzionatoria al reato, di conseguenza, viene definita – con espressione meno impegnativa sul piano etico rispetto a quella di *pena* – come **misura di sicurezza**, lasciando con ciò emergere un orientamento del tutto prioritario alla c.d. *difesa sociale*: secondo il programma espresso dalla nota formula per cui si tratterebbe di **rieducare i rieducabili e neutralizzare i non rieducabili** (intendendosi la rieducazione in un senso essenzialmente terapeutico). Così che alla misura di sicurezza si assegna una **durata indeterminata** (non definita, certo, attraverso una durata certa nel momento stesso della condanna, come avviene per la pena), la quale potrà cessare solo nel momento in cui si sarà constatato l'avvenuto successo del trattamento rieducativo, e dunque il venir meno della pericolosità.

Ora, al positivismo penale bisogna comunque riconoscere, come accennavamo, alcuni meriti non secondari.

Quello, anzitutto, di aver focalizzato l'attenzione sul fatto che la criminalità non può essere spiegata soltanto attraverso la libera scelta del soggetto agente di compiere del male (come ritiene la concezione retributiva), in quanto esistono effettivamente dei fattori che favoriscono la produzione dei reati: sebbene la Scuola positiva li esaspera, fino a escludere, muovendo dall'assioma deterministico, qualsiasi capacità di dominio nei loro confronti fondata sull'autonomia personale. Il positivismo, pertanto, ha dato un impulso determinante all'affermarsi degli studi criminologici, attraverso i quali, come sappiamo, vengono approfonditi i contesti e i presupposti nel cui ambito si realizzano, ordinariamente, le diverse tipologie di reato.

Inoltre, il positivismo penale parla per la prima volta di rieducazione intendendo quest'ultima come ripristino delle condizioni per un reinserimento dell'agente di reato nella società, e non come mera emenda personale interiore del medesimo (posto che il concetto di emenda era presente anche nell'ambito della visione retributiva, in base all'assunto poco credibile, perché avulso da qualsiasi dimensione solidaristica, secondo cui la sofferenza

inflitta in rapporto al reato fungerebbe da *espiazione* e condurrebbe chi la subisce a migliorarsi).

Nondimeno, l'orientamento della Scuola positiva in materia penale non è accettabile: la considerazione dell'agente di reato come mero oggetto di un trattamento, di carattere coattivo e, inoltre, potenzialmente illimitato nel tempo pone tale soggetto in una condizione di totale sudditanza, non solo sotto il profilo della libertà personale, ma sotto quello della libertà morale, rispetto alla potestà punitiva dello Stato.

E in questo senso non è un caso che la **visione penalistica del positivismo** sia stata **fatta propria dai totalitarismi**, cui ovviamente risulta funzionale un indirizzo di pensiero che svaluta il ruolo dell'autonomia dell'individuo, dilatando al massimo l'ambito del possibile intervento pubblico sulla sfera dei suoi diritti. Vedremo che lo stesso codice Rocco utilizza elementi tratti dalle elaborazioni del positivismo in questo senso. Ma ciò che più ha inciso sul ruolo assunto dalla Scuola positiva nel diritto penale del novecento è stato il fatto per cui ad esso si sono ispirati i codici penali degli Stati dell'area marxista, a partire dall'ex Unione Sovietica: per cui l'adesione a concetti fatti propri dalla Scuola positiva è stato a lungo ritenuto, in una certa fase storica, come adesione alla prospettiva del c.d. materialismo storico e del marxismo.

Con la conseguenza che la stessa idea di rieducazione è stata largamente associata al positivismo e all'accoglimento del suddetto indirizzo politico-culturale (con riflessi anche all'Assemblea costituente italiana, ove la formulazione dell'art. 27, co. 3, Cost., proposta da Aldo Moro e accolta, poi, a stretta maggioranza, fu fortemente osteggiata da molti proprio in rapporto a simili considerazioni).

Ne è dunque derivato che le inevitabili critiche ai postulati di fondo del positivismo in materia penale abbiano finito per favorire l'ancoramento all'idea retributiva (in quanto rappresentata come presidio di un'immagine della persona umana fondata sulla sua libertà e di una concezione liberale dello Stato) e per ostacolare l'affermarsi di un sistema penale effettivamente rieducativo (v. *infra*).

1.14. Concezioni della giustizia penale e libertà del volere.

Quanto detto consente uno sguardo sintetico ma significativo su come la libertà del volere (il c.d. *libero arbitrio*) sia presa in considerazione nell'ambito delle visioni della giustizia penale che abbiamo illustrato:

- la libertà del volere è riguardata *al passato* nell'ottica retributiva: in quanto *libero* al momento del suo agire, l'agente di reato, in questa prospettiva, *merita* di subire una pena ritenuta corrispondente alla gravità del reato (senza che ci si ponga la problematica di cui alla prima delle cinque critiche logico-razionali opposte *supra* all'idea di retribuzione);

- il positivismo, per parte sua, nega in radice la libertà del volere;

- mentre **nell'ambito** di una prevenzione penale reintegratrice e, in particolare, **della prevenzione speciale positiva**, la libertà del volere, ovvero **la capacità di libertà dell'agente di reato, è riferita, soprattutto, al futuro** (senza escludere ovviamente, la delicata problematica relativa all'indagine sull'imputabilità e sulle diverse manifestazioni della colpevolezza in senso giuridico: v. *infra*), come liberà da riconquistare attraverso nuove

scelte personali: *possibilità*, questa, che non viene mai meno, qualsiasi risultino le condotte negative che abbiano caratterizzato la vita passata.

Si consideri, del resto, che **libertà non significa, semplicemente** (e ciò al di là della stessa problematica penalistica), *fare ciò che si vuole*, ma trovare in sé stessi le risorse per fare ciò che, secondo coscienza, si comprende essere bene anche quando il farlo costi, cioè richieda rischio o sacrificio.

Per cui, ove il passato abbia conosciuto il male, esso ha costituito, in questo senso, un passato di non (autentica) libertà, che fa emergere l'esigenza di una libertà da riconquistare.

1.15. L'approccio alla pena e al ruolo del carcere dal secondo dopoguerra.

Le istanze di umanizzazione dei rapporti umani che si manifestano dopo il termine della seconda guerra mondiale danno luogo per alcuni decenni, in Europa e nel nord-America (in quest'ultimo contesto secondo un trend già in atto dalla fine degli anni venti del novecento) a una sorta di compromesso, che non mette in discussione la modalità retributiva del punire, ma vorrebbe vedere realizzata una esecuzione della pena di tipo rieducativo.

Rimane, in altre parole, il modo consueto di condannare, fondato sulla centralità dell'inflizione di una pena detentiva, ma **si vorrebbe che il carcere si trasformi in un'istituzione finalizzata a rieducare**: un po' come accade per l'ospedale – e in ciò si avverte l'influenza del positivismo – nell'ambito sanitario.

Questo orientamento ha prodotto senza dubbio alcuni miglioramenti nelle regole della vita penitenziaria, sebbene gli investimenti effettivi per cambiare in meglio le strutture detentive siano stati molto inferiori rispetto a quanto si potrebbe dedurre dalle elaborazioni dottrinali (qualcosa di più è stato fatto, in effetti, in alcuni Paesi del nord-Europa). Tuttavia, nell'arco di pochi decenni, simile trend rivela tutti i suoi limiti e va in crisi: **il carcere rimane una struttura desocializzante e la sua utilizzazione come modalità ordinaria della risposta al reato continua a manifestare alti tassi di recidiva** dopo la dimissione del condannato.

Ciononostante, non si va oltre nei diversi Paesi, per lo più, a una certa estensione del ricorso a misure alternative o sostitutive (v. *infra*). Così che, **invece di mettere in discussione il ricorso generalizzato alla pena detentiva in sede di condanna**, limitandolo ai soli casi in cui risulti inevitabile un periodo di restrizione della libertà personale (v. *infra*), **si mette in discussione la finalità rieducativa del punire**.

Piuttosto che decretare la crisi della condanna generalizzata al carcere si decreta, in altre parole, la crisi dell'idea rieducativa: per cui si affermano, dalla fine degli anni settanta dello scorso secolo, impostazioni di c.d. carattere neo-retributivo.

Resta, dunque, la centralità del carcere, il ricorso al quale, dismessa la fiducia nel carcere risocializzativo, torna sovente, nella dottrina di alcuni Paesi (soprattutto negli Stati Uniti e, paradossalmente, proprio nei Paesi nordeuropei che più si erano spinti in avanti nel riformare la condizione penitenziaria) a essere giustificato *tout court* secondo la visione retributiva (compaiono, in America, espressioni sintomatiche di un'inversione di tendenza, come *just desert* o, in riferimento ai programmi rieducativi, *nothing thinks*).

Bisogna però rilevare che l'orientamento a una finalizzazione risocializzativa del ricorso al carcere ha trovato la sua sistemazione programmatica migliore – proprio allorquando

simile modello stava andando in crisi nel panorama internazionale – attraverso **il nuovo ordinamento penitenziario italiano del 1975** (seguito, nell'anno 2000, da un ampio regolamento: v. *infra*), il cui aspetto più interessante è dato dalla possibilità per il detenuto, attraverso le modalità della sua partecipazione al programma rieducativo individualizzato svolto in carcere, di incidere per una certa misura sulla durata temporale della pena e di vedere trasformato il regime dell'esecuzione da totalmente detentivo a parzialmente detentivo o non detentivo (v. *infra*).

In Italia dunque (ma ciò vale, con riguardo alla normativa penitenziaria, anche per la maggior parte degli altri Paesi) la finalizzazione risocializzativa dell'esecuzione penale non è stata abiurata, sebbene resti connessa a un poco credibile compromesso con la permanente centralità della condanna detentiva e sia andata trovando molte restrizioni, oltre alle tradizionali difficoltà, dovute soprattutto alle carenze di organico concernenti le figure professionali deputate a seguire i percorsi rieducativi, sia in carcere, sia nell'ambito delle misure alternative (v. *infra*).

Tali restrizioni sono risultare connesse soprattutto alle **politiche** c.d. **securitarie** degli ultimi decenni, che enfatizzando il bisogno di sicurezza dei cittadini derivante anche da una presentazione molto superficiale dei problemi della criminalità da parte dei mass-media (sebbene i dati complessivi sulla criminalità comune siano andati diminuendo nei medesimi anni), hanno portato a continui interventi legislativi di aumento delle pene detentive edittali con riguardo a un notevole numero di reati, specie in rapporto ai minimi, nonché a molteplici deroghe circa l'applicabilità dell'art. 69 c.p. (v. *infra*) in tema di concorso fra circostanze eterogenee (sebbene i livelli sanzionatori italiani fossero già tra i più elevati in Europa).

In questo quadro si è determinato, fra l'altro, un notevole sovraffollamento penitenziario rispetto alla capienza disponibile, che ha portato alla condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza Torreggiani dell'8 gennaio 2013), cui hanno fatto seguito a fini di sfortimento, secondo il tradizionale moto *a pendolo* della legislazione penale italiana, un'estensione dell'ambito applicativo delle misure alternative applicabili senza ingresso in carcere (v. *infra*), insieme ad alcuni provvedimenti di definizione anticipata del processo fra i quali, in particolare, un ambito di applicabilità della messa alla prova per imputati adulti (v. *infra*).

Nondimeno, la prosecuzione, negli ultimi anni, delle modifiche legislative rivolte a elevare l'entità delle pene edittali ha condotto a recuperare quasi totalmente il calo nel numero dei reclusi che si era conseguito pochi anni prima e a una situazione, ancora, di notevole sovraffollamento in carcere.

1.16. La prospettiva nuova della giustizia restaurativa (*restorative justice*).

In questo quadro, è andato peraltro emergendo **un orientamento nuovo**, che ha mosso i primi passi negli anni ottanta del secolo passato, **attraverso il quale s'è inteso modificare** per la prima volta da tempo immemorabile (se si esclude l'approccio del positivismo) **il criterio stesso di determinazione della risposta sanzionatoria al reato**, prendendo le distanze dal criterio base della corrispettività tra la gravità del reato e l'entità della pena,

vale a dire dal paradigma retributivo: non limitandosi, cioè, a discutere sulle modalità esecutive della pena (così come inflitta nel modo consueto), sull'eventuale rinuncia alla sua esecuzione o su strumenti di definizione anticipata del processo, bensì sovvertendo la modalità tradizionale del condannare.

Si tratta della prospettiva propria della c.d. *restorative justice*, vale a dire della **giustizia restaurativa, o riparativa, secondo cui la risposta al reato**, abbandonato lo schema della corrispettività analogica fra reato e pena (negativo per negativo), **dev'essere intesa, piuttosto, come progetto** (o, se si vuole, come *percorso*): in quanto tale significativo, secondo il contenuto che assume al momento stesso della condanna, anche per il destinatario dei provvedimenti penali e per il suo rapporto con la società e con la vittima.

Un'impostazione, questa, inusitata solo pochi decenni orsono, ma rapidamente diffusasi in tutto il mondo: in materia vi sono ormai insegnamenti universitari, riviste specifiche, numerosissime pubblicazioni. Così che la *restorative justice*, sebbene non possa dirsi che si sia affermata in termini maggioritari, rappresenta oggi un punto di riferimento ineludibile nel dibattito penalistico. Il che ha trovato impulso, anni addietro, in un'esperienza alquanto significativa come quella delle *Truth and Reconciliation Commissions* (*Commissioni per la verità e la riconciliazione*) attivate in Sudafrica dopo la guerra civile e il raggiunto superamento, nel 1991, del regime di *apartheid* (v. *infra*), a riprova del fatto che l'esigenza di un superamento della giustizia retributiva non è emersa in relazione a illeciti secondari, bensì proprio con riguardo ai crimini di maggiore gravità: quale dovrebbe essere, infatti, il corrispettivo di un genocidio?

La pena (sebbene il termine *poena* resti gravato del rapporto con il concetto di sofferenza) sarebbe chiamata, su questa via, a creare i presupposti per il ristabilimento, anche attraverso condotte riparative, delle relazioni infrante dagli atti criminosi, piuttosto che a porre in essere ritorsioni: configurandosi essenzialmente come un fare (*facere*), invece che come un mero patire sofferenza (*pati*).

Così che l'intervento penale possa realizzare il più celermente possibile, attraverso i suoi stessi contenuti, fatti che assumano rilievo, nel senso descritto, in termini di prevenzione positiva: evitando che gli effetti preventivi attesi siano dilazionati, come accade con il modello punitivo classico (neutralizzazione a parte), nel futuro di un'efficacia intimidativa del tutto opinabile oppure degli esiti, che si vorrebbero rieducativi, di un'esecuzione penale in carcere.

Si noti, fra l'altro, che solo nell'ambito di un *progetto* la sanzione penale può prevedere un impegno dell'autore di un reato in favore della vittima (v. anche *infra*) e che, del pari, solo nell'ambito di un *progetto* l'ordinamento giuridico può cercare di rimediare alle deprivazioni sociali che di fatto risultano aver caratterizzato la vita di molti autori di reato.

Come pure si noti che le finalità della *restorative justice* trovano una forma particolarmente efficace di realizzazione (per cui può parlarsi di *restorative justice* in senso stretto) nei casi in cui si ritenga di poter attivare procedure di **mediazione penale** (v. *infra*), le quali privilegiano il *fare verità* sui fatti addebitati come fattore riconciliativo, attraverso il dialogo tra le parti coinvolte e senza compromettere i diritti della difesa (secondo il modello delle stesse Commissioni sudafricane poco sopra richiamate).

Il superamento proposto dalla *restorative justice* del modello di una giustizia penale intesa in senso retributivo esige, in ogni caso, il superamento di quella centralità della condanna a pena detentiva che di quel modello rappresenta, come abbiamo visto, un correlato.

Si tratterà, dunque, di **introdurre nuove forme dell'intervento penale che aprano alla dimensione progettuale/riparativa** già nel momento della condanna o prima ancora di giungere alla condanna.

Così che il ricorso stesso alla detenzione non sia più inteso come forma ordinaria del punire che non necessiti di una motivazione, bensì come *extrema ratio* sanzionatoria da motivare in base ad esigenze ben definite (essenzialmente, l'impossibilità, altrimenti, di evitare il rischio elevato della reiterazione di reati particolarmente gravi o di recidere rapporti con le organizzazioni criminali più pericolose, oppure la necessità di reagire a inadempienze gravi, e non più altrimenti gestibili, nei confronti delle prescrizioni inerenti pene non detentive).

L'IMPIANTO DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE VIGENTE
E LE PROSPETTIVE DI UNA SUA RIFORMA.

2.1. Caratteristiche della pena principale inflitta in sentenza e condizioni personali.

Il sistema sanzionatorio penale italiano si configura, tuttora, come un **sistema**, per così dire, *a clessidra*: tutti i reati confluiscono nella condanna a una pena detentiva (e/o pecuniaria), salva la possibilità, *solo dopo la condanna*, di non applicare in tutto o in parte la condanna stessa nella forma detentiva (v. *infra*), ovvero il rendersi operativi, prima della condanna, di alcuni strumenti che consentono l'estinzione del reato.

Sebbene, pertanto, l'art. 27, co. 3, Cost. esiga che le pene, sia nella loro definizione legislativa, sia nella loro applicazione giudiziaria, debbano rispondere all'orientamento rieducativo (così Corte. Cost. n. 313/1990), **la pena inflitta dal giudice al termine di un processo rimane di fatto concepita quale corrispettivo aritmetico rispetto al reato commesso** (a parte solo il rilievo attribuito a condotte *post delictum* ritenute significative). Rimane di conseguenza il fatto che la pena, in quel momento, non si configura come un *progetto*, nel senso cui in precedenza s'è fatto riferimento.

Le stesse condizioni personali dell'imputato rilevano solo se risultino tali da consentire l'esclusione dell'imputabilità (cioè della capacità di intendere e di volere) oppure l'attenuante per seminfermità: ove ciò non avvenga, la condizione umana del condannato, in sostanza, *non conta per nulla* al momento della condanna, stante fra l'altro il divieto durante il processo di perizie sulla personalità e sul carattere, ai sensi dell'art. 220, co. 2, c.p.p. (v. *infra*). Né ciò è smentito (come tra poco vedremo), nonostante le apparenze, dall'art. 133, co. 2, c.p.

2.2. I criteri di determinazione della pena.

L'art. 132, co. 1, c.p. stabilisce che il giudice determina la pena, entro i limiti edittali previsti dalla legge per un certo reato (ma, come già s'è visto, vi sono casi di c.d. pene fisse, qual è sempre l'ergastolo), in modo discrezionale: il che non significa in modo arbitrario, bensì – secondo l'accezione che il termine *discrezionale* assume nel diritto amministrativo – applicando al caso concreto i criteri previsti dalla legge. Il giudice deve infatti «indicare i motivi che giustificano l'uso di tal potere discrezionale».

Nondimeno, **la determinazione della pena da infliggere attraverso la sentenza di condanna costituisce, forse, l'aspetto del processo penale che rimane maggiormente privo**, come constateremo, **di una motivazione** (rimanendo di conseguenza escluso, per lo più, da un successivo sindacato processuale).

Caratteristica prioritaria della suddetta determinazione rimane, in ogni caso, il suo **carattere esclusivamente quantitativo**, dato che la discrezionalità del giudice attiene soltanto, in materia, alla fissazione della durata di una pena detentiva ovvero dell'entità di una pena pecuniaria (salva la scelta tra pena detentiva o pecuniaria nei casi di limitata gravità in cui ciò risulti previsto). Ed è per questo che si parla comunemente, in proposito,

di *commisurazione* della pena: terminologia, peraltro, che sarebbe opportuno evitare – anche perché non è utilizzata dal codice penale – onde evitare di ritenere simile caratteristica come scontata.

I criteri dei quali il giudice deve tener conto ai sensi dell'art. 133 c.p. al fine di determinare la pena nel caso concreto sono dati dalle nozioni di **gravità del reato** (co. 1) e di **capacità a delinquere** del colpevole (co. 2): la prima ispirata alla visione (retributiva) della Scuola classica e la seconda a quella della Scuola positiva, sulla base di un compromesso pensato, dal codice Rocco, come utile a fini repressivi.

Circa la *gravità del fatto*, rilevano sul piano oggettivo le caratteristiche della condotta e la gravità del danno o del pericolo cagionato (il che impone di osservare come, invero, soltanto la condotta sia immediatamente dominabile, in rapporto ai fini perseguiti, dal soggetto che agisce, in quanto la tipologia e l'entità degli effetti che ne derivano possono ben dipendere da fattori, almeno in parte, imponderabili); mentre sul piano soggettivo rilevano l'intensità del dolo o il grado della colpa.

Per quanto concerne, invece, la *capacità a delinquere* potrebbe trarsi l'impressione, a prima vista, di una norma molto moderna e attenta alla realtà personale, diversamente da quanto più sopra s'è scritto. Tale norma, infatti, attribuisce rilievo, senza alcun limite, a qualsiasi aspetto concernente la persona cui dev'essere applicata la pena e la sua vicenda esistenziale (carattere, motivi a delinquere, precedenti penali e giudiziari, condizioni di vita, condotta antecedente, contemporanea o susseguente al reato).

Emergono tuttavia una serie di osservazioni le quali mostrano come simile impressione sia del tutto fuorviante:

1. L'art. 133 c.p., anzitutto, menziona gli indici che il giudice dovrebbe tenere in considerazione, ma non precisa in che modo, vale a dire secondo quali finalità: il che consente utilizzazioni degli stessi fra loro molto diverse.

2. L'ordinamento penale, inoltre, non offre al giudice gli strumenti per acquisire i dati richiesti dalla capacità a delinquere (a parte quelli che riguardano la c.d. fedina penale). L'art. 220, co. 2, c.p.p., infatti, non consente perizie sul carattere e sulla personalità dell'imputato nonché, in genere, sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche: da cui deriva, come già si osservava, l'irrilevanza sostanziale, nel momento in cui viene inflitta la pena, della personalità del condannato (salvo che ai fini di un'esclusione dell'imputabilità).

Si noti che l'art. 220, co. 2, c.p.p. (come l'art. 314 c.p.p. 1930) muove, di per sé, da una motivazione garantista, in quando intende scongiurare che il giudice possa rimanere influenzato dalle suddette perizie nella valutazione dei fatti e delle responsabilità.

Simile obiettivo, tuttavia, potrebbe pur sempre rimanere conseguito ove le perizie di cui s'è detto fossero ammesse, con il consenso dell'interessato, solo dopo le conclusioni su tali fattori e, dunque, ai soli fini della determinazione della pena (secondo la prospettiva del **c.d. processo bifasico**).

In questo modo potrebbe anche porsi rimedio a un difetto congenito della dinamica processuale: il fatto per cui, **nel processo, la difesa non discute quasi mai della pena**, e dunque degli stessi fattori che potrebbero valere a favore dell'imputato ai fini della sua determinazione, e ciò perché ritiene che in tal modo venga di fatto manifestato al giudice –

nonostante qualsiasi dichiarazione di parlare della pena solo in via subordinata rispetto al perseguimento di un'assoluzione dell'assistito – un riconoscimento implicito delle responsabilità di quest'ultimo. Se invece della pena si discutesse solo dopo la decisione sui fatti e sulle responsabilità, il problema verrebbe per gran parte superato.

3. Già si diceva, poi, che dei dati cui dà rilievo l'art. 133, co. 2, c.p. il giudice potrebbe oggi tener conto, comunque, solo ai fini di una determinazione quantitativa, e non progettuale, della pena. Appare evidente, tuttavia, che **ha senso analizzare la personalità e il contesto di vita dell'imputato soltanto se sia attribuito al giudice uno spazio di costruzione della risposta sanzionatoria che riguardi** (in ottica prescrittiva) **anche i contenuti di quest'ultima**. Non a caso, è in questa accezione che si dà rilievo allo studio della personalità sia ai fini, per esempio, del trattamento penitenziario, sia ai fini della messa alla prova minorile (v. *infra*).

4. L'ultima osservazione coglie il vero intento che perseguiva, può ritenersi, il codice Rocco nel 1930 attraverso i requisiti della capacità a delinquere. Il rilievo di tali requisiti, ove non riletto alla luce dei principi costituzionali, finisce infatti per consentire di elevare la pena all'interno dello spazio edittale, rispetto a casi analoghi, in forza di fattori (della personalità, del carattere o dell'ambiente di vita del soggetto agente) estranei al fatto colpevole: rischia, cioè, di aprire a **logiche incostituzionali di c.d. colpa d'autore**, che si pongono in contrasto con il principio di colpevolezza (v. *infra*).

Oggi, dunque, dobbiamo tenere per fermo che **il giudice**, circa la determinazione della pena (e, in particolare, al fine di valutare le caratteristiche della colpevolezza ascrivibile al singolo autore di un reato) **può utilizzare soltanto fattori personali o situazionali che abbiano inciso sul fatto commesso**, risultando in tal senso pertinenti rispetto alla responsabilità del soggetto agente nei confronti di quel fatto (si parla in tal senso di **colpevolezza del fatto**).

Potrebbe ammettersi, invece, l'utilizzo di fattori estranei al fatto (per esempio concernenti la salute) in senso favorevole all'imputato, nella misura in cui ciò non rappresenti una discriminazione, ma risponda a esigenze di garanzia del principio di uguaglianza inteso in senso sostanziale.

Nella prospettiva descritta, pertanto, il concetto di capacità a delinquere ai fini della determinazione della pena va inteso come riguardante la **capacità a delinquere espressa nel fatto di reato**, e non come previsione circa la capacità *futura* di commettere nuovi reati da parte del condannato, in base alle sue caratteristiche personali (vale a dire come *pericolosità*, secondo quanto previsto, invece, ai fini delle misure di sicurezza dall'art. 203, co. 1, c.p.).

Tutto questo evidenzia gli intenti repressivi che animavano la redazione dell'art. 133 c.p. nell'ambito del codice Rocco: volti a permettere l'utilizzo da parte del giudice (anche) di valutazioni – svincolate dal fatto – inerenti alla personalità o al contesto di vita del condannato, onde appesantire l'intervento sanzionatorio (al che deve aggiungersi l'ulteriore previsione dell'applicabilità di una misura di sicurezza, da eseguirsi, secondo il c.d. sistema del doppio binario, dopo la pena: v. *infra*).

Vi è tuttavia un dato molto importante e attuale desumibile dall'art. 133 c.p. Tale norma – si noti – ha riguardo, oltre che alla gravità del fatto, soltanto a fattori soggettivamente

orientati, concernenti, cioè, la persona del soggetto giudicato colpevole: mentre non vengono in alcun modo contemplate valutazioni del giudice riferite alla deterrenza, alla sicurezza sociale o al soddisfacimento di aspettative sanzionatorie, quale ne sia la provenienza. Ciò significa che **devono rimanere rigorosamente escluse valutazioni da parte del giudice**, con riguardo alla pena da applicarsi nel caso concreto, che risultino **di carattere generalpreventivo** (tali valutazioni, infatti, competono soltanto al legislatore nel momento in cui definisce le pene edittali, il che dovrebbe realizzarsi secondo la prospettiva costituzionale di una prevenzione generale *reintegratrice*). **Il giudice, pertanto, non deve perseguire intenti di esemplarità** attraverso la condanna che infligge.

Si considerino, infine, le norme previste dagli **artt. 133-bis e -ter c.p.** in tema di determinazione della **pena pecuniaria**, in rapporto ai problemi che essa comporta con riguardo al rispetto al principio di uguaglianza, in quanto applicata, nell'ordinamento italiano, secondo un'entità assoluta e non secondo la modalità per tassi (v. *infra*). Tali norme realizzano una mitigazione molto parziale del problema imponendo al giudice di tenere conto, oltre che dei criteri di cui all'art. 133 c.p., anche delle «condizioni economiche del reo», con possibilità, inoltre, di aumentare la pena, in ragione di esse, fino al triplo o di diminuirla fino a un terzo, nonché prevedendo l'eventualità del pagamento rateale.

2.3. Il non ingresso in carcere dopo la condanna: a) gli strumenti gestiti dal giudice della cognizione.

Sussistono peraltro istituti che consentono di evitare l'ingresso in carcere nonostante la condanna a pena detentiva di durata medio-breve. Il che è dovuto, per gran parte, al mancato superamento della centralità che assume la pena detentiva in sede di condanna, non essendosi addivenuti a una diversificazione della gamma, limitatissima, delle pene principali.

La stessa, già segnalata esigenza di ridurre il sovraffollamento penitenziario a seguito della sent. CEDU 8 gennaio 2013 (Torreggiani) è stata perseguita, infatti, agendo essenzialmente sull'ambito applicativo delle misure alternative (v. *infra*) e sulla restrizione delle condizioni di applicabilità della custodia cautelare, piuttosto che attraverso la via più naturale costituita dall'introduzione di pene principali non detentive.

La motivazione dei suddetti istituti risulta intesa ad evitare controproducenti esecuzioni detentive di estensione temporale piuttosto contenuta, dati gli inevitabili effetti desocializzanti (e pertanto criminogeni) che ne deriverebbero, ma assai di frequente la loro introduzione, o la loro estensione, è stata occasionata dalla necessità di arginare il dilatarsi oltre la sostenibilità della popolazione penitenziaria.

Si richiamano rapidamente, pertanto, gli strumenti attraverso i quali lo stesso giudice che condanna (vale a dire, il giudice della cognizione) può far sì che la persona condannata non faccia ingresso in carcere:

1. Assume rilievo, anzitutto, la **sospensione condizionale** della pena (artt. 163 ss. c.p.), introdotta in Italia nel 1904 sul modello delle esperienze anglosassoni di *probation* e concernente, oggi, condanne a pena detentiva non superiore a due anni (o a tre anni per i

minorenni, o a due anni e sei mesi per gli infra-ventunenni), nel caso in cui il condannato risulti incensurato, rimanendo a tal fine irrilevante la stessa riabilitazione (salva la possibilità di una seconda sospensione, ma non di una terza, ove la somma delle due condanne resti nei limiti sopra segnalati: art. 164, co. 4, c.p.), «se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati» (art. 164, co. 1, c.p.).

A quest'ultimo proposito deve tuttavia riconoscersi l'indisponibilità per il giudice di conoscenze sulla persona del condannato (v. *supra*) cui riferire in maniera fondata una simile prognosi (impropriamente espressa attraverso il termine «*presume*»): la conseguenza dunque è che, per ragioni garantistiche, la sospensione va comunque concessa, a meno che non risultino elementi univoci tali da far ritenere probabile una recidiva.

La sospensione può però essere subordinata dal giudice all'adempimento di alcuni obblighi, aventi natura risarcitoria e riparatoria, oppure anche, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita in favore della collettività (adempimento che diventa obbligatorio nel caso di seconda sospensione), *ex art.* 165, co. 1, c.p. Mancano tuttavia criteri orientativi per il giudice rispetto a simile scelta, che il più delle volte, conseguentemente, non viene effettuata.

Peraltro, è previsto che la sospensione sia subordinata, per delitti di peculato, corruzione, concussione e induzione (v. *infra*), al pagamento della somma prevista a titolo di riparazione pecuniaria dall'art. 322-*quater* c.p. (art. 165, co. 4, c.p.); per delitti riguardanti i maltrattamenti o la sfera sessuale, oppure lesioni e deformazione del viso commesse con specifiche aggravanti, «*alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati*» (co. 5); per il delitto di furto in abitazione o con strappo (art. 624-*bis* c.p.: v. *supra*) al «*pagamento integrale dell'importo dovuto per il risarcimento del danno*» (co. 7).

La **pena**, *ex art.* 163, co. 1, c.p., rimane **sospesa**, di regola, **per cinque anni** (due se si tratta di condanna per contravvenzione). Con l'effetto che se, in tali termini, «*il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto*» (art. 167, co. 1, c.p.). Mentre in caso contrario (art. 168 c.p.) dovrà scontare sia la pena inizialmente sospesa, sia la pena inflitta per il nuovo reato.

Un regime particolarmente favorevole, in cui la durata del periodo di sospensione è di un solo anno, riguarda il caso di **condanna a pena detentiva non superiore a un anno** e sia avvenuta la riparazione del danno (art. 163, co. 4, c.p.), rimanendo esclusa, inoltre, la disposizione sugli adempimenti obbligatori nell'ipotesi di seconda applicazione.

Si noti che la sospensione condizionale si estende anche alle **pene accessorie**, *ex art.* 166, co. 1, c.p.: regime, quest'ultimo, che con riguardo soprattutto ad alcuni contesti di criminalità economica potrebbe essere modificato prevedendo pene non detentive applicabili in via principale (v. *infra*).

Va considerata, infine, la possibilità di sospendere la (sola) pena detentiva anche quando il limite massimo della pena detentiva compatibile con la sospensione risulti superato a seguito del **ragguaglio con la pena pecuniaria** che si aggiunga ad essa (art. 163, ultima parte dei commi 1, 2 e 3): la questione diviene rilevante, in particolare, con riguardo ad alcune pene pecuniarie di entità particolarmente elevata previste nella legislazione penale speciale.

Si rammenti, a tal proposito, il criterio di ragguaglio fra pena detentiva e pecuniaria ai sensi dell'art. 135 c.p., in base al quale **250 euro corrispondono a un giorno di pena detentiva**.

2. Il giudice della condanna può applicare, inoltre, le **sanzioni sostitutive delle pene detentive di breve durata**, introdotte, agli artt. 53 ss., con la l. n. 689/1981: **semidetenzione**, in luogo della detenzione fino a due anni; anche **libertà controllata**, in luogo della detenzione fino a un anno; anche **pena pecuniaria**, in luogo della detenzione fino a sei mesi (si noti che, sussistendone i presupposti, anche le pene sostituite possono essere condizionalmente sospese).

Tali sanzioni furono introdotte, secondo presupposti più estesi rispetto a quelli della sospensione condizionale ma pur sempre alquanto limitativi, con l'intento di ovviare alla presenza in carcere di numerosi condannati a pene brevi non più in grado di beneficiare, essendo recidivi, della sospensione medesima. Tuttavia, l'applicazione riscontrabile in concreto di tale strumento è rimasta, di fatto, alquanto modesta.

3. Una considerazione a sé stante riguarda, in ambito penale minorile, il **perdono giudiziale**, che non presuppone una condanna formale in quanto consiste nella **rinuncia alla condanna** dell'imputato minorenni (v. *infra*) quando il tribunale per i minorenni ritenga di dover applicare nel caso concreto una pena detentiva non superiore a due anni (art. 169 c.p., come riformulato rispetto al primo comma dall'art. 19 r.d. n. 1404/1934, istitutivo del tribunale per i minorenni, posto che originariamente l'art. 169 c.p. riferiva il limite di due anni al massimo edittale della pena prevista per il reato commesso).

2.4. Il non ingresso in carcere dopo la condanna: *b*) gli strumenti gestiti dal tribunale di sorveglianza.

Sussistono altri tre strumenti che permettono di non eseguire in forma detentiva la pena inflitta nella sentenza di condanna, ma a seguito di un giudizio, successivo alla condanna definitiva, formulato dal tribunale di sorveglianza in merito all'**applicabilità, fin dall'inizio della fase esecutiva, delle misure alternative** (v. *infra*) **costituite dall'affidamento in prova al servizio sociale e dalla detenzione domiciliare** (nonché, per un ambito marginale, dalla *semilibertà*): ciò in base alla sospensione dell'esecuzione della pena ormai definitiva, così come previsto dall'**art. 656. co. 5, c.p.p.**, che prevede un termine di trenta giorni entro il quale il condannato può presentare la relativa domanda (si consideri, tuttavia, che, ai sensi del successivo comma 9, la sospensione non può essere disposta, oltre che per coloro i quali al momento della condanna definitiva si trovano in custodia cautelare per il fatto oggetto della medesima, anche «*nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit., nonché di cui gli artt. 423-bis, 572, co. 2, e 612-bis, co. 3, 624-bis*», fatta eccezione in quest'ultimo caso per il tossicodipendente o alcolodipendente che si trovi agli arresti domiciliari *ex art. 89*).

Ne deriva, di fatto, un possibile quarto grado dell'iter processuale, che dilata ulteriormente i tempi della risposta sanzionatoria al reato, anche in considerazione del fatto che i tribunali di sorveglianza non riescono, per lo più, a rispettare i termini temporali indicati per la pronuncia. Il che depone, ancora una volta, per l'esigenza di introdurre pene

principali non detentive, come tali applicabili già nel giudizio di cognizione: tenuto conto del fatto stesso che un'eventuale pena prescrittiva applicata in primo grado anche attraverso l'interlocuzione del condannato potrebbe rendere meno probabile, da parte di quest'ultimo, il ricorso in appello.

Si tenga fin d'ora presente, in ogni caso, che le summenzionate misure alternative risultano applicabili non solo all'inizio, ma anche nel corso della fase esecutiva e, dunque, dopo l'ingresso in carcere (v. *infra*), con riguardo a residui di pena che rientrino nei limiti temporali a esse relativi:

1. Si tratta, in primo luogo, dell'**affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.)**, riferito ai casi in cui «si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al co. 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (co. 2).

Riguarda la **condanna** a pena detentiva (oppure residui di pena) **fino a quattro anni** (l'estensione da tre a quattro anni si è avuta attraverso l'inserimento del comma 3-*bis* nell'art. 47 ord. penit., ai sensi dell'art. 3 d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014) e ha una durata identica a quella della pena inflitta (il suo esito positivo estingue la pena detentiva e ogni altro effetto penale, ma non le pene accessorie perpetue: così l'art. 47, co. 12, ord. penit., come modificato, per quanto concerne tale eccezione, dalla l. n. 3/2019, circa la quale v. *infra*). Si tenga presente fin d'ora, peraltro, che un'ulteriore figura di affidamento è applicabile, anche rispetto a condanne definitive fino a sei anni, nei confronti dell'autore di reato tossicodipendente o alcolodipendente, *ex art. 94 t.u. stup.* (v. *infra*).

Dal punto di vista storico, l'affidamento in prova al servizio sociale rappresenta il **primo provvedimento penale italiano avente natura progettuale** (e, dunque, *prescrittiva*), in quanto consiste in un programma (art. 47, commi 5 ss., ord. penit.) da svolgersi con il supporto del servizio sociale (v. *infra*).

Inizialmente era previsto come applicabile solo dopo un periodo di almeno tre mesi, poi divenuti un mese, di permanenza del condannato in carcere, onde consentire l'osservazione della sua personalità, in quanto necessaria (v. *infra*) per l'applicazione delle misure alternative: il che, però, frustrava in radice l'intento di evitare, attraverso l'istituto in esame, gli effetti desocializzanti dell'ingresso in carcere. Fu dunque successivamente previsto (art. 47, co. 3, ord. penit.) che l'affidamento possa essere disposto dal tribunale di sorveglianza anche senza l'ingresso in carcere, ove il richiedente, dopo la commissione del reato, «*abbia serbato comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2*», sopra richiamato, dell'art. 47 ord. penit., e ciò sulla base di un'osservazione della personalità condotta, in questo caso, fuori dal carcere ad opera dell'Ufficio di esecuzione penale esterna (UEPE). Da ultimo si è poi specificato che l'affidamento può essere concesso al condannato, sempre sulla base della suddetta osservazione della personalità, «*quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà*», il già citato comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2 (così l'art. 47, co. 3-*bis*, ord. penit.).

Nel caso di gravi violazioni del programma l'affidamento può essere revocato, ai sensi dell'art. 47, co. 11, ord. penit.

Si noti che solo nel momento in cui la risposta al reato assume i summenzionati contenuti progettuali (v. anche *infra*, per quanto concerne l'istituto della messa alla prova e la mediazione penale) può recuperarsi una **dimensione riparativa**, o anche riconciliativa, **del provvedimento penale nei confronti della persona offesa** (cfr. art. 47, co. 7, ord. penit.; art. 28, co. 2, d.P.R. n. 448/1988), laddove la tradizionale pena detentiva non offre alla vittima alcunché. Ma, nel contempo, diviene altresì possibile che la risposta al reato ricomprenda un impegno specifico, al di là di quanto previsto attraverso il trattamento penitenziario (v. *infra*), per la restituzione di *chance* sociali delle quali l'autore del fatto illecito, durante la sua vita, sia rimasto deprivato.

La disciplina dell'affidamento in prova consente di evidenziare, altresì, il rapporto complesso tra la **funzione di aiuto** e la **funzione di controllo** cui assolvono gli operatori del servizio sociale, in quanto tenuti non solo ad assistere il condannato, ma anche a relazionare al giudice sull'andamento della misura (cfr. in proposito art. 47, co. 9 e 10, ord. penit.). Il che lascia emergere l'esigenza di equilibrio, nel senso della non sovrapposizione, tra i compiti informativi che competono al servizio sociale e i compiti decisionali, che competono al giudice.

2. L'altra, importante, misura alternativa applicabile fin dall'inizio dell'esecuzione penale è costituita dalla **detenzione domiciliare** nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza (**art. 47-ter ord. penit.**), che concerne, di regola, la pena detentiva **fino a quattro anni**, quando sussistano (co. 1) **particolari condizioni di età, di salute o di genitorialità** (donna incinta o madre, oppure il padre ove la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata, di prole convivente di età inferiore ad anni dieci; si noti che per i medesimi soggetti, ma von limitazione alla prole di età inferiore a sei anni, l'art. 275, co. 4, c.p.p. esclude altresì, «*salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza*», il ricorso alla custodia cautelare in carcere).

La pena detentiva, inoltre, può essere sempre eseguita, ai sensi dell'art. 47-ter ord. penit, co. 01, in regime di detenzione domiciliare – salvo che per i delitti espressamente esclusi nonché nel caso della dichiarazione di delinquenza qualificata o nel caso di pregressa applicazione della recidiva – per il condannato che abbia compiuto i **settanta anni** (si noti pure rispetto a quest'ultimo, *ex* art. 275, co. 4, c.p.p., non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, con l'unico limite delle «*esigenze cautelari di eccezionale rilevanza*»).

La medesima misura alternativa può tuttavia essere applicata, circa pene detentive (o residui di pena) non superiori a due anni (salve le eccezioni espressamente previste), anche in assenza delle condizioni summenzionate, «*quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati*» (co. 1-bis). Può inoltre essere disposta (co. 1-ter) dal tribunale di sorveglianza nei casi di rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

Un'ipotesi particolare di detenzione domiciliare, applicabile anche oltre i limiti predetti è prevista dall'**art. 47-quater ord. penit.** con riguardo al condannato affetto da **AIDS conclamata** o grave deficienza immunitaria).

Si consideri, altresì, la prevista **esecuzione presso il domicilio**, fatte salve le eccezioni espressamente indicate, **delle pene detentive** (o dei residui di pena) **fino a 18 mesi**, ai sensi dell'art. 1 l. n. 199/2010 (previsione in origine temporanea e poi resa permanente ex art. 5 d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014). La competenza è assegnata al magistrato di sorveglianza, al quale, se il condannato non è già detenuto, il pubblico ministero trasmette gli atti dopo aver sospeso l'esecuzione (ferma l'applicabilità dell'art. 656, co. 5, c.p.p., sussistendone le condizioni). Il magistrato di sorveglianza ha, in effetti, un proprio ambito valutativo, con riguardo alle esclusioni di cui all'art. 1, co. 2, lett. d), l. n. 199/2010 (possibilità di fuga, specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti, carente idoneità ed effettività del domicilio anche in rapporto alle esigenze di tutela delle persone offese): e anche per questa ragione si può ritenere che pure l'istituto in esame costituisca una *misura alternativa*, assimilabile alla detenzione domiciliare.

La misura può essere revocata per comportamento incompatibile o per il venir meno delle condizioni (artt. 47-ter, co. 6 e 7, ord. penit., e, rispetto al solo primo caso, art. 1, co. 8, l. n. 199/2010).

L'allontanamento dal luogo in cui è stabilita la detenzione è punito ai sensi dell'art. 385 c.p. per evasione (artt. 47-ter, co. 8, ord. penit.; art. 1, co. 8, l. n. 199/2010).

Si vedrà più oltre che la legge delega n. 67/2014 aveva previsto una nuova pena principale denominata *reclusione domiciliare*: delega la quale, tuttavia, non è stata esercitata dal governo.

3. Sono eseguibili in regime di semilibertà le pene dell'arresto e quella della reclusione non superiore a 6 mesi, se non il condannato non è stato ammesso all'affidamento in prova (art. 50, co. 1, ord. penit.).

2.5. L'impianto complessivo dell'ordinamento penitenziario.

Quando non siano applicabili fin dall'inizio dell'esecuzione penale, in rapporto a una pena detentiva avente ormai carattere di definitività, gli strumenti sopra richiamati, il condannato dovrà entrare in carcere. Per cui, rispetto a tale contesto, assume un ruolo fondamentale, come già si richiamava, l'**ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975)**, del quale è bene sintetizzare subito, schematicamente, alcune scelte fondamentali:

a) centralità del **trattamento rieducativo individualizzato**;

b) possibile **flessibilizzazione** della pena detentiva in rapporto all'evolversi del trattamento (sia con riguardo alla durata, sia con riguardo al modo dell'esecuzione, suscettibile di assumere forma non più detentiva, o non più totalmente detentiva), attraverso l'applicabilità delle misure alternative;

c) **giurisdizionalizzazione** della fase esecutiva attraverso la creazione di un nuovo settore della magistratura, costituita dal tribunale di sorveglianza e dal magistrato di sorveglianza;

d) istituzione di un **servizio sociale** relativo all'amministrazione della giustizia, con il compito di seguire il trattamento rieducativo del condannato in carcere e l'esecuzione delle misure alternative;

e) previsione di forme d'**interazione fra carcere e società**.

2.5.1. Trattamento rieducativo e ruolo della personalità del condannato.

L'esecuzione penale in carcere deve realizzarsi attraverso un **trattamento» penitenziario** orientato al **reinserimento sociale** del condannato e attuato secondo un criterio di individualizzazione (**art. 1, co. 2, ord. penit.**), sulla base di un programma (art. 13, co. 4, ord. penit.) predisposto (e successivamente modificabile) in base alla **osservazione della personalità del condannato** medesimo (**art. 13, commi 1, 2 e 4 ord. penit.**).

Stante il divieto durante il processo, *ex art. 220, co. 2, c.p.p. (v. supra)*, di perizie sulla personalità e sul carattere (con l'unica eccezione di quelle riferite all'accertamento di stati patologici rilevanti ai fini dell'imputabilità), la considerazione della personalità dell'agente di reato emerge pertanto, nel sistema penale per adulti (*v. infra* circa gli imputati minorenni) solo *dopo la condanna*.

L'osservazione della personalità, come specifica l'**art. 28 d.P.R. 230/2000 (regolamento ord. penit.)**, è condotta, sotto la responsabilità e il coordinamento del direttore del carcere, dalla figura professionale dell'educatore, che dipende dall'amministrazione penitenziaria, e dagli **esperti** di cui all'**art. 80, co. 4, ord. penit.** (ai sensi del quale *«per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché di mediatori culturali e interpreti, corrispondendo ad essi onorari proporzionati alle singole prestazioni effettuate»*): figure che formano, insieme, il c.d. gruppo di osservazione e trattamento.

Particolare rilievo ai fini del trattamento medesimo assume l'**art. 13, co. 3, ord. penit.**, ai sensi del quale *«nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione»*. Si noti come questa prospettiva di **rielaborazione critica del reato**, che riveste importanza centrale a fini di prevenzione generale e speciale, emerge soltanto nella fase esecutiva della pena, che per lo più inizia in un tempo di molto successivo alla commissione del reato.

Simile concetto, inserito nel cit. art. 13 con il d.lgs. n. 123/2018, che ha modificato varie norme dell'ordinamento penitenziario, era peraltro già stato espresso dall'**art. 27, co. 1, d.P.R. n. 230/2000 (reg. ord. penit.)**: *«sulla base dei dati giudiziari acquisiti, viene espletata, con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte anti giuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa»*. Circa le modalità dell'osservazione e circa i contenuti del programma di trattamento si vedano gli artt. 28 e 29 del medesimo **d.P.R. n. 230/2000**.

Risulta interessante considerare, inoltre, come l'**art. 1 d.P.R. n. 230/2000** richieda quale presupposto rispetto allo scopo dalla *rieducazione/risocializzazione* del condannato che il trattamento rieducativo sia *«diretto a promuovere un processo di **modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale**» (co. 2)*: laddove il verbo

promuovere segnala come simile mutamento (interiore) degli atteggiamenti personali da parte del condannato non possa che costituire una scelta autonoma del medesimo, la quale può essere favorita ma non coartata: secondo una prospettiva del tutto diversa, pertanto, da quella della Scuola positiva. Se dunque alcune terminologie dell'ordinamento penitenziario (p. es. la stessa definizione di *trattamento* oppure, all'art. 13, le espressioni *carenze fisiopsichiche, osservazione scientifica, cartella personale*) rivelano ascendenze positivistiche, l'approccio del medesimo ordinamento al rapporto con il condannato si colloca completamente al di fuori della visione positivista.

Si osservi come, invece, il **comma 1** del medesimo art. 1 d.P.R. n. 230/2000, riferendosi al trattamento praticabile nei confronti di chi si trovi in carcere quale imputato, e dunque a seguito dell'applicazione di una **custodia cautelare**, non possa che limitare tale trattamento al mero sostegno degli «interessi umani, culturali e professionali» (**co. 1**), posto che «*l'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva*» (art. 27, co. 2, Cost.) e che, pertanto, non è prospettabile perseguire, rispetto al medesimo, alcuna modificazione degli atteggiamenti personali.

L'**art. 15 ord. penit.** elenca, infine, gli **elementi del trattamento**, secondo **un elenco integrato dal d.lgs. n. 123/2018**: istruzione, formazione professionale, lavoro, partecipazione a progetti di pubblica utilità, religione, attività culturali, ricreative e sportive, opportuni contatti con il mondo esterno, rapporti con la famiglia.

Per quanto in particolare concerne la religione (nel lontano passato utilizzata, di fatto, come fattore disciplinare), resta evidente che non è compito dell'ordinamento giuridico farsi latore di specifici credo religiosi. Si tratterà pertanto, da un lato, di considerare come elemento di una revisione di vita anche l'interrogativo sul significato ultimo della vita stessa e, dall'altro lato, di assicurare al detenuto il diritto costituzionale (art. 19 Cost.) di professare liberamente la propria fede religiosa, anche in quanto fattore promozionale del percorso rieducativo. Si noti, anche in tale elenco, l'importanza ascritta all'interazione tra carcere e società.

Le norme summenzionate e le altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario sono ordinariamente riferite dall'ordinamento stesso anche alle persone *internate*, cioè sottoposte in a *misura di sicurezza detentiva*.

2.5.2. Alcune norme particolarmente significative dell'ordinamento penitenziario.

Su questa base è utile segnalare, in termini del tutto sintetici, alcune norme di particolare rilievo nell'ambito dell'ordinamento penitenziario:

- L'art. 17 ord. penit. costituisce la norma che consente la **partecipazione del mondo "esterno"**, e dunque di privati, associazioni o istituzioni, **circa specifiche attività di natura rieducativa** da svolgersi in carcere, con autorizzazione del magistrato di sorveglianza rilasciata su parere favorevole del direttore.

- L'art. 19 ord. penit. si occupa dell'istruzione, ravvisata come fattore rieducativo: preso atto della circostanza – sulla quale si tratta sempre di riflettere – per cui la selezione dei condannati operata dal diritto penale conduce in carcere soprattutto persone svantaggiate socialmente; il che, tuttavia, non deve far dimenticare che una larga parte della criminalità

più lucrosa è posta in essere da soggetti, o attraverso soggetti, con un alto grado di istruzione.

- Gli artt. 20 e 21 ord. penit. in tema di **lavoro e di lavoro esterno**, assumono, anche in rapporto a una complessa disciplina di contorno, un'importanza fondamentale sul piano rieducativo, posto che, da un lato, il lavoro consente al detenuto di reimpostare la sua vita attraverso un'attività legale ed eventualmente di contribuire alle stesse esigenze della sua famiglia, mentre, dall'altro lato, dovrebbe permettergli di acquisire una professionalità spendibile – il che dipende per gran parte dalla qualificazione della medesima – dopo la dimissione dal carcere.

La finalità del lavoro in carcere è dunque rieducativa e non ha nulla a che fare con i lavori forzati di antica memoria: l'art. 20, co. 2, ord. penit. precisa, infatti, che «*il lavoro penitenziario non ha carattere afflittivo ed è remunerato*» (per i detenuti che operano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria la remunerazione prevista è pari, ex art. 22 ord. penit., ai due terzi di quanto previsto dai contratti collettivi), essendo inoltre venuto meno, con le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 124/2018, il precedente terzo comma che, per i detenuti, prevedeva il lavoro come obbligatorio (scelta rispetto alla quale andrebbe tuttavia adeguata la disposizione regolamentare di cui all'art. 50 d.P.R. n. 230). Del resto, il diritto al lavoro è previsto come tale dall'art. 4, co. 1, Cost., non essendo in ogni caso ammissibile (anche, ma non solo, con riguardo al lavoro) che la condanna detentiva si risolva nella condanna alla inutilità del tempo vissuto in carcere.

Nondimeno, l'offerta di lavoro per i detenuti resta del tutto carente, sia per quanto concerne il lavoro direttamente organizzato dall'amministrazione penitenziaria, sia per quanto concerne il lavoro assicurato in carcere o fuori dal carcere da soggetti esterni, sia per quanto concerne la promozione di attività autonome. Troppo spesso, ancora, esso si riduce alla ripartizione periodica tra i detenuti di lavori non qualificanti, relativi all'organizzazione interna del carcere.

Si noti che per reati ritenuti di maggiore gravità (v. *infra* a proposito dell'art. 4-bis ord. penit.) è richiesto circa l'ammissione al lavoro esterno di avere espiato almeno un terzo della pena, ma comunque non oltre cinque anni (art. 30-ter, co. 1, ord. penit.).

- Parallelamente, va considerato l'art. **21-ter ord. penit.**, inserito dal d.lgs. n. 124/2018, il quale prevede che i detenuti possano chiedere di essere ammessi a prestare la propria attività nell'ambito di **progetti di pubblica utilità, a titolo volontario e gratuito** (co. 1): norma questa certamente significativa onde offrire al detenuto possibilità di utile socializzazione e valido impiego del tempo (con parallelo beneficio di molti enti locali), ma tale, altresì, che attraverso si essa l'amministrazione pubblica finisce per esonerarsi dal dall'impegno di fornire lavoro remunerato e in grado di generare prospettive per la vita del detenuto successiva al fine-pena.

- Al pari del lavoro, costituiscono aspetti ordinari del trattamento i permessi (relativi, tuttavia, soltanto ad accadimenti eccezionali della vita, come p.es. un lutto) e, soprattutto, i **permessi premio**, rispettivamente previsti agli artt. 30 e 30-ter ord. penit. Come accade per il lavoro, si realizza attraverso di essi una forma di presenza del detenuto nel contesto sociale (reciprocamente a quanto previsto dal già citato art. 17 ord. penit.): «*l'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento e deve essere seguita dagli educatori*

e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio» (art. 30-ter, co. 3, ord. penit.).

Possono essere ammessi ai permessi premio i «condannati che hanno tenuto regolare condotta ai sensi del co. 8 e che non risultano socialmente pericolosi» «per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro» (art. 30-ter, co. 1, ord. penit., cui si rinvia per i limiti di durata).

Se la pena detentiva è superiore a quattro anni l'ammissione ai permessi premio richiede di avere scontato almeno un quarto della pena; tuttavia per reati ritenuti di maggiore gravità (v. *infra* a proposito dell'art. 4-bis ord. penit.) il limite è portato a metà della pena, ma comunque non superiore a dieci anni (art. 30-ter, co. 4, ord. penit.).

- Un'ulteriore disciplina di particolare rilievo è costituita dalle varie forme del **diritto di reclamo** da parte del detenuto, di cui all'**art. 35 ord. penit.** Queste ultime costituiscono una sorta di diritto di segnalazione alle più diverse autorità (fra le quali il garante nazionale o i raganti regionali o locali dei diritti dei detenuti), fino al Capo dello Stato: senza che ne derivino conseguenze positivizzate.

Con d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014, è stato introdotto, tuttavia, l'**art. 35-bis ord. penit.**, che prevede il **reclamo giurisdizionale**, concernente due ambiti – l'applicazione di sanzioni disciplinari (di cui agli artt. 36 ss. ord. penit.) e l'inosservanza di disposizioni da parte dell'amministrazione penitenziaria dalla quale derivi un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti del recluso (come previsto dall'art. art. 69, co. 6, ord. penit. ivi richiamato: v. *infra*) – in riferimento ai quali il reclamo dà luogo all'apertura di un vero e proprio procedimento accertativo e decisionale, onde porre rimedio alle eventuali violazioni, affidato alla competenza del magistrato di sorveglianza.

2.5.3. I compiti della magistratura di sorveglianza e del servizio sociale.

Le funzioni attribuite alla **magistratura di sorveglianza** sono descritte dagli artt. 68 ss. ord. penit.

In particolare, il **magistrato di sorveglianza** è competente fra l'altro, ai sensi degli artt. 69 e 69-bis ord. penit., circa l'approvazione e le modifiche del programma di trattamento, la revoca delle misure di sicurezza (v. *infra*), i permessi, i reclami giurisdizionali, la liberazione anticipata (v. *infra*). Può anche disporre la sospensione provvisoria di una misura alternativa nel caso di comportamenti del beneficiario suscettibili di determinarne la revoca (sospensione che perde efficacia ove non intervenga entro trenta giorni la decisione del tribunale di sorveglianza), *ex art- 51-ter*, co. 2, ord. penit.

Mentre il **tribunale di sorveglianza**, ai sensi dell'art. 70 ord. penit., è competente circa le misure alternative diverse dalla liberazione anticipata e circa la liberazione condizionale. È composto da due magistrati di carriera, fra cui il presidente (il cui voto prevale in caso di parità), e due esperti (giudici onorari), ai sensi dell'art. 80, co. 4, ord. penit.

Per quanto concerne, invece, il **servizio sociale**, presso gli istituti di prevenzione e di pena per adulti operano, ai sensi dell'art. 80, co. 1, ord. penit., gli **educatori per adulti**, oltre agli **assistenti sociali** dipendenti dagli Uffici dell'esecuzione penale esterna (UEPE) di cui all'art. 72 ord. penit.

L'amministrazione penitenziaria, specifica peraltro l'art. 80, co. 2, ord. penit., può avvalersi per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, di personale incaricato giornaliero, vale a dire degli esperti di cui al comma 4 del medesimo articolo, già menzionati *supra* con riguardo all'osservazione della personalità.

Le **attribuzioni degli educatori**, previste all'art. 82 ord. penit., risultano riferite essenzialmente al **trattamento rieducativo in carcere**.

Le **attribuzioni degli assistenti sociali**, previste all'art. 81 ord. penit., risultano invece riferite essenzialmente all'esecuzione delle misure alternative, al sostegno e all'assistenza dei sottoposti a libertà vigilata, nonché all'assistenza ai dimessi.

Va peraltro aggiunto che compete all'UEPE l'osservazione della personalità del soggetto che abbia proposto istanza per ottenere l'affidamento in prova al servizio sociale trovandosi in libertà (art. 47, co. 2, ord. penit.).

Si deve tener conto, altresì, che sono affidati al servizio sociale, e dunque all'UEPE, anche gli imputati che, su loro richiesta, siano stati ammessi alla messa alla prova per adulti *ex art. 168-bis c.p.* (v. *infra*), il che ha di molto ampliato l'impegno, già gravoso, richiesto ai servizi.

Il che impone di sottolineare le inaccettabili carenze di organico in cui entrambe le strutture del servizio sociale si trovano ad operare, laddove invece è proprio attraverso il loro potenziamento che dovrebbe realizzarsi l'introduzione di pene principali non detentive.

Si consideri da ultimo che sia alle attività in carcere, sia alle attività dell'UEPE, può collaborare la figura dell'**assistente volontario** di cui all'**art. 78 ord. penit.**, che si differenzia dalle persone ammesse a frequentare il carcere *ex art. 17 ord. penit.* (v. *supra*) in quanto la sua presenza assume caratteristiche di stabilità nel tempo.

2.5.4. La *flessibilizzazione* della pena in sede esecutiva, attraverso le misure alternative.

Tra le misure alternative (le quali modificano, come sappiamo, il regime esecutivo della pena) appare opportuno segnalare anzitutto la **liberazione anticipata**, di cui all'art. 54 ord. penit., in quanto è l'unica tra tali misure che incide sulla durata della pena stessa. Essa consiste, infatti (così il comma 1), in una «**detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata**», concessa al condannato che abbia «*dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione*», «*quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società*» (cfr. in proposito anche l'art. 103 d.P.R. n. 230/2000).

La liberazione anticipata **incide peraltro anche sulla maturazione dei tempi necessari per accedere ai permessi premio e alle misure alternative**: in pratica, fa sì che il tempo in senso giuridico decorra più rapidamente del tempo reale (i giorni di pena detratti valgono come pena effettivamente scontata). Ciò è previsto espressamente per i permessi premio, la semilibertà e la liberazione condizionale dall'art. 54, co. 4, ord. penit. (e dovrebbe valere *a fortiori*, ove non ostino altre norme, anche nei casi di lavoro all'esterno per i quali è richiesto che si sia scontato un terzo della pena); ma poiché la concessione della liberazione anticipata anticipa il momento del fine-pena, essa incide anche sul calcolo della pena residua da scontare ai fini della detenzione domiciliare e dell'affidamento in prova (ove non applicati fin dall'inizio dell'esecuzione).

Ovviamente, il beneficio della liberazione anticipata (che costituisce l'unica misura la cui applicazione compete al magistrato di sorveglianza) risulta molto importante per il condannato, il quale non desidera perdere (a seguito di sanzioni disciplinari o altro) alcuna delle detrazioni semestrali: da un lato, dunque, lo responsabilizza, rendendolo artefice, in parte, del suo futuro, mentre, dall'altro, configura una sorta di patto con l'ordinamento giuridico inteso a garantire il carattere pacifico della vita penitenziaria. Anche per questo ordinariamente è sempre applicabile, pure rispetto ai delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit. (v. *infra*): un'eccezione pare peraltro prevista all'art. 58-*quater*, ord. penit. («*divieto di concessione di benefici*»), che ai commi 5-7 non esclude la liberazione anticipata dalle misure alternative e dagli altri benefici i quali «*non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-*quater* dell'art. 4-bis, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 c.p. [evasione] ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione*».

La detrazione risulta applicabile anche rispetto ai periodi trascorsi in custodia cautelare e in detenzione domiciliare (art. 54, co. 1, ord. penit.), come pure al condannato in affidamento in prova (art. 47, co. 12-*bis* ord. penit.); la giurisprudenza l'ha riferita altresì ai periodi trascorsi agli arresti domiciliari o in una R.E.M.S. (v. *infra*).

Si rammenti, infine, la norma temporanea di cui all'art. 4 d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014, che aveva previsto per due anni, con eccezioni, l'estensione da 45 a 75 giorni per semestre della detrazione di pena (liberazione anticipata speciale).

Le ulteriori misure alternative incidono, invece, sulla forma di esecuzione della pena inflitta con la sentenza di condanna. Dell'**affidamento in prova al servizio sociale** e della **detenzione domiciliare** abbiamo già detto, in quanto applicabili fin dall'inizio dell'esecuzione medesima: ma si ricordi che tali misure sono applicabili anche successivamente, circa residui di pena entro i quattro anni.

Circa quest'ultima, si tenga presente altresì la disposizione dell'**art. 47-*quinquies* ord. penit. (detenzione domiciliare speciale)**, riguardante **madri** (ed eccezionalmente padri) **di prole di età non superiore a dieci anni**, applicabile dopo che sia scontato almeno un terzo della pena, o dopo quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo, «*se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli*». La legge n. 62/2011, introducendo il comma 1-*bis* del cit. art. 47-*quinquies*, ha tuttavia istituito gli **istituti a custodia attenuata per detenute madri (Icam)** prevedendo che possa essere eseguita presso di essi la suddetta parte di pena da scontare, ma prevedendo altresì che la medesima, quando non sussista «*un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga*», possa essere eseguita nelle medesime modalità della detenzione domiciliare o in una casa famiglia protetta. Si tenga presente, a tal proposito, che in ogni caso «**alle madri è consentito di tenere presso di sé [in carcere] i figli fino all'età di tre anni**», per la cura e l'assistenza dei quali «sono organizzati appositi asili nido» (l'art. 14, co. 7, ord. penit.): si tratta, mediamente, di circa 50 presenze, in dieci diversi istituti penitenziari.

È prevista, poi, la **semilibertà** (di cui pure s'è visto, *supra*, un minuscolo ambito di applicabilità fin dall'inizio dell'esecuzione), che consente di «*trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento*

sociale» (art. 48, co. 1, ord. penit.), «*in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società»* (art. 50, co. 4, ord. penit.).

Risultano incidere circa l'accesso alla misura, peraltro, le difficoltà connesse al reperimento di un'opportunità di lavoro che faccia da supporto all'ammissione, risultando importanti, da questo punto di vista, le opportunità offerte nell'abito del no-profit (il c.d. terzo settore).

I condannati e gli internati ammessi al regime di semilibertà non trascorrono la parte detentiva della giornata in carcere, ma «in appositi istituti o apposite sezioni autonome di istituti ordinari» (art. 48, co. 2, ord. penit.).

È richiesto, per l'ammissione, l'aver scontato almeno metà o, per reati più gravi (v. *infra* art. 4-bis ord. penit.), almeno due terzi della pena detentiva (art. 50, co. 1, ord. penit.), senza che rilevi il conguaglio con l'eventuale pena pecuniaria inflitta congiuntamente (art. 50, co. 3, ord. penit.). Di fatto, tale ammissione implica per lo più l'avvenuto buon esito, in precedenza, di *permessi premio* (v. *supra*). L'eventuale revoca è prevista all'art. 51 ord. penit.

La semilibertà, inoltre, può essere applicata (per reati diversi da quelli più gravi poco sopra richiamati) in luogo dell'affidamento in prova al servizio sociale, ove ne manchino le condizioni, e in tal caso «*anche prima dell'espiazione di metà della pena»* (art. 50, co. 2, ord. penit.).

Va considerata, infine, la **liberazione condizionale**, che formalmente non costituisce una misura alternativa in quanto non introdotta con l'ordinamento penitenziario del 1975 ma già prevista dall'**art. 176 c.p.**, che la ricomprende tra le cause di esclusione della pena.

Dal punto di vista sostanziale, nondimeno, la liberazione condizionale costituisce a tutti gli effetti una misura alternativa, risultando applicata, ai sensi dell'art. 70, co. 1, ord. penit., dal tribunale di sorveglianza e rappresentando la forma più consistente di modifica del regime di esecuzione della pena detentiva, in quanto lo trasforma in un regime totalmente non detentivo, sulla base del giudizio di un «*sicuro ravvedimento»*, ex art. 176, co. 1, c.p., del condannato: giudizio rispetto al quale emerge, peraltro, una carenza di materialità, essendo incentrato il termine ravvedimento su una valutazione riferita in via diretta alla persona, senza riferimenti a indici oggettivi.

Per accedere al beneficio, ai sensi del medesimo comma, il condannato deve avere «*scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni»* (se recidivo, al di fuori dell'ipotesi base di cui all'art. 99, co. 1, c.p., deve avere scontato, ai sensi dell'art. 176, co. 2, «*almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli»*). Se non intervengono motivi di revoca, decorso il tempo della pena inflitta, la pena «*rimane estinta»* e sono revocate eventuali misure di sicurezza (art. 177, co. 2, c.p.).

Durante la liberazione condizionale la fase esecutiva della pena è ancora in corso e il condannato è sottoposto al regime di **libertà vigilata**, ai sensi dell'art. 230, co. 1, n. 2, c.p., la quale nella sistematica del codice fa parte delle misure di sicurezza: nel caso in esame, tuttavia, non pare che la libertà vigilata possa rientrare in tale categoria, in quanto le misure di sicurezza presuppongono il giudizio di pericolosità (essendo state escluse le ipotesi di pericolosità presunta) del soggetto interessato, giudizio che risulta incompatibile con la valutazione di sicuro ravvedimento. Sembrerebbe, pertanto, che la libertà vigilata debba

essere applicata *sempre*, senza specifiche valutazioni, nei confronti del condannato ammesso alla liberazione condizionale, in quanto regime applicativo della medesima: del resto, *ex art. 177, co. 1, c.p.*, è prevista la revoca della liberazione condizionale, fra gli altri casi, se il condannato «*trasgredisce agli obblighi inerenti alla libertà vigilata*», rimanendo affidata al tribunale di sorveglianza, in forza di Corte cost. n. 282/1989, la determinazione della pena detentiva ancora da espiare (laddove invece tale norma prevedeva, per quel caso, l'irrelevanza del tempo trascorso in libertà condizionale),

Per i medesimi motivi si deve ritenere che la decurtazione della pena prevista a titolo di liberazione anticipata sia applicabile in favore del condannato anche con riguardo al periodo di tempo trascorso in liberazione condizionale.

Si consideri infine che anche la persona *internata*, cioè sottoposta a una **misura di sicurezza detentiva**, può beneficiare del lavoro all'esterno, dei permessi premio, dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare (anche oltre i limiti di pena ordinariamente previsti (art. 47-*quater* ord. penit.), nonché della semilibertà (cui può accedere in ogni tempo: art. 50, co. 2, ord. penit.). Si applicano peraltro, in quanto compatibili, anche alla persona internata le disposizioni dell'art. 4-*bis* ord. penit. (v. *infra*).

2.5.5. Benefici penitenziari e condanna alla pena dell'ergastolo.

Della *semilibertà* e della *liberazione condizionale*, nonché dei provvedimenti trattamentali – *permessi premio* e *lavoro esterno* – che consentono l'uscita dal carcere e che, come tali, possono essere parte dell'iter che conduce all'applicazione delle stesse misure alternative, può beneficiare anche il condannato all'ergastolo, secondo le tempistiche seguenti della pena già scontata: per il lavoro all'esterno e i permessi premio, almeno dieci anni (artt. 30-*ter*, co. 4, lett. *d*), e 21, co. 1, ord. penit.); per la semilibertà, almeno venti anni (art. 50, co. 5, ord. penit.); per la liberazione condizionale, almeno ventisei anni (art. 176, co. 3, c.p.).

Ai fini dell'anticipazione dei limiti temporali di accesso ai suddetti benefici, si applica inoltre anche ai condannati all'ergastolo la misura alternativa della *liberazione anticipata* (art. 54, co. 4, ord. penit.).

Si noti che **anche la pena dell'ergastolo rimane estinta dopo cinque anni dal momento in cui sia stata concessa la liberazione condizionale** (e, dunque, dopo cinque anni di libertà vigilata), ove non sia intervenuta alcuna causa di revoca (art. 177, co. 2., c.p.).

In questo modo anche il condannato all'ergastolo può aspirare, e pervenire, al fine-pena (che pertanto, rispetto all'ergastolano, resta incerto sia nel *se* che nel *quando*, mentre per ogni altro condannato ha, comunque, un termine massimo certo): ed è proprio in riferimento a simile possibilità che la Corte costituzionale, finora, non ha considerato la pena dell'ergastolo incompatibile con l'orientamento rieducativo della pena richiesto dall'art. 27, co. 3, Cost.

Dovremo peraltro considerare *infra*, rispetto a queste considerazioni, la problematica del c.d. ergastolo *ostativo*.

2.5.6. I limiti di accesso, *ex art. 4-bis* ord. penit., ai benefici penitenziari e il problema dei c.d. reati ostativi (con particolare riguardo all'ergastolo).

L'art. 4-*bis* ord. penit. – introdotto in una prima stesura nel 1991 (poi più volte riveduta) per finalità di contrasto della criminalità organizzata – **modifica** per certe categorie di delitti **l'indirizzo iniziale dell'ordinamento penitenziario**, secondo il quale, dopo la condanna, assumono rilievo ai fini dei c.d. benefici penitenziari soltanto l'entità della condanna e l'evolversi del percorso rieducativo: con tale norma, infatti, **viene** altresì **attribuito rilievo** (secondo diversi livelli) per la concessione dei benefici indicati al comma 1 (lavoro all'esterno, permessi premio, misure alternative diverse dalla liberazione anticipata, nonché, ai sensi dell'art. 2 d.l. n. 152/1991 conv. in l. n. 203/1991, liberazione condizionale) **anche al tipo di reato commesso**. Per quanto concerne, dunque, i benefici penitenziari, medesime pene inflitte attraverso la sentenza di condanna possono avere, oggi, un peso diverso, a seconda del reato da cui derivano.

Va in ogni caso premesso che ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 3-*bis*, ord. penit., i suddetti benefici «non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata».

Ciò detto, un primo livello di irrigidimento della disciplina in materia lo abbiamo già constatato descrivendo le norme su lavoro all'esterno, permessi premio e semilibertà, in quanto richiedono per la concessione di tali benefici con riguardo ai delitti di cui ai commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit. un periodo di detenzione già scontata più esteso di quello ordinario.

Per i delitti, poi, di cui all'**art. 4-bis, co. 1-*ter*, ord. penit.** (come omicidio, rapina ed estorsione aggravate, produzione e traffico di notevole quantità di stupefacenti, definiti a suo tempo di *seconda fascia*, in quanto implicanti in collegamento solo eventuale con la criminalità organizzata) è richiesto, inoltre, che «*non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva*» (art. 4-*bis*, co. 1-*ter*, ord. penit.), «*acquisite dettagliate informazioni dal questore*», vale a dire dall'autorità di polizia (art. 4-*bis*, co. 2-*bis*, ord. penit.). La preclusione dell'accesso ai benefici è dunque possibile, in questo caso, soltanto ove i suddetti elementi sia accertati, secondo la logica di una *prova positiva*, dal pubblico ministero.

Per i **delitti**, invece, c.d. **ostativi** o di *prima fascia* **indicati all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit.** (in origine l'associazione di tipo mafioso e una serie di delitti per lo più correlati, ma successivamente estesi a un complesso eterogeneo di delitti, molti dei quali monosoggettivi, che nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata, come per esempio la violenza sessuale di gruppo, fino all'inserimento, con la legge n. 3/2019, di quasi tutti i delitti contro la pubblica amministrazione) la possibilità dell'accesso ai benefici, «*acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*» (art. 4-*bis*, co. 2, ord. penit.), è subordinata alla **collaborazione di giustizia** di cui all'art. 58-*ter* ord. penit. (secondo la quale l'utile collaborazione, anche dopo la condanna, consiste nell'essersi adoperati «*per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori*» ovvero

nell'aiutare «concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati»): collaborazione in presenza della quale, secondo l'interpretazione richiamata anche in Corte cost. n. 253/2019 (v. *infra*), l'accesso ai benefici può avvenire, anzi, «senza dover previamente scontare la frazione di pena ordinariamente prevista». A tale forma di collaborazione è stata peraltro equiparata, attraverso la l. n. 3/2019, anche la collaborazione, comportante una diminuzione della pena, di cui all'art. 323-bis, co. 2, c.p. in tema di delitti contro la pubblica amministrazione, con notevoli problemi di interpretazione: dovrebbe ritenersi affidata magistratura di sorveglianza la possibilità di valutare favorevolmente anche tale tipo di collaborazione, per tutti i delitti contro la pubblica amministrazione considerati ostativi (non tutti ricompresi nell'art. 323-bis citato), anche se resa successivamente al processo.

I suddetti benefici possono tuttavia essere concessi anche per i delitti di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. nel caso in cui una collaborazione utile risulti *inesigibile* (per la limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso) o *impossibile* (per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità), oppure si sia applicata (ancorché la collaborazione offerta risulti oggettivamente *irrilevante*) una delle attenuanti di cui agli artt. 62, co. 6, 114 o 116 c.p. Occorre peraltro che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-bis, co. 1-bis, ord. penit.): una prova negativa che rasenta i limiti della *probatio diabolica*, specie per delitti, come quelli contro la pubblica amministrazione, che nascono di regola senza alcun collegamento con la criminalità organizzata, con l'esigenza di non trasformare l'onere di allegazione, a tal proposito, della difesa in una vera e propria inversione dell'onere probatorio.

La disciplina in tal senso riferita ai delitti c.d. ostativi opera **una scelta che muta radicalmente, per i delitti cui si riferisce, il ruolo dei benefici penitenziari**, la cui concessione non corrisponde più, in quel caso, a un progresso del condannato nell'iter del trattamento rieducativo, ma si trasforma in un incentivo/corrispettivo circa la collaborazione di giustizia: la quale non viene semplicemente favorita attraverso norme premiali di riduzione della pena, come accade durante il processo, ma risulta tale per cui la sua assenza produce *il venir meno di diritti* – l'accesso ai benefici penitenziari – ordinariamente riconosciuti (in una fase temporale, per giunta, quasi sempre ormai molto lontana dal processo).

Simile scelta sottrae in sostanza al tribunale di sorveglianza la possibilità di valutare caso per caso se la mancata collaborazione costituisca un indice di mancata rieducazione: posto che tale non collaborazione potrebbe avere motivazioni del tutto diverse (secondo la Cassazione, nell'ordinanza che ha promosso il giudizio di illegittimità costituzionale di cui poco oltre diremo, il «rischio per l'incolumità propria e dei propri familiari»; il «rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di un congiunto o di persone legate da vincoli affettivi»; il «ripudio di una collaborazione di natura meramente utilitaristica»). Per cui sarebbe opportuna la restituzione in tutti i casi di questo giudizio alla magistratura di sorveglianza.

La medesima scelta **si rende drammatica, in particolare, per i condannati all'ergastolo** in conseguenza di uno dei delitti elencati all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., cioè per la maggioranza dei condannati all'ergastolo: venendosi con ciò a configurare il c.d. **ergastolo**

ostativo (rimanendo del tutto inutile, per l'ergastolano non collaborante, la mera possibilità di accesso alla liberazione anticipata).

L'esclusione dai benefici di cui sopra nel caso di mancata collaborazione rende impossibile, infatti, per l'ergastolano non solo qualsiasi differenziazione del regime sanzionatorio attraverso le misure alternative e non solo l'accesso al lavoro all'esterno o a un permesso premio, ma anche la possibilità stessa di poter pervenire, attraverso la liberazione condizionale, al fine-pena (v. *supra*).

In proposito sono però intervenuti due fatti nuovi, che potrebbero portare, in futuro, a una revisione complessiva della materia.

Corte cost. n. 253/2019 ha dichiarato, infatti, l'**illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit.**, nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati possano essere concessi **permessi premio** anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter ord. penit., richiedendo, peraltro, come requisito per la concessione, che «*siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*». Tutto ciò sia perché «*alla luce degli artt. 3 e 27 Cost., l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena*», sia perché contrasta con l'art. 27, co. 3 Cost., l'inammissibilità della richiesta di ottenere il permesso «*senza che al magistrato di sorveglianza sia consentita una valutazione in concreto della condizione del detenuto*», sia per «*l'irragionevolezza*», in contrasto con le norme già richiamate, «*di una presunzione assoluta di pericolosità sociale*» del detenuto non collaborante: motivazioni, queste, le quali, riferite dalla Corte costituzionale al solo beneficio del permesso premio oggetto dell'ordinanza di remissione, appaiono invero rilevanti anche circa gli altri benefici di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit.

Precedentemente, inoltre, **Corte EDU 13-6-2019 (M. Viola)**, divenuta definitiva il successivo 8 ottobre essendo stata respinta la richiesta di rinvio alla Grande camera, da parte del governo italiano, aveva **accolto il ricorso di un condannato italiano alla pena dell'ergastolo** in presenza delle condizioni che rendono il medesimo **ostativo** ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., **per contrasto della relativa disciplina con la CEDU**. Tale Corte ha ritenuto infatti che «*la presunzione assoluta di pericolosità, in materia di reclusione a vita per i delitti previsti dall'articolo 4-bis ord. penit., derivante dall'assenza di collaborazione con la giustizia*», «*limita eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena*», in contrasto con l'esigenza che la stessa pena dell'ergastolo riulti *comprimibile*, come richiesto, secondo la giurisprudenza della medesima Corte, i sensi dell'art. 3 CEDU, che non consente, oltre alla tortura, «*pene o trattamenti inumani o degradanti*».

Si consideri che Corte cost. n. 253/2019, successiva alla definitività della pronuncia CEDU, non ha argomentato (anche) in rapporto a quest'ultima, non avendo costituito la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 3 CEDU (v. *infra* circa il rilievo interno delle pronunce CEDU) oggetto della remissione, concernente i permessi premio, alla medesima Corte costituzionale. Ma è ben prevedibile che un ricorso in tal senso argomentato, avente per oggetto la disciplina che concerne in modo specifico, rispetto agli altri benefici rilevanti, l'ergastolo c.d. ostativo, ove non intervenga una riforma legislativa in materia così come auspica la stessa Corte EDU, venga presentato nel prossimo futuro. Come del pari potranno essere proposti alla Corte costituzionale altri ricorsi autonomi circa

l'ostatività riferibile a quegli stessi benefici, indipendentemente dalla condanna alla pena dell'ergastolo.

Da ultimo si consideri che per delitti attinenti, in senso ampio, all'offesa della libertà sessuale l'art. 4-bis, co. 1-*quater*, ord. penit. stabilisce che i benefici di cui al comma 1 possono essere concessi «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno» (esclusa l'ipotesi attenuata per lieve entità di cui all'art. 609-bis, co. 3, c.p.). Di per sé, in proposito, non si dice che tale osservazione che essere effettuata in stato di detenzione (anzi, una simile specificazione è venuta meno in sede di approvazione definitiva della norma): ma va tenuto comunque presente il disposto già segnalato dell'art. 656, co 9, c.p.p. che esclude la sospensione dell'esecuzione della condanna definitiva «per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit.».

Parallelamente, si consideri che per delitti dello stesso tipo (secondo un'elencazione non del tutto sovrapponibile), se commessi in danno di persona minorenni, dev'essere valutata circa la concessione dei predetti benefici «la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-bis ord. penit.».

2.5.7. I casi di sospensione nell'applicazione delle norme di cui all'ordinamento penitenziario, *ex art. 41-bis ord. penit.*

L'art. art 41-bis ord. penit. consente la sospensione per via amministrativa, in termini molto generici, dell'applicabilità delle norme dell'ordinamento penitenziario che si pongano in contrasto, per gli autori di gravi reati, con esigenze di sicurezza e di ordine.

La motivazione di tale norma (cui spesso ci si riferisce parlando di *carcere duro*) va reperita, com'è noto, nella comprensibile esigenza di evitare che dall'interno del carcere possano essere commissionate attività criminose o che comunque alle medesime si possa concorrere, come pure che si mantengano ruoli di governo nell'ambito della criminalità organizzata.

Va rimarcato, tuttavia, il rischio di un'applicazione troppo estesa, o meramente retributiva, della suddetta facoltà: il che, potendo implicare, di fatto, la rinuncia a perseguire intenti preventivi nei confronti di determinati detenuti, tanto più se giovani, e la mancata offerta di *chance* effettive per un loro reinserimento sociale nella legalità, rischia paradossalmente di cementare, anche nella condizione detentiva, la solidarietà tra appartenenti a grandi associazioni criminose, come pure la sudditanza ai soggetti di vertice, ancorché reclusi, delle medesime.

Un passo in avanti potrebbe essere costituito dall'affidare le decisioni e la gestione dei provvedimenti limitativi previsti dall'art. 41-bis ord. penit. – piuttosto che al ministro della giustizia «anche a richiesta di quello del ministro dell'interno», come prevede il comma 2 – alla magistratura.

2.6. Il sistema penale minorile.

Il sistema penale minorile ha assunto e continua ad assumere notevole interesse anche perché attraverso di esso, come attraverso le norme relative alla competenza in materia penale del giudice di pace, sono stati introdotti nel diritto penale italiano istituti nuovi, che hanno ispirato evoluzioni del diritto penale generale.

Va premesso, in proposito, che l'**art. 97 c.p.** fissa la soglia di **imputabilità del minore** a **quattordici anni** (al di sotto di tale soglia il fatto di reato non è punibile, salva l'eventuale applicabilità di una misura di sicurezza: v. *infra*); e che i benefici in favore del minore previsti nel codice penale si limitano alla previsione in favore del medesimo di una **attenuante obbligatoria** (art. 98, co. 1, c.p.), nonché, come già s'è visto, del perdono giudiziale e di un ambito più esteso di accesso alla sospensione condizionale.

Inoltre, Corte cost. n. 168/1994 ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 17 e 22 c.p. «*nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile*», in quanto l'incertezza sul fine-pena, e di una pena qual è l'**ergastolo** suscettibile di ricomprendere l'intero arco della vita adulta del minore condannato, è stata giustamente ritenuta incompatibile con la finalità reintegrativa che l'art. 27, co. 3, Cost. assegna alle condanne penali.

Le maggiori differenze del sistema penale minorile rispetto a quello degli adulti sono state introdotte, piuttosto, dal **d.P.R. n. 448/1988**, che si presenta come disciplina concernente «*il processo penale a carico di imputati minorenni*» (entrata in vigore, non a caso, in parallelo con il nuovo codice di procedura penale del 1988: d.P.R. n. 447/1988), ma **contiene in realtà norme di rilievo non soltanto processuale, bensì anche sostanziale**.

La regola è quella per cui nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni di tale decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale (art. 1, co. 1, d.P.R. n. 448/1988).

Le peculiarità del sistema in esame emergono già attraverso i **principi fondamentali** del processo penale minorile di cui all'art. 1 d.P.R. n. 448/1988: l'assoluta preminenza della **finalità educativa** su qualsiasi altra esigenza perseguibile attraverso le norme penali (co. 1); il ruolo centrale assegnato alla considerazione della **personalità del minore** (co. 1); l'apertura del processo a una inedita **logica di dialogo** tra giudice e imputato (co. 2). In particolare, si parla di *educazione*, piuttosto che di *rieducazione* come avviene, invece, rispetto agli adulti, in quanto si muove dal presupposto che per il minore sia tuttora in atto l'iter educativo di base, che si vorrebbe condurre, comunque, a una conclusione positiva, nonostante i problemi emersi attraverso la commissione di un reato.

Va peraltro segnalato altresì, preliminarmente, **il ruolo esteso all'intera fase processuale dei servizi sociali minorili** (USSM) ex art. 6 d.P.R. n. 448/1988 e artt. 9 ss. d. lgs. n. 272/1988 [norme di attuazione]: i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, che operano sempre in collaborazione con i servizi degli enti locali, prendono dunque in carico il minore fin dall'inizio del processo (e non soltanto in carcere).

Come va rilevata, inoltre, l'**inammissibilità del costituirsi**, nel processo penale minorile, **della parte civile**, cioè della persona che si asserisce offesa dal reato (art. 10 d.P.R. n. 448/88). Ciò in quanto la tutela della parte civile, che di per sé è motivata dall'interesse di quest'ultima a conseguire già in sede penale il risarcimento del danno, senza attivare un

autonomo processo in sede civile, troppo spesso assume il ruolo di una vera e propria accusa privata, che si affianca, con maggiore virulenza, a quella di natura pubblica esercitata dal pubblico ministero: per cui s'è voluto affrancare il procedimento penale minorile dall'ingresso nel medesimo di istanze ritorsive aventi fonte privata (il che impone riflessioni, più in generale, sulla deontologia dello svolgimento della professione forense, onde superare l'idea che il successo in tale attività coincida con l'ottenimento della pena più dura nei confronti dell'imputato, in antitesi con le finalità perseguite quando viene assunta, invece, la difesa di quest'ultimo).

Ciò precisato, le norme fondamentali del sistema penale minorile sono reperibili agli **artt. 9 e 28 d.P.R. n. 448/88**.

Il primo prevede l'**obbligo dello studio relativo alla personalità del minore** ai fini di tutte le finalità del processo (pure senza disporre una perizia in modo formale e, dunque, pure assumendo «*informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore*» e sentendo «*il parere si esperi, anche senza alcuna formalità*»): in senso esattamente opposto, pertanto, a quanto dispone per gli adulti l'art. 220, co. 2, c.p.p.

L'art. 28 prevede, invece, la possibilità per il giudice – a suo tempo del tutto innovativa per il diritto penale italiano – di disporre, già durante il processo, la **sospensione del processo con messa alla prova** del minore (prospettata essa stessa, al comma 1, come strumento di ulteriore valutazione della personalità del minore medesimo), sulla base di un programma predisposto dai servizi sociali minorili (ai sensi dell'art. 27 d.lgs. n. 272/1989), che ne seguono l'esecuzione: con effetto costituito dall'**estinzione del reato in caso di esito positivo** della prova medesima (art. 29 d.P.R. n. 448/1988), la quale, dunque, si configura come uno strumento di *definizione anticipata del processo*, di natura *sostanziale* (vale a dire consistente in un *fare*, piuttosto che nella mera rinuncia a diritti come accade, invece, con i c.d. *riti speciali*, aventi natura processuale). Nel caso di esito negativo, invece, il processo viene riaperto e segue l'iter ordinario fino alla sentenza.

Con la messa alla prova, pertanto, la risposta al reato può concretizzarsi interamente in un **progetto**, posto che attraverso di essa si evita di giungere alla determinazione di una pena detentiva come corrispettivo del reato e, pertanto, **si abbandona davvero un'impostazione retributiva della giustizia**. Così che risulta evidente la **differenza strutturale della messa alla prova rispetto all'affidamento in prova al servizio sociale**, in quanto misura alternativa che, come tale, può essere applicata solo dopo una sentenza definitiva di condanna.

Deve constatarsi, tuttavia, l'assenza di indicazioni legislative sui criteri cui il giudice della attenersi per stabile in quali casi attivare la prova e in quali proseguire il processo in modo ordinario (dati anche i limiti delle risorse dei servizi minorili, sebbene operino in collaborazione con i servizi degli enti locali): col rischio che si rinunci alla prova nei casi più difficili, ma che più ne avrebbero bisogno, come quelli in cui manchi un contesto familiare validamente collaborativo).

Non sono previsti limiti *a priori* circa la gravità del reato rispetto al quale la messa alla prova può essere disposta. Quest'ultima non può avere una durata superiore a tre anni per reati punibili nel massimo con ergastolo o reclusione non inferiore a dodici anni, mentre negli altri casi non può avere una durata superiore a un anno (art. 28, co. 1, d.P.R. n.

448/1988). Può essere revocata «*in caso di ripetute e gravi violazioni delle prescrizioni imposte*» (co. 5). È esclusa «*se l'imputato chiede il giudizio abbreviato o quello immediato*» (co. 4).

Non è richiesto, perché la messa alla prova possa essere disposta, il consenso del minore (potrebbero infatti sussistere pressioni da parte di organizzazioni criminali in cui il minore abbia iniziato a inserirsi affinché il medesimo non instauri percorsi di dialogo con le istituzioni pubbliche).

La perdita che si determina attivando la prova (a meno che essa sia revocata o abbia esito negativo) di un ordinario accertamento processuale dei fatti e delle responsabilità (v. *infra*, circa la messa alla prova degli adulti) viene per lo più giustificata, in assenza di una necessaria richiesta dell'imputato (posto fra l'altro, che è minore), considerando la citata finalità eminentemente educativa del processo penale minorile. Nondimeno, si richiede in dottrina che il giudice, per attivare la prova, debba già aver accertato di non dover prosciogliere o assolvere il minore (posto che la prova non ha come scopo quello di contribuire agli accertamenti tipici del processo, né tantomeno quello di ottenere confessioni).

Si noti che proprio l'ampia discrezionalità offerta ai magistrati dal d.P.R. n. 448/1988 circa l'accertamento della personalità del minore e circa la configurazione del programma di prova ha consentito di sperimentare nel processo penale minorile (come elemento di accertamento della personalità autonomo o inserito, per l'appunto, nel programma di prova) il ricorso alla mediazione penale, di cui parleremo *infra*, illustrando l'istituto della messa alla prova per adulti.

Ciò premesso, **novità importanti sono state introdotte con riguardo al sistema sanzionatorio penale minorile**, e dunque per il caso in cui il processo abbia come esito una condanna, **con il d.lgs. n. 121/2018** («*Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*»). Si tratta, in sostanza, di norme che configurano un *ordinamento penitenziario* speciale circa l'ambito penale minorile. In particolare:

a) Rimanendo applicabili, per quanto non espressamente previsto, le norme pertinenti dell'ordinamento penitenziario, è stato riordinato e ampliato per i minorenni l'insieme degli strumenti che consentono di non eseguire in forma detentiva la pena inflitta: strumenti riuniti nella denominazione di **misure di comunità**, per la cui adozione, sostituzione e revoca è competente il tribunale di sorveglianza per i minorenni (art. 8, co. 1): ciò con riguardo al caso in cui l'autore del reato commesso in età minorile non abbia ancora compiuto 25 anni, ove sia stata richiesta (dal condannato, dal suo difensore o di chi eserciti la responsabilità genitoriale) la sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 11 (paragonabile alla sospensione già richiamata di cui all'art. 656, co. 5, c.p.p.). Si noti, in proposito, come sia preliminarmente stabilito, circa l'ambito minorile, che «**l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità deve favorire percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato**» (art. 1, co. 2).

b) Gli strumenti individuati come *misure di comunità*, ai sensi dell'art. 3, co. , sono: **l'affidamento in prova al servizio sociale**, se la pena detentiva da eseguire non supera i quattro anni (art. 4); **l'affidamento in prova**, alla medesima condizione, **con detenzione domiciliare** in giorni particolari della settimana (art. 5); **l'affidamento in prova in casi particolari**, di cui all'art. 94 t.u. stup.; **la detenzione domiciliare**, con riguardo a pena detentiva da eseguire non superiore a tre anni (art. 6, co. 1). Tra le *misure di comunità* è

ricompresa anche la **semilibertà**, tuttavia **applicabile soltanto dopo che il condannato abbia scontato almeno un terzo della pena** (art. 7, co. 1). Restano comunque applicabili gli artt. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, ord. penit. (v. *supra*).

c) Queste altre disposizioni significative: «**tutte le misure devono prevedere un programma di intervento educativo**» (art. 2, co. 2); «*ai fini dell'applicazione delle misure penali di comunità, l'osservazione [della personalità] è svolta dall'ufficio di servizio sociale per i minorenni*» (art. 2, co. 9); «*l'ufficio di servizio sociale per i minorenni predispone gli interventi necessari ai fini della individuazione di un domicilio o di altra situazione abitativa, tale da consentire l'applicazione di una misura penale di comunità*» (art. 2, co.11); «*con l'applicazione delle misure può essere disposto il collocamento del minorenne in comunità pubbliche o del privato sociale*» (art. 2, co. 8); «*l'esecuzione della pena nei confronti di chi ha commesso il reato da minorenne è affidata al personale dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia*» (art. 10, co. 3); «*i servizi sociali minorili dell'amministrazione della giustizia presentano, anche in udienza, la relazione personologica e sociale svolta sul minorenne, nonché il progetto di intervento redatto sulla base delle specifiche esigenze del condannato*» (art. 11, co. 6); «*l'esecuzione delle misure penali di comunità è affidata al magistrato di sorveglianza del luogo dove la misura deve essere eseguita*» (art. 12, co. 1); «*al compimento del venticinquesimo anno di età, se è in corso l'esecuzione di una misura penale di comunità, il magistrato di sorveglianza per i minorenni trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza ordinario per la prosecuzione della misura, ove ne ricorrano le condizioni, con le modalità previste*» dall'ordinamento penitenziario» (art. 12, co. 5).

d) il capo IV del medesimo d.lgs. n. 121/2018 prevede (artt. 14-24) **norme particolari circa l'esecuzione della pena detentiva negli istituti minorili** (nei quali si può permanere, per reati commessi in età minorile, **fino al compimento, di regola, del venticinquesimo anno di età**: art. 24). Si consideri l'art. 14, co. 1: «*La permanenza negli istituti penali per minorenni si svolge in conformità a un progetto educativo predisposto entro tre mesi dall'inizio dell'esecuzione. Il progetto, elaborato secondo i principi della personalizzazione delle prescrizioni e la flessibilità esecutiva, previo ascolto del condannato, tiene conto delle attitudini e delle caratteristiche della sua personalità*».

Si segnala, infine, che l'art. 30, co. 1, d.P.R. n. 448/1988, prevede quanto alle sanzioni sostitutive per condannati minorenni che non solo la semidetenzione, ma anche la **libertà controllata** sia applicabile per pene detentive non superiori a due anni.

2.6.1. Non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: sull'assenza di un filtro, nel sistema penale italiano, circa l'esercizio dell'azione penale.

Il d.P.R. n. 448/1988 ha introdotto, attraverso l'**art. 27**, una ulteriore, importante innovazione nel sistema penale italiano, rappresentata dalla **sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto**: ciò in presenza del triplice requisito, senza ulteriori specificazioni, di un fatto *occasionale* e *tenue*, nonché del *nocumento* della celebrazione del processo rispetto alle esigenze educative del minorenne.

Si tratta della prima norma che ha permesso, in Italia, di ritenere eccessivo celebrare un processo penale, pur ritenendosi sussistente il reato.

La questione si comprende ove si consideri come nel nostro sistema penale manchi la previsione di un filtro iniziale circa i procedimenti penali di cui appaia opportuno lo svolgimento, filtro affidato in molti paesi agli uffici del pubblico ministero.

La **Costituzione** prevede infatti, all'**art. 112**, l'obbligo di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, in rapporto a tutte le notizie di reato che non appaiano palesemente infondate, e ciò per garantire l'imparzialità della giurisdizione penale (ulteriormente garantita dal fatto che in Italia, a differenza di molti altri paesi, anche il pubblico ministero fa parte della magistratura, cioè del potere giudiziario, risultando pertanto indipendente dal potere esecutivo, e dunque dall'autorità di natura politica).

Al che fa da presupposto l'**obbligo di denuncia** delle notizie di reato (esclusi solo i reati perseguibili a querela) da parte di pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio (*ex artt. 361 e 362 c.p.*, con la sola eccezione prevista al co. 2 di quest'ultima norma: v. *infra*);

Ciò ha tuttavia per conseguenza, in Italia, un numero molto elevato, e non gestibile nella sua interezza, dei processi penali che devono essere iniziati: con l'effetto per cui il filtro viene di fatto svolto a posteriori dalla **prescrizione** (art. 157 c.p.) di molti reati (gli stessi pubblici ministeri lasceranno andare in prescrizione i reati giudicati di minor rilievo, secondo criteri di priorità che non di rado sono stati esplicitati dai loro stessi uffici).

Realtà, questa, che non trova una soluzione adeguata eliminando la prescrizione dopo la sentenza di primo grado, sia essa di condanna oppure di assoluzione, come prevede l'**art. 159, co. 2, c.p. secondo il testo riformato dalla l. n. 2/2019 entrato in vigore dal 1° gennaio 2020**, ai sensi del quale «*il corso della prescrizione rimane sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna*»: con l'effetto di esporre teoricamente ciascun imputato a rimanere illimitatamente nell'incertezza circa l'attribuzione o meno di una responsabilità penale e della relativa condanna».

Piuttosto, si tratta di ridurre il carico giudiziario operando sugli strumenti di definizione anticipata del processo a contenuto sostanziale, introducendo pene diverse da quella detentiva che riducano l'interesse dell'imputato a impugnare la pronuncia di primo grado, nonché pensando a possibilità di gestione prepenalistica, legislativamente definite, di alcune tipologie di reati (si pensi al progetto concernente la responsabilità medica formulato nel 2010 dal Centro studi sulla giustizia penale dell'Università Cattolica).

Tornando all'**art. 27 d.P.R n. 448/1998**, l'esigenza di conformità all'**art. 112 Cost.** fa sì che la decisione sull'irrelevanza del fatto non possa essere assunta direttamente dal pubblico ministero, bensì spetti al giudice (su richiesta del primo, se ci si trovi nella fase delle indagini preliminari).

Si consideri altresì che, talora, l'irrelevanza del fatto viene attestata, e dichiarata, sul presupposto di un'avvenuta mediazione penale posta in essere nell'ambito degli accertamenti sulla personalità di cui all'**art. 9 d.P.R n. 448/1988**.

2.7. La competenza in materia penale del giudice di pace.

L'altro settore del diritto penale nel cui ambito si sono sperimentate innovazioni che hanno inciso, o potranno incidere in futuro, sull'intero sistema penale è quello inerente ai

reati di limitata gravità assegnati alla **competenza del giudice di pace**, di cui al **d.lgs. n. 274/2000**.

L'aspetto di principale interesse, a tal proposito, è dato dal fatto per cui tale settore è l'unico del sistema penale italiano nel quale **non si applicano più pene di carattere detentivo**, bensì soltanto la *permanenza domiciliare*, il *lavoro di pubblica utilità* (che richiede il consenso del condannato) e la *pena pecuniaria*, secondo i criteri indicati negli artt. 52-54 del suddetto decreto. In proposito, non si sono ridefiniti gli ambiti edittali dei reati precedentemente puniti con pena detentiva e/o pecuniaria e assegnati, dal 2 gennaio 2002, alla competenza del giudice di pace, bensì si sono previste tre categorie di reati (quelli già puniti con pena detentiva o pecuniaria, oppure con sola pena detentiva, oppure con pena detentiva e pecuniaria), circa le quali il giudice di pace può infliggere tutte e tre le pene dal medesimo applicabili, ma secondo entità edittali differenti. Per i reati già puniti, invece, con sola pena pecuniaria si sono confermate le pene pregresse.

Presso il giudice di pace, inoltre, è sempre possibile una definizione anticipata del processo attraverso strumenti di carattere sostanziale (mentre risulta escluso, *ex art. 2, co. 1*, il ricorso ai riti alternativi di carattere processuale, secondo una scelta giudicata legittima, p. es. con ord. n. 50/2016, dalla Corte costituzionale): dovendosi tener conto anche del fatto, in proposito, che «nel corso del procedimento il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti (art. 2, co. 2).

Questi gli strumenti di definizione anticipata previsti:

a) Il tentativo di conciliazione finalizzato alla *remissione della querela* e il possibile ricorso, per tale fine, «anche all'attività di mediazione di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio», *ex art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000*.

Si noti che tale norma rappresenta, temporalmente, il primo caso in cui nel sistema penale italiano s'è fatto riferimento esplicito alla *mediazione penale*, della quale diremo più ampiamente *infra*. E si noti altresì come venga espressamente previsto dalla medesima norma che «**le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione**» – la quale nell'ambito del processo presso il giudice di pace può essere condotta sia direttamente da quest'ultimo, sia usufruendo di un ufficio di mediazione – «**non possono essere utilizzate in alcun modo ai fini della deliberazione**»: norma cui può essere fatto riferimento, per analogia, rispetto a qualsiasi procedura di mediazione penale, a garanzia della riservatezza di quanto espresso dall'imputato in tale fase, e dunque del principio *nemo tenetur se detegere*.

b) la dichiarazione da parte del giudice di **non luogo a procedere nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000)**, analoga a quella già prevista l'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 in ambito minorile (v. *supra*), ma secondo una definizione più complessa dei presupposti e con una discutibile riserva concernente la persona offesa se ci si trova nella fase delle indagini preliminari («*solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento*»), che diventa addirittura un diritto di veto nella fase dibattimentale («*solo se l'imputato e la persona offesa non di oppongono*»: il ruolo della persona offesa nel processo, suscettibile di rivalutazione sul piano riparativo e conciliativo, non può infatti trasformarsi in una sorta di privatizzazione del processo penale.

c) La **procedura riparativa** (art. 35 d.lgs. n. 274/2000), attivabile (prima o dell'udienza di comparizione o durante la medesima) per qualsiasi reato di competenza del giudice di pace,

quale strumento che consente l'estinzione del reato a seguito di prestazioni risarcitorie e restitutorie da parte dell'imputato; simile natura dei requisiti appare tuttavia prevalere su una reale configurazione riparativa degli stessi. Va inoltre segnalata la estrema genericità del criterio valutativo cui è chiamato ad attenersi il giudice («*pronuncia la sentenza di estinzione del reato solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione*»).

2.8. I nuovi istituti del sistema sanzionatorio penale che hanno tratto ispirazione dagli ambiti minorile e di competenza del giudice di pace.

Come si è detto, alcuni istituti nuovi del diritto penale generale hanno avuto come premessa le innovazioni poco sopra illustrate introdotte nell'ambito del sistema penale minorile e in quello relativo alla competenza penale del giudice di pace. Li richiamiamo sinteticamente:

a) **L'estensione agli adulti** (realizzata ex art. 5 l. n. 67/2014) **della sospensione del procedimento con messa alla prova (artt. 168-bis ss. c.p.)**, che ricomprende alcune fondamentali differenze rispetto all'analogo istituto minorile: l'applicabilità con riguardo a un ambito limitato di reati, quelli **puniti con pena detentiva non superiore a quattro anni**, ma senza che assumano rilievo, come stabilito da C. s.u. 31-3-2016, le circostanze aggravanti di qualsiasi tipo; la durata non superiore a due anni; la necessità che sussista la **richiesta dell'imputato** (il che non implica ammissione di colpevolezza); l'obbligo della prestazione di **lavoro di pubblica utilità** (obbligo che, invero, limita la caratteristica di spontaneità che dovrebbe caratterizzare l'opzione, dell'imputato o del condannato, in favore di un simile strumento).

Va segnalata, inoltre, l'espressa menzione agli artt. 464-bis, co. 4, lett. c) e 141-ter, co. 3, att. c.p.p. (sono le norme processuali relative all'istituto in esame) della possibilità che il programma di prova preveda «*le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa*».

L'utilizzo della messa alla prova solleva l'esigenza di contemperare al meglio i benefici derivanti dal ricorso a simile procedura quale versione italiana degli strumenti di *probation processuale* con il venir meno, in tal caso, di un accertamento dei fatti e delle responsabilità secondo l'intero dispiegarsi delle tradizionali garanzie offerte dal processo penale: la risposta è stata reperita, per gli adulti, prevedendo l'applicabilità della messa alla prova solo su richiesta dell'imputato, così come accade per il c.d. patteggiamento sulla pena (che comporta tuttavia una condanna, mentre il buon esito della prova comporta l'estinzione del reato): soluzione, questa, in forza della quale la disciplina della messa alla prova è stata ritenuta costituzionalmente legittima **da Corte cost. n. 91/2018**, anche sulla base della natura non strettamente penale del programma in cui si sostanzia.

Resta il fatto che, quanto più oggi risultino imprevedibili gli esiti processuali, tanto più chi si ritiene innocente potrebbe preferire richiedere una messa alla prova o patteggiare (con le relative conseguenze), piuttosto che rischiare una condanna.

Non si dimentichi, tuttavia, che proprio l'applicazione di una pena detentiva rappresenta la massima restrizione in merito alla garanzia dei diritti di libertà, per cui sarebbe alquanto

contraddittorio rimanere ancorati, per asserite ragioni garantistiche di natura processuale, a modalità sanzionatorie univocamente ancorate sulla condanna al carcere: trascurando come la messa alla prova realizzi, già lo si rimarcava circa il parallelo minorile, una presa di distanze sostanziale, attraverso modalità programmatiche, dal modello retributivo della giustizia.

La messa alla prova per adulti ha trovato, finora, un'utilizzazione superiore a quanto taluni avevano ritenuto: si è constatato, infatti, che non pochi imputati preferiscono la (più impegnativa) messa alla prova, implicante l'estinzione del reato, rispetto a un possibile condanna sospesa condizionalmente (che prevede essa pure l'estinzione del reato, ma con tempi di regola più lunghi): ciò, soprattutto, per lasciare aperta la possibilità di una sospensione condizionale futura, dato che essa può essere concessa una volta soltanto, salvo il solo caso in cui la seconda condanna sommata con la prima non superi il limite di pena previsto per la concessione.

b) L'introduzione, con d.lgs. n. 28/2015, dell'**art. 131-bis c.p.**, che prevede la **non punibilità per particolare tenuità del fatto** (riferita alle *modalità della condotta e alla esiguità del danno o del pericolo*, ferma la non abitualità del comportamento), limitatamente a reati per i quali la legge prevede una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, e senza che assumano rilievo le circostanze comuni (sono esclusi, fra gli altri, i casi in cui siano state cagionate, come conseguenze non volute, la morte o lesioni gravissime);

Diversamente da quanto previsto ai sensi degli istituti simili in ambito minorile e presso il giudice di pace, non si tratta, tuttavia, di una *non procedibilità*, cioè della rinuncia allo svolgimento del processo, bensì di una sentenza di *non punibilità*, che presuppone l'accertamento del fatto.

c) L'introduzione ulteriore, *ex art. 1, co. 1, l. n. 103/2017*, dell'**art. 162-ter c.p.**, che prevede, in base al modello della procedura riparativa dinnanzi al giudice di pace, l'**estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie** (ma in sostanza, anche in questo caso, essenzialmente risarcitorie), per soli reati perseguibili a querela non soggetta a remissione.

2.9. Il ruolo della mediazione penale e la posizione, dinnanzi al reato, della vittima.

Il ricorso alla mediazione penale, menzionato per la prima volta, come s'è detto, all'art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000 relativo alla competenza in materia penale del giudice di pace, è stato finora sperimentato principalmente, in maniera abbastanza estesa seppur in mancanza di una norma specifica a tal proposito, nel sistema penale minorile (o come elemento della messa alla prova, *ex art. 28 d.P.R. n. 448/1988*, o come fase di ulteriore osservazione della personalità del minore, *ex art. 9 d.P.R. n. 448/1988*). S'è appena visto, invece, che la possibilità del ricorso a tale strumento viene espressamente previsto nelle norme processuali concernenti la sospensione del processo con messa alla prova degli adulti.

La mediazione penale consente di superare, in maniera invero piuttosto semplice ma rimasta estranea lungo i secoli alla storia del diritto penale, il carattere inevitabilmente non dialogico di un processo penale che è orientato ad applicare nei confronti dell'imputato ritenuto colpevole un danno, vale a dire una pena, implicante la privazione o la limitazione di determinati diritti. L'eventuale disponibilità dell'imputato a discutere con totale apertura

dei fatti addebitatigli si risolverebbe ordinariamente, infatti, in un utilizzo *contro di lui* di quanto abbia ammesso: per cui dev'essere salvaguardato il principio *nemo tenetur se detegere*. Del resto, non compete all'imputato valutare sé stesso in sede giudiziaria (comunque, non avrebbe, a tal fine, il distacco necessario e neppure ne avrebbe, per lo più, gli strumenti).

La mediazione si realizza, infatti, attraverso una sospensione del processo e l'invito (nessuna mediazione potrebbe essere costrittiva) a intraprendere un dialogo tra imputato e parti offese sul fatto illecito, da svolgersi in un luogo neutrale rispetto al processo. Per cui quanto viene detto in sede di mediazione non viene reso noto al giudice, né se ne può fare uso in sede processuale (lo si evince da ciò che prevede il già citato art. 29, co. 4, d.lgs. 274/2000). Piuttosto, verrà riportata al giudice da parte dei mediatori soltanto una valutazione sulla validità della mediazione medesima (soprattutto in termini di responsabilizzazione dell'imputato rispetto alla vicenda della quale si discute), nonché sulla congruità e sull'attuazione di un impegno personale riparativo (diverso dal risarcimento del danno), che dev'essere proposto, di regola, dallo stesso imputato.

Si consideri, in proposito, che, se si tratta di un reato senza una vittima individualizzata, il dialogo può coinvolgere un soggetto terzo esponenziale dei beni lesi; e che la mediazione può essere ritenuta positiva rispetto all'imputato pure nel caso in cui il medesimo abbia fatto quanto in suo potere in senso riparativo e riconciliativo, trovando tuttavia una totale chiusura nella parte offesa (si tratta di evitare, anche da questo punto di vista, una privatizzazione delle scelte riguardanti la risposta al reato).

Nel senso descritto, la mediazione penale si manifesta come la forma più avanzata della giustizia restaurativa o riparativa (*restorative justice*), in quanto anticipa al momento stesso del processo (ora prevista soltanto in sede di trattamento penitenziario nella fase esecutiva della pena; v. *supra*) la rielaborazione critica del reato, secondo intenti riconciliativi: vale a dire il realizzarsi di un fatto che assuma rilievo di prevenzione (generale e speciale) positiva.

Nella fase di mediazione l'imputato e la vittima, avendo già interagito coi mediatori, possono *narrare* di sé stessi in rapporto al reato, creando le condizioni per ristabilire un reciproco riconoscimento personale, così da superare, per un verso, la considerazione della vittima come mero strumento di un fine illecito e, per l'altro, la riduzione dell'imputato alla qualifica di delinquente. Si tratta, dunque, di un *fare verità* sulla vicenda del reato, tale da assumere caratteristiche più sostanziali rispetto a quelle di una pura ricostruzione storica e che può realizzarsi soltanto in un contesto dialogico.

Ciò consente di riflettere sul ruolo della **vittima** in rapporto al reato, constatando come l'esigenza fondamentale della medesima stia, da un lato, nell'**emergere della verità** su quanto accaduto e, dall'altro, nel **vedere riconosciuta l'ingiustizia** delle condotte che l'abbiano prodotto: esigenza, quest'ultima, la quale trova la risposta più credibile ove l'addivenire a un simile giudizio si realizzi attraverso lo stesso soggetto agente del reato, come può accadere attraverso l'iter di mediazione.

Elementi, quelli richiamati, i quali, se non possono certo, come sappiamo, annullare l'accadimento del reato, possono rappresentare un elemento di, pur faticosa, pacificazione. Laddove, invece, la modalità classica di risposta alla persona offesa, incentrata sul soddisfacimento di un supposto bisogno ritorsivo, rischia di vittimizzare tale persona una seconda volta: così che non soltanto il reato l'ha fatta soffrire, ma l'ha resa una persona disposta a volere il male di un altro individuo e a focalizzare la sua vita sull'inflizione di

quel male, così da renderla, in questo senso, una persona *peggiore* (è ben difficile, del resto, pensare che coloro i quali vanno ad assistere, come può accadere in alcuni Stati degli Stati Uniti, all'esecuzione di una condanna capitale, escano da quella esperienza umanamente *pacificati*). Senza trascurare che le persone offese possono subire un terzo processo di vittimizzazione, nel momento in cui si introducano norme penali demagogiche per ragioni di consenso elettorale, giustificando tutto questo nel nome delle vittime e, pertanto, strumentalizzandole (salvo poi occuparsi assai poco delle medesime rispetto alle conseguenze derivanti dal reato).

2.10. L'evoluzione delle norme in materia di confisca.

Una considerazione a parte merita il tema, cui più volte ci si è riferiti, concernente la **confisca dei profitti provenienti da reato**, della quale si richiamano le attuali forme di manifestazione nel sistema penale:

1. La **confisca diretta**, definita all'art. 240, co. 1, c.p. come **misura di sicurezza patrimoniale** e considerata da tale norma come *facoltativa* in rapporto alle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato (nonché alle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato), ma resa *obbligatoria* negli ultimi decenni rispetto a svariate tipologie criminose (si veda, per esempio, l'art. 416-*bis*, co. 7). In giurisprudenza viene considerata confisca diretta anche quella del danaro che non consista nelle medesime specie monetarie provenienti dal reato, sempre che sussista la prova della derivazione da reato dell'entità di denaro sottoposto a confisca.

2. La **confisca** nella forma **per equivalente**, che non richiede il sussistere del nesso causale tra i beni (equivalenti) confiscati e il reato commesso, così che vari Autori la considerano una nuova forma di vera e propria pena patrimoniale autonoma, peraltro dai contenuti alquanto indeterminati. Si vedano per esempio l'artt. 644, co. 6, c.p. e, in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, l'art. 322-*ter* c.p. (col problematico sovrapporsi tra questa norma e la **riparazione pecuniaria ex art. 322-*quater* c.p.**, introdotta nel 2015, dovuta dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di pubblico servizio in favore della pubblica amministrazione di appartenenza).

3. La **confisca** c.d. **allargata** di cui, ora, all'**art. 240-bis c.p. (introdotto dall'art. 6 d.lgs. n. 21/2018**, con il quale è stato abrogato il corrispondente art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992 conv. con l. n. 356/1992), che non richiede la prova del nesso causale tra il profitto e la commissione di un reato: posto che in tal caso la confisca riguarda i beni di cui il *condannato* per gravi delitti abbia la disponibilità in valore *sproporzionato* al reddito o all'attività economica svolta, ove non sia in grado di giustificarne la provenienza legittima: risultando essa pure applicabile, ai sensi del secondo comma, anche per equivalente. Il riferimento all'attività economica rileva onde escludere l'applicazione della norma nel caso in cui i beni abbiano provenienza lecita, ma non risultino dichiarati in conseguenza di (mera) evasione fiscale.

Si noti come, invece, sia stato dichiarato incostituzionale l'**art. 12-*quinquies*, co. 2**, d.l. n. 306/1992, cit., che qualificava come reato autonomo la mancata giustificazione dei beni di cui sopra da parte di chi fosse sottoposto a procedimento penale per una serie di gravi reati: ciò poiché in tal caso alla mancata giustificazione non conseguiva, come invece *ex art. 12-*

sexies, una conseguenza (soltanto) patrimoniale del reato per cui un soggetto venisse condannato, bensì il configurarsi di un (ulteriore) reato autonomo e, pertanto, di un'inversione dell'onere della prova, inversione dalla quale veniva fatta dipendere (non soltanto una mera conseguenza patrimoniale, bensì) una restrizione della libertà personale.

Si consideri, inoltre, la disposizione prevista all'**art. 578-bis c.p.p.**, introdotto dal d.lgs. n. 21/2018, secondo cui «*quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis c.p. e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per **prescrizione** o per **amnistia**, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*».

4. La **confisca come misura di prevenzione** (ma si discute sulla sua natura effettiva) prevista dall'**art. 24 d.lgs. n. 159/2011** (*codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*), sul presupposto del previo **sequestro** di cui al precedente art. 20, fondato sulla sproporzione (v. *supra*) o su *sufficienti indizi* della provenienza illecita dei beni di cui si abbia la disponibilità: la confisca consegue, anche in questo caso, alla mancata giustificazione della provenienza legittima di tali beni.

Oggi si può dunque addivenire sia alla confisca (in vari casi anche per equivalente) dei profitti provenienti da reato, ove vi sia stata condanna, sia, sempre in caso di condanna, alla confisca dei beni di cui il condannato abbia la disponibilità in modo sproporzionato, nel caso in cui non sia in grado di giustificarne la provenienza legittima, sia alla confisca degli stessi beni nell'ambito di un procedimento di prevenzione, sempre nel caso in cui l'interessato non sia in grado di giustificarne la provenienza legittima.

2.11. Le prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale.

Tenuto conto di quanto sin qui s'è detto, può auspicarsi, in sintesi, un'**evoluzione del sistema sanzionatorio penale** che valorizzi la dimensione progettuale, prendendo le distanze da quella retributiva.

Preliminarmente, tuttavia, appare necessaria una riconsiderazione organica della politica criminale, sotto il profilo, soprattutto, della prevenzione primaria: evitando che la previsione di norme penali funga da fattore giustificativo circa la carenza di impegno nel contrastare le condizioni e le opportunità che rendono praticabile l'agire criminoso (v. *supra*).

Ferma l'esigenza di agire con serietà, nel contempo, per rendere indisponibili i profitti conseguiti attraverso attività criminose.

Possono dunque indicarsi, pertanto, alcune esigenze di fondo:

1. L'introduzione di nuove **pene principali non detentive**, col fine di ridurre in concreto il ricorso alla detenzione (evitando che si diversifichi l'apparato sanzionatorio penale senza incidere sulla popolazione penitenziaria e dunque estendendo, come accaduto in alcuni Paesi, l'ambito complessivo della penalizzazione).

Si noti, peraltro, che simile introduzione appare necessaria anche per ragioni di politica criminale, in quanto modalità più moderne dell'intervento penale, rispetto alla classica reazione nei confronti di eventi offensivi dolosamente cagionati, necessitano di strumenti

sanzionatori diversi dalla pena detentiva, da coordinarsi con il ricorso (v. *infra*) a illeciti amministrativi: si pensi solo, dunque, alla dilatazione degli interventi di tutela anticipata, al controllo della correttezza delle attività economiche, all'esigenza di disincentivare l'interesse economico a porre in essere determinati tipi di illecito, all'opportunità di esigere condotte riparative, e così via.

Orientativamente, le nuove pene principali potrebbero conformarsi alle seguenti tipologie (nel solco delle proposte formulate dalle commissioni di riforma succedutesi negli anni passati):

a) **Pene prescrittive**, consistenti soprattutto in un *fare*, sulla base della definizione di un programma a orientamento inclusivo e riparativo, seguito dagli uffici del servizio sociale. Vi sono le condizioni, in particolare, perché il modello dell'affidamento in prova al servizio, oggi misura alternativa, possa evolvere in una pena prescrittiva principale: anche con introduzione di elementi di *bifasicità* nel processo, in modo da separare il giudizio sui fatti e sulle responsabilità dalla definizione (che forse potrebbe già coinvolgere, insieme al servizio sociale, il magistrato di sorveglianza) delle conseguenze sanzionatorie, anche sulla base di accertamenti (se accettati) sulla personalità e sulla vicenda esistenziale dell'agente di reato.

In tal modo recuperandosi, fra l'altro, profili di dialogo (in merito alla costruzione del percorso sanzionatorio) tra autore del reato ed ordinamento giuridico antecedenti rispetto alla fase di esecuzione della pena: il che si configura come un fatto rilevante in un'ottica di prevenzione generale e speciale positiva, rendendo altresì meno probabile, in rapporto a un percorso sanzionatorio costruito anche con l'interlocuzione del condannato, l'impugnazione della sentenza.

Risulta piuttosto sorprendente, del resto, che sussista, oggi, la possibilità di gestire in senso prescrittivo un reato già nel corso del processo, attraverso la messa alla prova, oppure nella *fare* successiva alla condanna, attraverso la misura alternativa dell'affidamento in prova, ma non attraverso il contenuto della pena inflitta al momento stesso della condanna (così che l'imputato il quale, essendone nelle condizioni, non opti, durante il processo, per la messa alla prova deve accettare il rischio della condanna a una pena detentiva).

Tra le sanzioni prescrittive in senso lato può ricomprendersi anche il **lavoro di pubblica utilità**, che richiede sempre il consenso del condannato e che ha trovato, finora, uno spazio di notevole utilizzo in sostituzione delle pene detentive e pecuniarie in materia di guida sotto l'effetto dell'alcol (art. 186, co. 9-*bis*, e 187, co. 8-*bis*) e di reati di lieve entità relativi a stupefacenti commessi da assuntori di tali sostanze (art. 5-*bis* t.u. stup.). Come altresì vi si possono ricomprensere **obblighi conformativi** alle disposizioni di una determinata attività di controllo, oppure **obblighi di riparazione** dei danni (per esempio, obblighi di bonifica ambientale).

b) **Pene pecuniarie per tassi**, cioè disposte dal giudice secondo un dato numero di quote da versarsi mensilmente, tali che la loro quantificazione viene definita in un momento successivo, tenendo conto del reddito, del patrimonio e degli obblighi familiari del condannato: modello ampiamente utilizzato nella maggior parte dei Paesi europei (in Germania, secondo tassi giornalieri, copre circa i due terzi delle condanne), mentre in Italia gli illeciti puniti con mera pena pecuniaria, sempre applicata per entità assolute (v. *supra*), sono stati tendenzialmente estromessi dal sistema penale ai sensi del d.lgs. n. 8/2016,

essendo stati conservati ai sensi della legge delega n. 67/2014 solo ove previsti nel codice penale o riferiti a un ambito ristretto di materie.

Si tratta, in sostanza, della richiesta di un contributo fiscale rafforzato e da destinarsi, orientativamente, ai servizi sociali, a fronte di condotte criminose antisolidaristiche: una risposta sanzionatoria concreta, ma non tale da devastare il contesto di vita del condannato e non priva di un forte messaggio orientativo.

c) Tra le pene non detentive che consistono pur sempre in una privazione di diritti potrebbero assumere un ruolo significativo, come pene principali, **pene di carattere interdittivo** (attualmente previste, in Italia, solo come pene accessorie). Ciò, peraltro, con equilibrio: si può pensare, soprattutto, ad ambiti specifici della criminalità economia e dei delitti contro la pubblica amministrazione, posto che una pena interdittiva può privare il condannato, in determinati settori, dell'unica professionalità che gli permette di lavorare (si pensi, per esempio, allo stesso piccolo peculato posto in essere da un insegnante).

d) All'ambito delle possibili pene principali privative di diritti va ricondotta anche la **detenzione domiciliare**, oggi costituente una misura *alternativa*, che il parlamento aveva deciso di introdurre quale nuova pena principale (la prima, dopo il 1930) attraverso la legge delega n. 67/2014 (definendola come reclusione domiciliare, obbligatoria per reati in precedenza punibili nel massimo con la detenzione fino a tre anni e facoltativa per reati puniti nel massimo con reclusione fino a cinque anni). Sebbene, tuttavia, un'apposita commissione avesse predisposto in proposito una bozza di legge delega (che contemplava la possibilità di associare a simile pena prescrizioni tali da consentire attività lavorative o di studio al di fuori del luogo di abitazione), il governo scelse di non esercitare la delega.

La detenzione domiciliare rappresenta un istituto dalle caratteristiche complesse: certamente evita la permanenza in carcere, ma finisce per risultare molto onerosa per chi non disponga di un'abitazione confortevole o non viva relazioni familiari serene: salvo che siano disposte limitazioni, come aveva previsto la richiamata commissione, al dovere di non lasciare in alcun caso il luogo di dimora. Motivi per i quali, fra l'altro, rende forte la tentazione di una pur temporanea evasione, risultando quest'ultima facilmente praticabile, con le relative conseguenze.

Si deve considerare, inoltre, che la detenzione domiciliare risulta conveniente, dal punto di vista economico, per lo Stato, in quanto non implica oneri a suo carico. Del resto, lo stesso supporto rieducativo del servizio sociale nei confronti di chi sconti la detenzione in casa rischia di ridursi ai minimi termini.

Un'eventualità da considerare potrebbe essere, inoltre, l'**obbligo di permanenza presso strutture riabilitative del privato sociale**, come alcune organizzazioni hanno proposto: fermo in ogni caso il fatto che non potrebbero competere a simili organizzazioni poteri di natura coercitiva.

e) Quale problema in parte a sé stante si pone, poi, l'esigenza di una riconsiderazione complessiva, anche in termini di collocazione sistematica, del ruolo della **confisca**.

L'introduzione di pene principali non detentive richiederebbe, in ogni caso, di definire in un senso non più meramente quantitativo, riformulando l'art. 133 c.p., i criteri di determinazione giudiziaria della pena, salvaguardando la legalità dei provvedimenti e la garanzia di limiti applicativi rispetto alle caratteristiche del fatto colpevole (vale a dire, i **criteri della discrezionalità giudiziaria** nel rapporto con il legislatore). Col fine dunque di

concretizzare, in relazione a ciascun singolo caso, la strategia preventiva indicata dalla legge, che si vorrebbe ispirata all'orientamento costituzionale di una prevenzione reintegratrice.

Si dovrebbe riflettere, poi, circa le **conseguenze delle violazioni** riguardanti le pene non detentive, cercando di evitare un ritorno troppo automatico, in seconda battuta, alla detenzione,

Inoltre, si tratterebbe di valutare, fra molto altro, in quale misura le pene non detentive possano concorrere tra loro, se sia opportuno mantenere un'autonomia delle pene accessorie (artt. 28 ss. c.p.), quale debba essere il loro rapporto delle pene non detentive con la sospensione condizionale ed, eventualmente, con le pene accessorie, se debba conservarsi il distinguo, con i relativi riflessi sul piano sanzionatorio, fra delitti e contravvenzioni.

2. La necessità di riorganizzare secondo un disegno sistematico gli **strumenti di definizione anticipata del processo** a contenuto sostanziale, strumenti che peraltro potrebbero avere, a loro volta, anche un utilizzo autonomo sul piano sanzionatorio. Vengono in considerazione in particolare:

a) La **messa alla prova**.

b) La **mediazione penale**, quale forma tipica della giustizia riparativa (*restorative justice*) intesa in senso stretto: risorsa che potrebbe assumere rilievo anche nella fase di esecuzione di una pena detentiva, oppure come strumento attivabile, con finalità deflattive in caso di esito favorevole, prima dell'attivazione di un processo penale (specie con riguardo a determinate tipologie del reato colposo).

Si tenga conto, a tal proposito, della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia riparativa, adottata il 3 ottobre 2018: «*La giustizia riparativa può essere utilizzata in ogni fase del procedimento penale. Ad esempio, può essere associata a una forma di diversione dall'arresto, dall'esercizio dell'azione penale o dal perseguimento penale del fatto, può essere usata congiuntamente all'archiviazione di polizia o giudiziaria, può intervenire prima o parallelamente al perseguimento penale del fatto, può collocarsi tra l'accertamento di responsabilità e la comminazione di una pena, può costituire parte di una pena o intervenire dopo la comminazione o l'espiazione della stessa*» (si veda anche la Direttiva 2012/29/UE sulle vittime di reato).

c) La **condotta riparativa**, non necessariamente limitata a dimensioni riparatorie e ripristinatorie, ma suscettibile di implicare un impegno personale avente significato riparativo: risorsa che andrebbe inquadrata nel quadro dei molteplici casi in cui lo stesso diritto penale vigente dà rilievo estintivo o attenuante all'attivazione di condotte riparative (al c.d. *diritto riparato*) e che, a sua volta, potrebbe risultare significativa anche nella fase di esecuzione delle varie tipologie sanzionatorie e, dunque, della stessa pena detentiva.

3. Il dovere di **estendere l'impegno riformatore anche alla pena detentiva**, e in particolare alle attuali detenzioni di lunga durata (cercando peraltro di evitare altresì le esecuzioni, tuttora numerose, di pene detentive brevi: v. *infra*).

È interessante premettere in proposito alcuni dati, a fine 2019, forniti dal garante nazionale per i detenuti. Nonostante il decremento realizzatosi per un certo tempo con i provvedimenti (v. *supra*) motivati dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU (2013) in tema di sovraffollamento penitenziario, siamo tornati a un numero di **presenze giornaliere in carcere** superiore alle 60.000 unità (pari a 102 reclusi ogni 100.000 abitanti, rispetto ai 78 della

Germania), di cui il 67% di nazionalità italiana, il 5% di stranieri dell'Unione europea e il 28% di c.d. extracomunitari (il 129,40% rispetto ai posti disponibili). Risulta statisticamente altissimo (di quindici/venti volte più elevato rispetto a quello riscontrabile in ambito sociale) il **numero dei suicidi** (53 detenuti nel 2019, numero da leggersi anche in rapporto a quello, superiore, dei tentati suicidi). I detenuti che stanno scontando pene, o residui di pena, inferiori a tre anni sono circa 21.000. Va tenuto presente, inoltre, che circa un terzo dei detenuti si trovano in carcere a titolo di custodia cautelare e che, di essi, quasi 10.000 sono in attesa del primo giudizio.

Ovviamente, si tratta di considerare in primo luogo, rispetto a molti degli attuali livelli sanzionatori edittali, se essi rispondano effettivamente a requisiti di necessità dal punto di vista preventivo, o se invece assumano una funzione di carattere simbolico, dinnanzi all'opinione pubblica (si pensi, per esempio, ai segnalati livelli sanzionatori raggiunti nell'ambito della responsabilità colposa o ai molteplici aumenti cui si è assistito dei minimi edittali). Ciò a parte, si tratta non escludere per alcun detenuto la percorribilità di un iter rieducativo e, dunque, la realistica possibilità di una reintegrazione sociale. Presunzioni, nella pratica, di non rieducabilità, d'altra parte, finiscono per risultare controproducenti, come si è illustrato, anche dal punto di vista generalpreventivo.

Ne deriva l'esigenza di riflettere soprattutto sulle **pene di lunga durata** – con particolare riguardo a quelle che, in forza degli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit., danno luogo a forti limitazioni della summenzionata possibilità – e sullo stesso **ergastolo** (i detenuti in regime di 41-*bis* o reclusi in sezioni ad alta sicurezza sono più di 10.000).

La strada potrebbe ricercarsi nel prevedere un riesame obbligatorio a un certo punto dell'esecuzione, e impregiudicata l'applicabilità delle misure alternative, circa il sussistere o meno di una persistente pericolosità del condannato, riesame dal quale possa dipendere l'anticipazione del fine pena (eventualmente subordinandolo a forme di controllo anche elettronico della persona rimessa in libertà).

Si tratta di un orientamento in sostanza fatto proprio anche dalla commissione Pisapia di riforma del codice penale (2008) e dalla commissione Palazzo di riforma del sistema sanzionatorio penale (2014) nell'affrontare il problema dell'ergastolo: la prima prevedendo una pena «di massima durata» (da 28 a 32 anni, dilatabili fino a 38 anni in caso di concorso) e, nel contempo, che la durata della medesima possa essere significativamente ridotta «a seguito di verifiche periodiche dei risultati dell'osservazione della personalità del condannato»; la seconda limitando l'ergastolo al concorso di delitti puniti con la pena, ivi contemplata, della reclusione speciale (da 24 a 28 anni) e prevedendo la sua estinzione dopo trent'anni (tenuto conto degli eventuali effetti di misure alternative), «salvo che sussistano esigenze di prevenzione speciale accertate dal tribunale di sorveglianza, le quali dovranno essere rivalutate con periodicità almeno annuale».

Si rammenti, a tal proposito, che la Corte EDU subordina la compatibilità dell'ergastolo con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo al fatto che dopo un certo numero di anni, non superiore a venticinque, venga valutato se sia stata conseguita la rieducazione dell'ergastolano, onde consentire, in tal caso, la sua liberazione.

A proposito, soprattutto, delle pene detentive, non può non rimarcarsi, da ultimo, l'esigenza di una rimediazione complessiva del sistema delle **circostanze aggravanti**, che ormai sfugge a qualsiasi logica: potendo comportare aumenti macroscopici dei carichi

sanzionatori, anche in forza della frequente preclusione del giudizio di equivalenza o prevalenza fra circostanze eterogenee, di cui all'art. 69 c.p. (v. *infra*).

Tra gli irrigidimenti intervenuti in generale nel sistema sanzionatorio va segnalato, del resto, quello certamente minore, ma pur sempre significativo, introdotto con l. n. 3/2019, il quale, introducendo il co. 7 dell'art. 178 c.p., ha stabilito che la **riabilitazione** (concedibile di regola dopo tre anni dall'estinzione o dalla fine dell'esecuzione della pena, in base alla buona condotta) non produce effetti sulle pene accessorie perpetue, salva la possibilità della loro estinzione, sempre sulla base della buona condotta, «*decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione*» medesima.

2.12. Il sistema del doppio binario e le misure di sicurezza.

Per completare lo sguardo sul sistema sanzionatorio, dobbiamo ora tener presente che il codice penale introdusse, nel 1930, il c.d. **sistema del doppio binario**, composto, come ben sappiamo, di **pene**, ispirate alla Scuola retributiva classica, e **misure di sicurezza**, ispirate alla Scuola positiva e caratterizzate dal carattere indeterminato della loro durata, che si estende, salvo quanto diremo poco oltre, fino al venir meno della pericolosità sociale (v. *infra*) del soggetto cui siano applicate (art. 207 c.p.), in base al riesame della medesima (art. 208 c.p.), che compete al magistrato di sorveglianza (art. 69, co. 4, ord. penit.).

Anche le misure di sicurezza hanno carattere detentivo o non detentivo (v. gli artt. 215 ss.) e vengono disposte già nel momento della condanna, sulla base dei presupposti di cui subito diremo. Definite dal codice penale, al titolo VIII del libro I, come misure *amministrative* di sicurezza, restano dunque di competenza dell'autorità giudiziaria.

Sono applicate dopo l'esecuzione della pena, per i soggetti imputabili, o autonomamente per i soggetti non imputabili, sulla base dei seguenti **presupposti**, ex art. 202, co. 1, c.p.:

a) La commissione di un reato (o più precisamente, circa il non imputabile, di un reato carente di uno degli elementi propri della colpevolezza). Con l'eccezione relativa all'applicabilità, ex art. 202, co. 2, c.p., della misura di sicurezza nei confronti di soggetti imputabili non autori di reato: si tratta delle ipotesi di reato impossibile, ai sensi dell'art. 49, co. 4, c.p., e del mero accordo per la commissione di un delitto o dell'istigazione non accolta a commettere un delitto, ai sensi dell'art. 115, co. 2 e 4, c.p., vale a dire delle c.d. **ipotesi di quasi-reato**).

b) La pericolosità sociale del soggetto agente, il quale è considerato pericoloso ex art. 203, co. 1, c.p. «*quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato*», caratteristica, questa, che dovrebbe essere desunta «dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p.» (art. 203, co. 2, c.p.).

A tal proposito si consideri l'**abolizione di tutti i casi in cui la pericolosità poteva essere presunta dalla legge**, ai sensi dell'abrogato art. 204 c.p.: secondo, infatti, l'art. 31 l. n. 663/1986 «*tutte le misure di sicurezza personale sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa*».

La suddetta abolizione ha avuto l'effetto, dunque, di far dipendere sempre il ricorso a misure di sicurezza da un giudizio in concreto del giudice sulla pericolosità dell'agente di reato, così che l'applicazione in sentenza, per i soggetti imputabili, di una misura di

sicurezza da eseguirsi dopo l'esecuzione della pena (per i casi di cui agli artt. 216-218, **l'assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro**: artt. 216-218 c.p.) è divenuta sostanzialmente discrezionale e, in effetti, alquanto rara (stante, come già si era avuto occasione di osservare, l'insostenibilità, in base all'art. 27, co. 3, Cost, di una funzione *rieducativa* della pena da riferirsi alla sola misura di sicurezza; e stante, altresì, l'esigenza di evitare che l'intervento sanzionatorio configuri, di fatto, una doppia punizione, vale a dire un *bis in idem* sostanziale).

Il che vale anche rispetto ai casi in cui è prevista come obbligatoria l'applicazione, quale misura di sicurezza non detentiva, della **libertà vigilata** ai sensi dell'art. 230, c.p. (salva l'ipotesi a sé stante di cui al n. 2, sul quale v. *supra*, che concerne la liberazione condizionale): in particolare, rispetto al caso in cui sia stata «*inflitta la pena della reclusione non inferiore a dieci anni*» (n. 1); essendo invece previsti all'art. 229 c.p. i casi in cui il ricorso alla libertà vigilata è facoltativo.

Ulteriore disposizione significativa, in materia, è quella di cui all'art. 215 c.p.: «*quando la legge stabilisce una misura di sicurezza senza indicarne la specie, il giudice dispone che si applichi la libertà vigilata (artt. 228-230 c.p.), a meno che, trattandosi di un condannato per delitto, ritenga di disporre l'assegnazione di lui a una colonia agricola o ad una casa di lavoro*».

L'ambito applicativo del tutto prioritario, oggi, relativo all'applicazione delle misure di sicurezza è costituito pertanto, oggi, dagli **autori di reato non imputabili**, vale a dire non capaci di intendere e di volere ai sensi dell'art. 85 c.p., e pertanto non punibili, ove ritenuti dal giudice socialmente pericolosi.

In particolare, l'art. 222 c.p. prevede nei confronti dell'autore di delitto doloso punibile con pena detentiva non inferiore a due anni, ove prosciolto per infermità psichica e ritenuto socialmente pericoloso, il ricovero in un **ospedale psichiatrico giudiziario**: l'art. 3-ter, co. 4, d.l. 211/2011, come in seguito ripetutamente modificato, ha peraltro stabilito che «**dal 31 marzo 2015 gli ospedali psichiatrici giudiziari sono chiusi** e le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2 [le c.d. **R.E.M.S., Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza**], fermo restando che le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale».

L'art. 3-ter, comma 4, del d.l. n. 211/2011, prevede peraltro, in conformità a Corte cost. n. 223/ 2003, che il giudice può disporre il **ricovero** in un ospedale psichiatrico giudiziario (o in una casa di cura e custodia per i semimputabili, *ex* artt. 221 e 89 c.p.) – ora R.E.M.S. – **solo quando «siano acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa [e dunque, in particolare, la libertà vigilata] non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla pericolosità sociale».**

L'art. 1, comma 1-*quater*, del d.l. n. 52/2014, conv. in l. n. 81/2014, ha inoltre previsto che «**le misure di sicurezza detentive** [pur rimanendo indeterminato, nella sentenza che ne ordina l'esecuzione, il loro protrarsi nel tempo: v. *supra*] **non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima**», secondo i criteri di cui all'art. 278 c.p.p.

Per quanto concerne, infine, i **minorenni**, l'art. 36 d.P.R. n. 448/1988 dispone che la misura di sicurezza del ricovero in un *reformatorio giudiziario*, ad essi applicabile *ex* art. 223

c.p., sia eseguito nella forma del **collocamento in comunità**, previsto (come misura cautelare) dall'art. 22 d.P.R. 448/1988, e che, del pari, la misura di sicurezza della *libertà vigilata* ove applicata a minorenni (artt. 223-225 d.P.R. n. 448/1988) sia eseguita nelle forme delle **prescrizioni comportamentali e della permanenza in casa**, previste (come misure cautelari) dagli artt. 20 e 21 d.P.R. n. 448/1988. In nessun caso, si è precisato in giurisprudenza, sono applicabili ai minorenni misure di sicurezza di altra natura.

L'orientamento riformistico oggi prevalente è quello inteso a superare in maniera totale l'applicabilità delle misure di sicurezza agli agenti di reati imputabili. Resta però il problema di come intervenire, in particolare, nel caso in cui sia riscontrato, per esempio mediante un'intercettazione, l'accordo per commettere un delitto grave non ancora trasformatosi in tentativo (esclusa una misura di sicurezza, rimarrebbe solo il ricorso a misure di prevenzione). Inoltre, si potrebbe valutare se il ricorso a una misura di sicurezza non detentiva possa eventualmente costituire strumento idoneo a ridurre la durata massima delle pene detentive (v. *supra*), applicandola o dopo il fine pena, o dopo una certa fase di esecuzione, come del resto già accade per la liberazione condizionale in quanto implica l'attivazione della libertà vigilata.

Circa gli autori di reato non imputabili, ma ritenuti socialmente pericolosi, resta da chiedersi se sia opportuno mantenere nell'ambito penalistico la competenza relativa all'intervento nei loro confronti (ancorché oggi i trattamenti sanitari necessari siano affidati al servizio sanitario nazionale) o se si possa pensare a una gestione extrapenalistica del medesimo intervento, che comunque assicuri livelli adeguati di controllo per fini di tutela sociale.

2.13. Il problema delle misure di prevenzione.

Quanto detto impone un rapido richiamo, per ragioni sistematiche, alle **misure di prevenzione** e dunque, essenzialmente, al ruolo del **d.lgs. n. 159/2011 (codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione)**, di cui si segnalano, in particolare, gli artt. 1-6, 8, 15, 16, 18-20, 24, 25, 31-34, 67, 71).

Tali provvedimenti, la cui consistenza numerica risulta di notevolissimo rilievo, incidono sui diritti dei destinatari, esclusa la privazione della libertà personale, ma **non presuppongono la commissione di un reato**: diversamente, pertanto, dalle pene e dalle misure di sicurezza (salva solo l'eccezione costituita dai c.d. quasi-reati: v. *supra*).

Emerge dunque il problema relativo agli elementi di fatto che siano idonei a costituire un presupposto sufficientemente determinato, e suscettibile di prova, per attestare la pericolosità dei destinatari, evitando di sconfinare in giudizi di mero sospetto o inerenti alla personalità. Da cui i ricorrenti interrogativi circa la costituzionalità delle singole misure.

Alcune delle misure di prevenzione personali sono applicate dall'autorità amministrativa di polizia, vale a dire dal questore (*avviso orale, foglio di via obbligatorio*); mentre quelle maggiormente incidenti sulla libertà personale sono applicate dall'autorità giudiziaria, vale a dire dal tribunale (*sorveglianza speciale, divieto e obbligo di soggiorno*).

Le misure di prevenzione **personali** (titolo I, l. n. 159/2011: artt. 1 ss.) si distinguono, sulla base di una reciproca autonomia, da quelle **patrimoniali** (titolo II, l. n. 159/2011: artt. 16 ss.),

secondo la sequenza di *sequestro* (art. 20) e *confisca* (art. 24, v. *supra*). A quest'ultimo proposito si segnala come il titolo III della medesima normativa (artt. 35 ss.) riguardi «*l'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati*».

Disposizioni in materia di misure di prevenzione e, in genere, di prevenzione della criminalità di tipo mafioso (peraltro anche con previsione di specifici reati) restano nondimeno ricomprese anche in testi normativi antecedenti, fra i quali si segnala, anche per il ruolo pionieristico storico che all'epoca assunse e che costò la vita al proponente on.le La Torre, la legge n. 646/1982 (c.d. Rognoni-La Torre).

2.14. Illecito penale e illecito amministrativo.

Per concludere l'approccio al sistema sanzionatorio penale è necessario, anche con riguardo alle prospettive di riforma, chiarire il rapporto tra reato e illecito amministrativo.

Si deve muovere, in proposito, dalla constatazione per cui il diritto penale costituisce un ambito del diritto pubblico: **l'inflizione della pena, anzi, rappresenta la massima espressione del potere di ingerenza dello Stato nella sfera dei diritti individuali**, posto che può implicare la privazione della libertà personale. Ed è questa la ragione per cui, eccezionalmente, **tale potere non è esercitato da organi amministrativi** (cioè dal potere esecutivo), **ma in via diretta dal potere giudiziario**: per cui se contro un atto amministrativo è sempre possibile, sussistendone i requisiti, il ricorso a un giudice, contro un provvedimento giudiziario penale dovrà essere sempre possibile, del pari, il ricorso a un grado superiore di giudizio.

La **distinzione fra illeciti penali e illeciti amministrativi attiene in primo luogo, pertanto, al fatto che i reati sono accertati dal giudice penale**, secondo gli strumenti di indagine, ma anche secondo le garanzie per l'indagato e l'imputato, propri del processo penale, mentre gli illeciti amministrativi sono accertati, per l'appunto, in sede amministrativa, in conformità ai principi e alle regole specificamente previsti in generale, per essi, nella prima parte della **legge n. 689/1981 (che ha ricompreso anche un ampio provvedimento di depenalizzazione**, termine col quale si indica la trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi).

La suddetta differenza non riguarda essenzialmente, quindi, le sanzioni applicabili, in quanto anche il diritto penale può applicare, come quello amministrativo, sanzioni non detentive (sebbene in Italia ciò resti limitato, per ora, ai reati di competenza del giudice di pace): resta tuttavia fermo che **solo il diritto penale può prevedere pene restrittive della libertà personale**.

Il ricorso all'illecito amministrativo ha conosciuto, negli ultimi decenni, un notevolissimo incremento, favorito anche dall'estrema ristrettezza della gamma delle sanzioni penali. La configurazione concreta di tali illeciti e delle relative sanzioni, le quali non trovano una delimitazione tipologica come quella di cui all'art. 17 c.p., si è dunque rivelata particolarmente duttile, rispetto a molte esigenze nuove del controllo legislativo su attività complesse, specie di rilievo economico.

Ma proprio per questo la **Corte europea dei diritti dell'uomo**, fin dalla sentenza *Engel* dell'8 giugno 1976 (ma v. anche, in tema di retroattività, Corte cost. n. 109/2017) ha

individuato **criteri per un'individuazione di natura sostanziale degli illeciti penali**: autonoma, dunque, dal fatto che essi siano eventualmente qualificati come amministrativi nel diritto di un dato Paese.

Con ciò volendosi evitare che illeciti di quest'ultimo tipo – ove, per entità sanzionatoria o altre caratteristiche, rientrino nei suddetti criteri – rimangano privi di garanzie fondamentali in ambito penale, e in particolare di quelle previste dall'art. 7 CEDU (principio di legalità).

2.15. La responsabilità amministrativa degli enti a seguito di reato.

A quanto detto deve aggiungersi un breve cenno (la materia, come ben si sa, è alquanto complessa) – circa la particolare tipologia di illecito amministrativo (v. *supra*) del quale rispondono gli enti giuridici di cui all'art. 1 d.lgs. n. 231/2001 (**responsabilità da reato degli enti**), quando un **reato** sia stato **commesso da persone fisiche che rivestano**, in essi, **posizioni apicali** («*persone che rivestono posizioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale, nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*») o **non apicali** («*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza*») dei soggetti apicali, **nell'interesse o a vantaggio** (espressione quest'ultima che dovrebbe ricomprendere i benefici provenienti da illeciti colposi) **dell'ente medesimo**, secondo quanto disposto dall'art. 5 del decreto medesimo.

Si tratta di tutti gli enti forniti di personalità giuridica e, inoltre, delle società e associazioni anche prive di personalità giuridica (art. 1, co. 2), esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (art. 1, co. 3).

Gli enti in oggetto possono dunque rispondere sia degli illeciti amministrativi ordinari, posto che la responsabilità per gli stessi non è, in linea di principio, limitata alle persone fisiche, sia dei suddetti illeciti amministrativi derivanti da reato.

«*La competenza a conoscere*» questi ultimi, così si esprime l'art. 36, co. 1, d.lgs. n. 231/2001, «*appartiene – peraltro – al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono*», applicandosi in quanto compatibili, oltre alle norme procedurali specifiche di cui al capo III del decreto legislativo in oggetto, le norme del codice di procedura penale (art. 34).

La qualificazione *amministrativa* della responsabilità per reato dell'ente è dipesa essenzialmente dal timore di un'attribuzione diretta della responsabilità penale a un soggetto diverso dalla persona fisica, attribuzione della quale si temeva un possibile contrasto con la lettura tradizionale dell'art. 27, co. 1, Cost. La soluzione adottata, tuttavia, ha anche risvolti teorici, in quanto esclude l'automatica applicabilità in materia dell'intera gamma dei principi penalistici ove non richiamati: sebbene si debba tener conto, in proposito, della menzionata giurisprudenza proveniente dalla Corte EDU.

La *ratio* della previsione sta soprattutto nell'esigenza di evitare che i soci o comunque i membri di un ente beneficino in via indiretta (a parte le conseguenze derivanti per l'ente dall'eventuale risarcimento civilistico del danno da reato) dei vantaggi che l'ente abbia conseguito in modo illecito, nel caso in cui del reato commesso a beneficio dell'ente

rispondano solo le persone fisiche responsabili. Si tratta di evitare, in altre parole, che manchi un interesse di quei soci o di quei membri ad adoperarsi per impedire possibili attività lucrative penalmente illecite poste in essere, per l'utile economico dell'ente, da amministratori, dirigenti o dipendenti.

Né si potrebbe dire che verrebbe a configurarsi, in questo modo, una responsabilità oggettiva di tali soggetti: del reato risponde l'ente, sulla base dei criteri di cui al d.lgs. n. 231/2001, mentre le conseguenze indirette per i soci di tale responsabilità, sul piano della remunerazione del capitale investito, fanno parte del rischio intrinseco a qualsiasi investimento in danaro (non si vede perché quel rischio, indiscutibile rispetto a vicende di mercato o all'eventuale inadeguatezza dei soggetti preposti al governo e, in genere, alle attività di un'impresa, non dovrebbe invece sussistere rispetto a eventuali comportamenti illeciti dei medesimi soggetti, nominati dai soci o assunti dall'ente medesimo). E considerazioni in parte analoghe possono valere per i membri di enti non costituiti in forma societaria.

Tuttavia, attraverso l'introduzione di simile responsabilità e, insieme, delle condizioni in presenza delle quali l'ente può sottrarsi alla medesima, l'ordinamento giuridico mira principalmente a promuovere un'**attività di autocontrollo da parte di ciascun ente, finalizzata alla prevenzione dei reati che possano essere compiuti nell'ambito della sua attività.**

A questo fine il d.lgs. n. 231/2001 auspica la previsione da parte degli enti di cui sopra, raccolta dalla quasi totalità degli enti interessati, di **modelli di organizzazione e di gestione** (i cui compiti possono peraltro essere assolti, negli enti di piccole dimensioni, dall'organo dirigente) il cui funzionamento e il controllo sul cui rispetto siano affidati a un **organismo interno di vigilanza**, «dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo» (art. 6): in modo tale per cui l'ente non risponde dei reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti apicali se prova che i suddetti adempimenti sono avvenuti, che non vi è stata «*omessa o insufficiente vigilanza*» da parte del menzionato organismo e, soprattutto (incombenza tutt'altro che semplice), che «*le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione*». Si tratta di una (gravosa) *inversione dell'onere della prova* a fini di **esclusione della responsabilità**, nell'ambito di un sistema che ha qualche analogia con i *compliance programs* tipici, in materia, del sistema statunitense.

Meno impegnativi risultano i requisiti per l'esonero dell'ente da responsabilità nel caso in cui i reati siano stati commessi da soggetti non apicali: «*l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o di vigilanza*», ma tale inosservanza non sussiste se è stato previamente attuato, in modo efficace (secondo i requisiti di cui al co. 4) il modello organizzativo predetto (art. 7).

I modelli a finalità preventiva devono rispondere, per essere considerati idonei (profilo questo particolarmente delicato i fini della valutazione giudiziaria), a uno schema non dissimile da quello che già abbiamo incontrato nella disciplina per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, implicante l'individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati e, su questa base, delle modalità idonee a impedirne la commissione, anche attraverso un sistema disciplinare e canali di segnalazione delle condotte illecite (art. 2, co. 2 e ss.).

Si noti che l'ente risponde, *ex art. 8*, anche quando «*l'autore del reato non è stato identificato*» (oppure, cosa rara, «*non è imputabile*»). Non si tratta, peraltro, di una responsabilità oggettiva: occorre la prova del sussistere di tutti gli elementi, anche di natura soggettiva, del reato commesso senza dubbio da uno dei soggetti apicali o non apicali di cui all'art. 1, in assenza, tuttavia, della possibilità di identificare la specifica persona responsabile. Del pari, l'ente risponde anche quando il reato si estingue per una causa diversa dell'amnistia (per esempio, in caso di morte della persona fisica responsabile).

La responsabilità dell'ente non si estende, peraltro, **a tutti i reati** commessi, dai soggetti predetti, nel suo interesse o a suo vantaggio (ma un'evoluzione in questo senso potrebbe aversi in futuro), bensì soltanto ai reati per i quali viene prevista espressamente agli artt. 24 ss., secondo le molteplici integrazioni succedutesi dopo le prime ipotesi, di cui agli artt. 24 e 25, in adempimento di obbligazioni sovranazionali. La selezione dei reati rilevanti desta peraltro varie perplessità. È contemplata, per esempio, la responsabilità per omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime colpose conseguenti alla violazione delle norme antinfortunistiche (art. 25-*septies*), ma non per i reati di violazione di queste ultime norme: il che, a fini di prevenzione, risulterebbe assai più significativo a fini di prevenzione. D'altra parte, non è ben comprensibile la stringente necessità, come già si rilevava, del rilievo attribuito (art. 25-*quater*) al delitto di mutilazione degli organi genitali femminili, di cui all'art. 583-*bis* c.p. L'ultimo inserimento (art. 25-*quinquiesdecies*, *ex art. 39* d.l. n. 124/2019, conv. in l. n. 157/2019) riguarda delitti in materia tributaria (v. *infra*). Si segnala, peraltro, che ai sensi dell'art. 10 l. n. 146/2006 la responsabilità per reato degli enti si estende, con modalità fra loro diverse, anche ai *reati transnazionali*, così come definiti dall'art. 3 della medesima legge.

Le **sanzioni**, ovviamente non detentive, applicabili agli enti per i reati in oggetto sono costituite, *ex art 9* d.lgs. n. 231/2001, dalla sanzione pecuniaria, dalle sanzioni interdittive, dalla confisca e dalla pubblicazione della sentenza (art. 9). Tra di esse, quelle più temibili sono le sanzioni interdittive, di cui la forma più grave consiste nell'interdizione dall'esercizio dell'attività (con possibile nomina alternativa, tuttavia, di un commissario giudiziale, *ex art. 15*).

Le sanzioni diverse da quella pecuniaria, che si applica sempre (art. 10, co. 1), devono essere specificamente previste per i diversi reati.

La sanzione pecuniaria, si noti, **viene applicata** (a differenza della pena pecuniaria) **per quote** (di entità ricompresa tra 258 e 1549 euro), in numero non inferiore a 100, né superiore a mille (art. 10), secondo i criteri di commisurazione indicati dall'art. 11, che attribuiscono rilievo anche alle «*condizioni economiche e patrimoniali dell'ente*»: con possibile riduzione dell'entità ai sensi dell'art. 12, che dà rilievo fra l'altro, in senso premiale, all'aver scelto di adottare, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il modello organizzativo del quale s'è detto.

La **confisca** del prezzo o del profitto del reato, fatta salva la parte restituibile al danneggiato e i diritti acquisiti dai terzi in buona fede, è prevista come **obbligatoria, anche nella forma per equivalente** (art. 19).

L'ente è punito, *ex art. 26*, anche nel caso di delitto tentato, salvo che abbia impedito il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento (si supera, cioè, la distinzione di cui all'art. 56 c.p. tra tentativo incompiuto e recesso attivo).

3.1 Il rilievo del bene giuridico in rapporto ai poteri del legislatore penale.

Ultimato lo sguardo sul sistema sanzionatorio penale, va spesa qualche parola circa la costruzione delle fattispecie (i reati) per le quali sono previste sanzioni di tipo penale, vale a dire le sanzioni maggiormente limitative dei diritti individuali. Il che risulterà utile nel successivo approfondimento di ulteriori previsioni incriminatrici significative.

Orbene, il fatto che la competenza a introdurre o modificare le fattispecie di reato compete al legislatore, come diremo, in base al principio di riserva di legge, *ex art. 25 Cost.*, non implica che il legislatore stesso possa agire, in materia, secondo un totale arbitrio.

Fin dall'ottocento, infatti, la dottrina penalistica ha cercato di individuare, com'è ben noto, criteri sostanziali onde circoscrivere l'utilizzabilità dello strumento penale, date le caratteristiche delle sue modalità d'intervento.

Ciò in quanto **il diritto penale** costituisce espressione particolarmente delicata, come s'è appena rammentato, della potestà pubblica di obbligare, in quanto, applicando *pene*, si manifesta come «**arma a doppio taglio**» (così, più di un secolo fa, il penalista tedesco Franz von Lizst), che tutela beni di rilievo giuridico, sacrificando a sua volta beni giuridici fondamentali, e in particolar modo la libertà personale.

Da questa presa d'atto deriva, com'è ben noto, la c.d. **teoria del "bene giuridico"**: elaborazione di matrice liberal-garantista, in quanto finalizzata a *pre-selezionare* i beni suscettibili di essere tutelati penalmente dal legislatore: lo potranno essere, in tal senso, soltanto beni *fondamentali* ai fini della convivenza civile, cioè attinenti, in via diretta o indiretta, alla salvaguardia dei diritti umani inviolabili e tali che la loro offesa risulti suscettibile di un accertamento materiale.

Si comprende allora come la teoria del bene giuridico, assumendo una funzione limitativa dei poteri coercitivi dello Stato in quella che costituisce la loro massima espressione, sia stata fortemente avversata da parte dei regimi totalitari (si fa comunemente cenno, in proposito, alla critica virulenta operata verso di essa, negli anni trenta del novecento, dalla c.d. scuola di Kiel, vale a dire dai giuristi di ispirazione nazionalsocialista della università di tale città tedesca).

Ma si comprende altresì l'inadeguatezza, rispetto ai fini sopra esposti, della c.d. concezione *metodologica* del bene giuridico dominante in Italia all'epoca dell'introduzione del codice Rocco, nel quadro del c.d. orientamento tecnico-giuridico: tale concezione si configurava infatti come orientata alla mera catalogazione a posteriori dei beni giuridici (per lo più definiti come *interessi tutelati*) che il legislatore aveva (già) scelto di proteggere attraverso le norme penali.

Anche per questo risulta importante l'elaborazione condotta negli anni settanta del secolo scorso dal prof. Franco Bricola, rivolta a identificare i **beni** giuridici penalmente tutelabili con quelli **di rango costituzionale**, vale a dire con quelli di rango paragonabile (in un sistema fondato sulla condanna detentiva) al rango della libertà personale, oggetto dell'art. 13 Cost.: se la pena incide su diritti costituzionali del condannato, e in particolare sulla sua libertà personale, allora la previsione di un reato potrà riguardare a sua volta,

secondo tale elaborazione, soltanto la tutela di beni aventi rango costituzionale analogo a quello dei beni sui quali la pena incide.

La debolezza della teoria del bene giuridico, infatti, era sempre stata quella di non esser in grado di delimitare in modo preciso l'ambito dei beni fondamentali oltre i cui confini non potrebbe estendersi la tutela di tipo penale; al che deve aggiungersi il fatto che simile teorizzazione non appariva facilmente riconducibile a principi sovraordinati vincolanti per il legislatore.

L'approccio del professor Bricola, pertanto, ha avuto il merito di rendere possibile, in linea di principio, sollevare la questione di costituzionalità di un certo reato – per contrasto, in particolare, con l'art. 13 Cost. – nel caso in cui quel reato risulti finalizzato alla tutela di un bene di rango eccessivamente modesto rispetto a quello del bene sul quale la pena, ove applicata, inciderebbe.

Va nondimeno riconosciuto che lo stesso riferimento ai beni costituzionali, per quanto concerne la riflessione in tema di bene giuridico, non risolve ogni problema: da un lato, infatti, è piuttosto facile reperire una copertura più o meno diretta nella Costituzione per le più svariate esigenze di tutela; dall'altro lato può accadere che beni per i quali oggi non si pone in discussione la rilevanza penale – si pensi per esempio all'ambiente – non trovino in realtà alcuna menzione esplicita, nella Carta fondamentale.

Ciononostante, la teoria del bene giuridico mantiene un rilievo orientativo fondamentale nell'approccio ai sistemi penali, tanto che i manuali penalistici più moderni si aprono proprio affrontando simile tema.

3.1.1. I principi di sussidiarietà o *extrema ratio* e di frammentarietà.

Come s'è detto, la teoria del bene giuridico riflette sui beni che, in astratto, potrebbero o meno costituire oggetto di tutela penale, ma non implica che per la tutela di quei beni (e comunque per ogni modalità di tutela di quei beni) si *debba* fare ricorso al diritto penale.

In linea di principio, infatti, il ricorso al diritto penale deve ritenersi ammissibile solo quando altri strumenti di tutela *meno invasivi* rispetto ai diritti individuali si manifestino insufficienti: ed è proprio questa esigenza che risulta espressa dal **principio di sussidiarietà o di *extrema ratio*** del diritto penale.

Appare peraltro piuttosto irrealistico – anche per esigenze di organicità e di messaggio del sistema, come pure per esigenze relative agli strumenti d'indagine – che determinati profili di tutela relativi a beni fondamentali possano fuoriuscire dall'ambito penale, almeno finché un diritto penale si dia: più che di *extrema ratio* del ricorso al diritto penale in quanto tale, pertanto, si dovrà parlare di ***extrema ratio* (o sussidiarietà) del ricorso alla pena detentiva** (potendosi ben ipotizzare, almeno per il futuro, sanzioni penali non detentive).

Si noti, per inciso, che nella Costituzione è presente un solo caso, quello concernente «ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni della libertà», con riguardo al quale si fa esplicito riferimento al *punire* (art. 13, co. 4, Cost.: v. anche *infra*).

Ciò rimanda a quello che dovrebbe costituire l'impianto complessivo, ovvero la **“piramide”, della politica criminale**, tale per cui si può passare a un livello successivo

dell'attivarsi, sociale e giuridico, per finalità di prevenzione delle offese ai beni fondamentali solo quanto il limitarsi al livello che precede non appaia sufficiente.

La parte più bassa della 'piramide' è costituita dai due livelli, che già conosciamo (v. *supra*), della prevenzione primaria:

- la dimensione politico-sociale ed educativo culturale;
- l'intervento giuridico, attraverso norme non penali, sui fattori che favoriscono la criminalità.

Invece la parte superiore della 'piramide', che attiene all'intervento sanzionatorio nei confronti di violazioni già perpetrate, ricomprende:

- la previsione di illeciti (e sanzioni) amministrativi (o di illeciti civili che prevedano sanzioni pecuniarie, ai sensi del d.lgs. n. 7/2016);
- la previsione di illeciti penali caratterizzati da sanzioni non detentive;
- la previsione di illeciti penali caratterizzati da sanzioni detentive.

Rimane fermo, peraltro, che anche quando si ritenga che le esigenze preventive richiedano il ricorso alla pena detentiva, dovranno pur sempre essere percorsi, per la tutela del bene interessato, anche i precedenti gradini della piramide (il contrasto della criminalità organizzata richiede pur sempre, per esempio, prevenzione primaria, e così via).

In questo quadro va inoltre tenuto presente il **principio di frammentarietà** del diritto penale, principio il quale indica, anzitutto, che non necessariamente il diritto penale tutela tutte le possibili forme di aggressione di un dato bene giuridico.

Inoltre, tale medesimo principio chiarifica che la sfera di ciò che risulta penalmente antiggiuridico risulta più ristretta rispetto a ciò che risulta antiggiuridico rispetto all'intero ordinamento (sul piano civile, amministrativo, ecc.) e altresì più ristretta, in ogni caso, rispetto a quanto sia da considerarsi riprovevole sul piano etico-sociale: sarebbe ben triste cosa, del resto, se una società considerasse riprovevole solo ciò che è penalmente vietato o che subisce una condanna penale!

3.2. Il rilievo del bene giuridico con riguardo all'attività del giudice

La riflessione sul bene giuridico, peraltro, assume interesse non soltanto rispetto alle scelte del legislatore penale, ma anche successivamente alle medesime, e dunque rispetto al giudice.

L'individuazione del bene tutelato dalla norma penale **può infatti favorire, anzitutto, l'attività interpretativa del giudice in senso restrittivo rispetto alla descrizione letterale della fattispecie di reato** (mentre **non sarebbe ammissibile l'operazione opposta**, vale a dire estendere da parte del giudice l'ambito applicativo della norma penale in considerazione di supposte esigenze ulteriori di tutela del bene giuridico che ai fini di tale norma assuma rilievo: posto che ciò si risolverebbe in una violazione del principio di legalità, sia con riguardo al canone della determinatezza, sia, soprattutto, sotto il profilo del divieto di analogia).

Se ne deduce che la funzione selettiva dell'ambito del punibile correlata al rilievo, in sede di giudizio, del bene giuridico che una data fattispecie di reato intenda tutelare viene resa

per gran parte vana ove si affermi che simile fattispecie abbia carattere plurioffensivo, cioè miri a tutelare nel medesimo tempo una serie variegata e assai discrezionalmente dilatabile di beni: **la categoria del reato plurioffensivo**, pertanto, **andrebbe evitata o, comunque, utilizzata con estrema parsimonia**.

Inoltre, la riflessione sul bene giuridico rileva, con riguardo al giudice, affinché possa trovare attuazione, in sede di giudizio, **il principio di "offensività"**.

Tale principio esprime l'esigenza che il giudice non si limiti, per punire, a constatare l'essersi verificato un accadimento storico corrispondente ai requisiti di una certa fattispecie di reato, ma accerti che si sia effettivamente realizzata, altresì, l'*offesa* – in termini di lesione o di messa in pericolo (v. *infra*) – del bene giuridico che il legislatore, attraverso quella fattispecie, intendeva tutelare.

Si abbia ben presente, comunque (v. *supra*), la differenza che sussiste fra fatto *inoffensivo* (manca il reato), fatto *tenue* ai sensi del cit. art. 131-*bis* c.p. (il reato sussiste ma non è punibile) e fatto non procedibile ai sensi degli artt. 35 d.lgs. n. 274/2000 o 27 d.P.R. 448/1988 (non viene proseguito l'iter processuale).

Il principio di offensività, tuttavia, non trova espressione esplicita nel codice penale italiano, a differenza di quanto avviene nei codici penali europei recenti, ed è stato fatto valere, nel nostro ordinamento, attraverso due strade:

- o desumendolo in via diretta dalla Costituzione (in particolare, dall'art. 13), e in tal modo argomentando nel senso per cui il diritto penale non può produrre, attraverso la pena, un'offesa di beni fondamentali (in primo luogo della libertà personale) ove non si sia verificata effettivamente l'offesa, da parte di chi sia punito, del bene giuridico che la norma trasgredita intenda tutelare;

- oppure individuando un appiglio codicistico positivo del suddetto principio facendo leva sul concetto di *inidoneità* dell'azione di cui all'**art. 49 c.p.** (*reato impossibile*: v. *infra*), che esclude il configurarsi del reato: su questa via intendendo tale concetto non (o non soltanto) come inidoneità materiale a cagionare l'evento in senso naturalistico (in antitesi all'idoneità degli atti richiesta dall'art. 56 c.p. per la configurabilità del tentativo), bensì (anche) come inidoneità a ledere il bene giuridico e, dunque, come *inoffensività* (c.d. **concezione realistica del reato**).

Deve rimaner per fermo, in ogni caso, che **il giudice non può operare un giudizio di offensività riferito a beni diversi da quello che il legislatore ha inteso tutelare mediante la fattispecie di reato della quale si discute**, ma deve soltanto verificare che il fatto posto in essere dal soggetto agente in conformità ai requisiti di tale fattispecie realizzi davvero l'offesa del bene giuridico che si voleva proteggere (p. es., non è offensivo il "furto" di pochi acini d'uva, perché ciò non comporta un'effettiva lesione del bene costituito dal patrimonio; non sono offensive espressioni formalmente diffamatorie, se si sta attribuendo in aula a qualche studente la commissione di un reato per ragioni di esemplificazione, oppure se tali espressioni avvengono nel contesto di una rappresentazione teatrale: non realizzandosi in tali casi alcuna offesa dell'onore altrui).

La precisazione è importante perché alcuni regimi totalitari consentivano al giudice, attraverso clausole generali inserite nei codici penali, di valutare ai fini della punibilità se un reato, poniamo un omicidio politico, fosse da ritenersi *non offensivo* con riguardo a supposti

interessi superiori dello Stato o a concetti simili;

Appare pertanto opportuno non utilizzare – con riguardo a fatti formalmente conformi alla descrizione normativa della fattispecie, ma non risultanti offensivi del bene che la medesima abbia inteso tutelare – la qualifica, cui talora s'è fatto ricorso, di fatti inoffensivi conformi al tipo, in quanto tale formula potrebbe lasciar intendere che si ammetta un giudizio sull'offensività riferito a interessi diversi dal bene di cui sopra: è corretto affermare, piuttosto, che in assenza di offensività manca il requisito stesso della tipicità del reato, per cui il fatto *non è tipico*.

Va in ogni caso osservato come **non risulti privo di rischi il derivare direttamente regole giuridiche dalla Costituzione**, in sede giurisprudenziale o anche da parte della Corte costituzionale, ove tali regole non siano espresse con sufficiente chiarezza nella costituzione medesima.

Ciò infatti rimanda al problema, già in precedenza sollevato, del c.d. **diritto vivente**, espressione con la quale ci si riferisce a casistiche circa le quali l'applicazione giudiziaria della legge penale fa insorgere il dubbio se, attraverso di essa, la giurisprudenza si spinga oltre i limiti di una corretta interpretazione delle norme, assumendo funzione creativa del diritto, in contrasto col principio di legalità.

Il rispetto del principio di legalità (v. *infra*) del resto, non può affatto ritenersi realizzato, come talora si afferma, sulla base di una mera prevedibilità delle sentenze in un dato contesto storico (concetto, oltretutto, quanto mai fluido ed esso stesso alquanto incerto), ma **richiede una prevedibilità delle sentenze** (degli esiti processuali) **alla luce del dato legislativo**, pur quanto si tratti di valutare situazioni in sé nuove rispetto a quelle immaginabili dal legislatore all'epoca di emanazione della norma incriminatrice.

Si parla talvolta, a sostegno del *diritto vivente*, di un avvicinamento dei sistemi di *civil law*, come quello italiano, ai sistemi di *common law*: ma si deve considerare, in proposito, che nell'ambito dei sistemi di *common law* il ruolo del giudice è assai più vincolato dal precedente giurisprudenziale di quanto oggi avvenga nel sistema penale italiano; né potrebbe trascurarsi il dato per cui negli stessi ordinamenti di *common law* l'ambito della legislazione penale scritta risulta ormai tutt'altro che marginale.

4.1. I diversi profili del principio di legalità.

Il principio liberal-garantistico fondamentale che attiene alla tutela di ciascun individuo nei confronti della potestà punitiva dello Stato è costituito dal **principio di legalità** (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), espresso sia dall'art. 25, co. 2, Cost. (il che lo rende inderogabile da parte di singole leggi), sia dall'art. 1, co. 1, c.p. (il che evidenzia come lo stesso codice penale italiano, promulgato all'epoca del totalitarismo fascista, non abbia voluto rinnegare la caratteristica più tipica degli ordinamenti punitivi di matrice liberale).

Tale principio si suddivide in quattro aspetti egualmente rilevanti:

1) Il **principio della riserva di legge**, in forza della quale l'introduzione di norme penali è riservata al potere legislativo statale (le regioni non hanno potestà in ambito penale), **con esclusione sia del rilievo, in materia penale, di atti provenienti dal potere esecutivo**, cioè di atti amministrativi e, in particolare, di decreti ministeriali (diversamente da quanto accade negli altri settori del diritto, dove tali atti possono avere un ruolo integrativo della legge, secondo la gerarchia delle fonti), **sia di un ruolo creativo del diritto**, sempre in materia penale, **da parte del potere giudiziario**.

Ciò in quanto, costituendo i provvedimenti penali lo strumento di massima ingerenza dei poteri pubblici nella sfera dei diritti dei cittadini, si vuole che la loro utilizzazione venga decisa dall'organo massimamente rappresentativo dei cittadini stessi e vagliata secondo le procedure proprie del dibattito parlamentare.

Si consideri, tuttavia, come questa impostazione, che si rifà alla tradizione illuministica, risulti oggi ampiamente minata sia dalla disponibilità dei parlamenti a farsi interpreti di istanze demagogiche e di c.d. **populismo penale** (v. *infra*), sia dal marcato svuotamento dell'autonomia dei parlamenti stessi rispetto al ruolo dominante dei governi, sia dall'attivismo creativo giudiziario (il c.d. **diritto vivente**), che tende a debordare rispetto alla funzione meramente interpretativa del diritto, attraverso applicazioni delle norme penali di tipo analogico *in malam partem*, sebbene la legge (v. *infra*) lo vieti: un attivismo in parte favorito dalla scarsa qualità e coerenza della odierna legislazione penale, nonché dall'ampio utilizzo, in essa, di terminologie generiche o di c.d. concetti valvola (nonostante il principio di determinatezza, del quale poco oltre diremo).

Date queste considerazioni, si afferma la **natura assoluta** e non meramente *relativa della riserva di legge*. Nondimeno, si è tradizionalmente ammesso che il divieto di prevedere norme penali non valga per i **decreti legislativi** e, più problematicamente (data la loro pur transitoria vigenza autonoma), per i **decreti legge**, in quanto atti del governo aventi, a certe condizioni, forza di legge perché posti sotto il controllo immediato del parlamento: i primi sulla base di una legge delega al governo da parte del parlamento stesso, *ex art. 77, co. 1, Cost.* (col rischio oggi sempre più evidente, peraltro, di deleghe troppo generiche, che finiscono per costituire un'elusione del principio in esame), i secondi in quanto adottati «in casi eccezionali di necessità e d'urgenza» e necessitanti, a pena di decadenza *ex tunc*, della conversione in legge da parte del parlamento (art. 77, commi 2 e 3, Cost.).

Si pone, altresì, il problema delle c.d. **norme penali in bianco**, attraverso le quali il legislatore penalizza la violazione di provvedimenti provenienti da autorità amministrative o, comunque, lascia di fatto a una fonte secondaria (cioè non legislativa) la determinazione dell'obbligo la cui trasgressione si renda rilevante ai fini penali.

A tal proposito dovrebbe risultare garantito, quantomeno, che siano ben presenti al legislatore, e dunque ben ricostruibili sulla base della fattispecie incriminatrice, la tipologia e le caratteristiche del provvedimento amministrativo che, ove violato, dia luogo a un illecito penale. Risultando non accettabili i casi nei quali, invece, i presupposti e gli elementi propri del suddetto provvedimento restino generici (pone notevoli problemi, da questo punto di vista, la contravvenzione di cui all'**art. 650 c.p.**, in quanto si limita a prevedere, se il fatto non costituisce un più grave reato, la punibilità di chiunque «non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene»).

2) Il **divieto di applicazione analogica delle leggi penali**, espressamente previsto dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale (le c.d. *preleggi*), secondo il quale «le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»: ciò in deroga a quanto previsto dall'antecedente art. 12, co. 2, riferito agli altri settori del diritto (secondo cui «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»).

Si tenga conto del fatto che la **nozione di «leggi penali»** va intesa in senso sostanziale, vale a dire non con riguardo a qualsiasi disposizione contenuta in una norma penale, bensì – in conformità alla sopra illustrata funzione garantistica del principio di legalità – con riguardo alle norme *incriminatrici* o comunque tali da consentire, come quelle che prevedano circostanze aggravanti, una risposta sanzionatoria *più sfavorevole*: il divieto, pertanto, è relativo alle sole **norme penali che rilevano in malam partem**.

Va peraltro considerata, ai fini penali, anche **la nozione di «leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi»**. Il problema concerne, in particolare, il quesito circa l'applicabilità per analogia delle *cause di giustificazione* (v. *infra*): fermo, infatti, che queste ultime non sono leggi penali nel senso appena indicato, ci si chiede se siano da annoverarsi tra quelle che fanno eccezione alle regole suddette o se costituiscano, a loro volta, norme che riflettono regole generali (almeno le cause di giustificazione che assumano rilievo nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico).

Come anche più oltre si dirà, il quesito è particolarmente delicato perché un'applicazione estensiva delle cause di giustificazione implica non soltanto conseguenze favorevoli per il soggetto agente, ma anche un più ampio spazio, per il futuro, in cui si consente la compromissione del bene compromesso dalla condotta giustificata (che rispetto alla legittima difesa può anche essere il bene vita). Per cui, comunque, l'applicazione per analogia di una causa di giustificazione non potrà riguardare quegli elementi della causa giustificativa che sono descritti in modo ben specificato dalla norma che la preveda).

3) Il **principio di determinatezza** (o *precisione*, o *tassatività*) delle fattispecie di reato, in forza della quale si richiede che il legislatore descriva quest'ultima nel modo più preciso

possibile, così che ciascun cittadino possa essere sempre in grado di individuare, al momento in cui tiene la condotta, il confine tra ciò che sia da ritenersi lecito o illecito sul piano penale.

Si tratta di un principio tanto chiaro quanto ampiamente disatteso nella realtà della legislazione penale, sebbene risultino rare le pronunce di illegittimità costituzionale fondate su di esso: il caso meno recente e più noto attiene alla dichiarata incostituzionalità (Corte cost. n. 96/1981) del delitto di **plagio**, di cui all'**art. 603 c.p.**, il quale puniva «chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione».

Ma lo stesso art. 650 c.p., poco sopra richiamato, manifesta una scarsa aderenza al principio della riserva di legge che risulta dipendere, a ben vedere, proprio dalla sua assai scarsa determinatezza.

Torneremo, peraltro, sul tema analizzando i profili del fatto tipico oggettivo.

4) Il **principio di irretroattività** delle norme penali, anche in questo caso da intendersi come norme incriminatrici o altrimenti *in malam partem* (art. 2, co. 1 c.p.): principio ai sensi del quale l'applicabilità di simili norme non può mai riguardare fatti posti in essere in un'epoca antecedente all'entrata in vigore delle medesime norme, e ciò in quanto il soggetto che agisce deve sempre poter sapere se il suo comportamento sia da considerarsi lecito o illecito nonché, in quest'ultimo caso, secondo quali criteri di gravità e con quali conseguenze sanzionatorie.

4.1.1. Diritto penale e poteri dello Stato.

Quanto s'è detto in merito al principio di legalità richiede un breve approfondimento sulla **caduta di ruolo**, cui si assiste da anni non solo in Italia, **del potere legislativo rispetto a quello esecutivo e a quello giudiziario**.

Il sostanziale controllo dei governi sui parlamenti e sulla stessa elaborazione legislativa riduce, infatti, gli spazi di una progettazione politico-criminale di ampio respiro e di lungo periodo, quale dovrebbe essere propria dell'iniziativa parlamentare, in favore di proposte legislative legate a situazioni contingenti e proclivi a perseguire il consenso dell'opinione pubblica (attraverso letture semplificate del fenomeno criminale da parte del mass-media) per fini elettorali (il già menzionato *populismo penale*). Con ciò trovando incentivo, per esempio, il continuo aumento delle pene edittali (soprattutto nei minimi, non gestibili dal giudice, così da precludere l'applicabilità della sospensione condizionale o delle misure alternative applicabili fin dall'inizio dell'esecuzione: v. *infra*), come pure il ricorso ai reati colposi di evento, l'esclusione del giudizio di prevalenza ed equivalenza, *ex art. 69 c.p.* (v. *infra*), fra circostanze aggravanti e attenuanti concorrenti o le restrizioni nell'accesso ai c.d. benefici penitenziari.

Ne deriva, inoltre, il dilatarsi dei casi in cui la descrizione delle condotte penalmente significative resta alquanto generica o ricorre a concetti-valvola che, di fatto, consegnano la definizione dei confini di ciò che sia da ritenersi rilevante dal punto di vista penale alla giurisprudenza; ma anche il dilatarsi dei casi in cui la giurisprudenza tende ad assumere un ruolo di *supplenza* rispetto al legislatore, attraverso letture delle norme penali che, come si diceva, sembrano oltrepassare i confini dell'interpretazione, per collocarsi nell'ambito del

ricorso all'*analogia in malam partem*. Con una palese tensione tra il c.d. diritto *vivente* giurisprudenziale (v. *supra*), da un lato, e i principi di determinatezza, riserva di legge e inapplicabilità analogica delle fattispecie di reato.

Il principio di legalità, del resto, non può affatto ritenersi rispettato, come talora si afferma, sulla base di una mera *prevedibilità* delle sentenze in un dato contesto storico (concetto, oltretutto, quanto mai fluido ed esso stesso alquanto incerto), ma richiede una prevedibilità delle sentenze medesime (cioè degli esiti processuali) alla luce del dato legislativo: e ciò pur quanto si tratti di valutare situazioni in sé nuove rispetto a quelle immaginabili dal legislatore all'epoca di emanazione della norma penale.

Si parla talvolta in proposito, a fini giustificativi, di un avvicinamento dei sistemi di *civil law*, come quello italiano, ai sistemi di *common law*: ma si deve tener presente che in questi ultimi il ruolo del giudice è assai più vincolato dal precedente giurisprudenziale di quanto non avvenga, sovente, in Italia attraverso interpretazioni alquanto libere delle norme penali (né si trascuri che il ruolo della legge risulta ormai tutt'altro che secondario, in materia penale, negli stessi sistemi di *common law*).

Va inoltre evidenziato come non risulti privo di rischi, per le medesime ragioni, il derivare direttamente regole giuridiche dalla Costituzione, da parte della stessa Corte costituzionale o, addirittura, in sede giurisprudenziale, quando tali regole non siano espresse con sufficiente chiarezza dalla Costituzione medesima: anche in questo caso, attraverso una sorta di *supplenza* rispetto al ruolo proprio del legislatore.

Ne può derivare, fra l'altro, uno stravolgimento circa la funzione stessa della Corte costituzionale: da organo deputato a vagliare se la gestione legislativa di un problema, fra le molte possibili, si riveli eventualmente in contrasto con la legge fondamentale, a organo che deduce dalla Costituzione un'unica modalità possibile della normazione di una data materia.

4.2. Abrogazione e successione di norme penali.

Nel caso dell'**abrogazione di una norma penale**, se il reato è stato commesso nella vigenza della norma abrogata il soggetto agente non può essere punito e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli altri effetti penali (art. 2, co. 2, c.p.).

Nel caso, invece, della **successione di norme penali**, se il reato è stato commesso prima della modifica si applicano le disposizioni più favorevoli (art. 2, co. 4, c.p.), in rapporto a tutte le caratteristiche del caso concreto.

Si pone, peraltro, un problema di **delimitazione** tra i due concetti summenzionati. Ove, infatti, una certa materia già rilevante ai fini penali sia regolata da nuove norme penali si tratta di chiedersi se le vecchie norme siano state abrogate e ci si trovi di fronte a norme nuove da esse autonome, nel qual caso i fatti commessi prima del passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina non potranno più essere puniti, o se, piuttosto, tra le vecchie e le nuove norme vi sia una continuità di fondo circa costruzione del reato, nel qual caso i fatti pregressi alla riforma rimarranno pur sempre punibili, sebbene secondo la disciplina, fra le due, più favorevole.

Emergono, tuttavia, interrogativi ulteriori:

a) Come ci si comporta quando successivamente alla commissione del fatto si sia avuto un **mutamento** di fondo, **in senso sfavorevole, nell'interpretazione giurisprudenziale** della fattispecie incriminatrice (*scil.*, nel diritto *vivente*), per cui al momento del fatto il soggetto agente poteva ancora far conto sull'irrilevanza penale (o sulla minor rilevanza penale) del suo agire?

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che anche in questi casi debba valere, ai sensi dell'art. 7 C.E.D.U. il principio di irretroattività: cfr. la sentenza 14 aprile 2015 sul caso Contrada, secondo la quale non si sarebbe dovuto condannare quest'ultimo autore per concorso esterno in associazione mafiosa perché, all'epoca dei fatti (1979-1988), il rilievo del concorso c.d. esterno ai fini del reato associativo «non era sufficientemente chiaro e il ricorrente non poteva conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti».

b) Nel caso della **successione** di norma penale più favorevole l'**art. 2, co. 4, c.p.** prevede tuttavia che ove già vi sia stata una **condanna irrevocabile** per fatti commessi nella vigenza della disciplina pregressa la condanna stessa non possa venir meno (salva l'ipotesi, di cui al co. 3, nella quale vi sia stata condanna a pena detentiva e la nuova disciplina preveda la sola pena pecuniaria, ipotesi nella quale la pena detentiva si converte immediatamente in quella pecuniaria, secondo il criterio di ragguaglio di cui all'art. 135 c.p.).

La scelta dell'intangibilità del giudicato nel caso di successione di norme penali è tuttavia giustamente criticata in dottrina e ha trovato aperture nella giurisprudenza della stessa Corte di giustizia UE. Un possibile rimedio può essere costituito, in ogni caso, dalla procedura di revisione del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p.;

c) Si pone altresì la questione, circa la quale sussistono ancora una volta sentenze significative delle Corti europee, inerente al rilievo che dovrebbe essere attribuito, nei confronti del giudicato, ai **mutamenti favorevoli nell'interpretazione giurisprudenziale** di una data norma penale (anche a seguito di una pronuncia, su tale norma, della Corte E.D.U.),

Ai sensi, infine, dell'art. 2, co. 5, c.p., le disposizioni di cui ai tre commi precedenti non si applicano alle **leggi eccezionali** (in questo caso sono quelle che si riferiscono a situazioni eccezionali e non quelle che fanno eccezione, come nell'art. 14 *preleggi*, a regole generali) **oppure temporanee**.

4.3. L'incidenza in materia penale del diritto dell'Unione Europea.

Appare importante considerare, sotto il profilo prioritario del rapporto con il principio di legalità, l'incidenza esercitata circa il diritto penale italiano – ormai del massimo rilievo – delle normative sovranazionali europee e delle pronunce emesse dalle Corti che presiedono al loro rispetto. Muoviamo dall'incidenza delle norme provenienti dall'Unione europea.

Come si sa, l'art. 11 Cost. consente, date certe premesse, limitazioni della sovranità nazionale, quali sono quelle introdotte attraverso i **trattati** istitutivi dell'Unione Europea. E da ciò deriva che i trattati stessi, come altresì i **regolamenti**, dell'Unione abbiano efficacia diretta nell'ordinamento interno, potendo essere applicati direttamente dai giudici.

L'Unione, inoltre, dispone dello strumento costituito dalle **direttive**, che esigono di essere tradotte in norme nazionali dai singoli parlamenti, prevedendosi sanzioni per gli Stati, tuttavia, nel caso di inadempimento. Si ritiene diffusamente, peraltro, che anche direttive le quali abbiano un contenuto dispositivo ben determinato (le c.d. direttive *self-executing*) siano suscettibili di efficacia diretta.

Tutto questo solleva la questione relativa ai modi in cui ciò possa avere efficacia, lo indicheremo tra poco, sull'ambito applicativo delle norme penali interne.

Si deve altresì tener conto, peraltro, di come l'**art. 83 del Trattato di Lisbona** preveda che l'Unione Europea, «deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, [può] stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» ivi definite (§ 1), ma suscettibili di estensione ai sensi del § 2, come pure in ambiti soggetti a misure europee di armonizzazione legislativa («secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione»): venendo tuttavia attivata una particolare procedura (§§ 3 e 4) ove uno dei Paesi membri ritenga «che un progetto di direttiva di cui al § 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale».

Il che lascia intendere che nel futuro, ove l'Unione Europea utilizzasse effettivamente tutti i poteri di cui al cit. art. 83, potrebbe aversi un diritto penale ampiamente e direttamente definito a livello europeo.

Va inoltre ulteriormente precisato che eventuali dubbi interpretativi concernenti norme europee direttamente efficaci negli ordinamenti interni devono essere rivolti dai giudici nazionali attraverso il rinvio pregiudiziale alla **Corte di Giustizia dell'Unione Europea** (CGUE), *ex* artt. 19, § 3, lettera *b*), del Trattato UE e 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), e che le suddette norme devono essere applicate secondo l'interpretazione che ne abbia dato quella Corte (preposta peraltro, in primo luogo, alla tutela degli interessi dell'Unione).

Tuttavia con un limite: le norme europee non possono contraddire il nucleo fondamentale delle norme costituzionali interne, vale a dire i principi costituzionali fondamentali, che fungono in tal senso da **controlimiti** rispetto alla equiparazione tra le norme europee e le norme costituzionali. È quindi possibile adire la Corte costituzionale del Paese interessato per far valere simili *controlimiti* nei confronti delle stesse norme europee, sebbene ciò sia avvenuto molto raramente.

Ciò premesso, si pone anzitutto, per quanto riguarda l'incidenza delle norme europee rispetto alla materia penale (anche al di fuori, pertanto, da eventuali iniziative europee fondate sull'art. 83 del Trattato: v. *supra*), la questione della loro compatibilità con il principio costituzionale della **riserva di legge**, data la fonte solo parzialmente parlamentare delle norme suddette (considerato il ruolo che assumono nella definizione di quelle norme, oltre al Parlamento europeo, anche la Commissione Europea e il Consiglio dell'Unione Europea, organi, questi ultimi, di espressione governativa). Ciò riguarda:

- sia il caso, meno delicato, in cui norme (non penali) europee abbiano effetti di restrizione dell'ambito del punibile, cioè *in bonam partem* (si pensi all'ipotesi in cui venga resa lecita un'attività che rilevi penalmente in un dato Paese): ma si deve pur sempre tener

conto del fatto che l'eventuale incidenza su cause di non punibilità finisce per estendere l'ambito dell'offesa praticabile di determinati beni;

- sia il caso in cui tali norme abbiano **effetti** di estensione circa l'ambito del punibile, cioè *in malam partem* (si pensi all'eventuale rilievo di obblighi di garanzia o di regole cautelari aventi fonte europea): effetti, questi, che sembrerebbero incompatibili con la riserva di legge in materia penale quale principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale italiano.

Risulta emblematica, in proposito, la vicenda concernente il c.d. caso **Taricco** così come affrontato dalla CGUE. Tale Corte, con la sentenza della Grande Sezione 8-9-2015, aveva attribuito al giudice nazionale italiano il potere di disapplicare norme interne relative alla prescrizione dei reati (art. 157 c.p.) ove non le ritenesse adeguate, nel loro complesso, al dovere degli Stati – desunto, in particolare, dall'art. 325 TFUE – di prevedere una tutela efficace degli interessi UE (nel caso di specie, rispetto alla prevenzione di delitti di frode tributaria che compromettano il gettito dovuto alla UE): in tal modo assegnando al singolo giudice poteri di valutazione politico-criminale aventi, di fatto, natura legislativa (e senza che il giudice stesso, oltretutto, ne abbia gli strumenti).

Un indirizzo, questo, da cui sarebbe derivata sia la violazione del *divieto di retroattività di una disciplina più sfavorevole* (si ricordi che la disciplina sulla prescrizione del reato riveste, in Italia, natura sostanziale), sia, soprattutto, **la violazione dello stesso principio di divisione dei poteri**.

Su tali questioni è stata chiamata conseguentemente a pronunciarsi la Corte Costituzionale italiana, prospettandosi la possibilità di far valere i menzionati *controlimiti* concernenti i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno rispetto alla suddetta sentenza della CGUE. La Corte costituzionale s'è dunque pronunciata con ord. n. 24/2017, recependo pienamente, in sostanza, le riserve sopra enunciate nei confronti della sentenza Taricco e proponendone, in tal senso, una lettura conforme ai principi costituzionali italiani e al principio di legalità riconosciuto dallo stesso art. 49 della Carta dei Diritti UE, ma rimettendo nuovamente la questione, per una conferma o smentita di tale lettura, alla CGUE: senza dunque aver attivato, formalmente, i c.d. *controlimiti*.

La CGUE, nella nuova sentenza della Grande Sezione 5-12-2017 ha ribadito i suoi assunti, ma precisando «a meno che una disapplicazione [siffatta] comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato»: con ciò accedendo, di fatto, al punto di vista della Corte costituzionale italiana ed evitando di imporre i suoi assunti circa fatti antecedenti alla sua pronuncia, ma lasciando qualche dubbio rispetto a fatti successivi. Peraltro la Corte costituzionale ha poi ribadito la permanente vigenza nel sistema penale italiano, in ogni caso, dei termini di prescrizione di cui all'art. 157 c.p.

4.4. Il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Risulta diversa l'incidenza nel diritto penale interno della **Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)**, emanata dal **Consiglio d'Europa** e resa esecutiva in Italia, nel

testo originario, con l. n. 848/1955 (a tale convenzione, si noti, aderisce anche l'Unione Europea, come prevede l'art. 3, co. 2, del Trattato).

Il rilievo delle norme CEDU nell'ordinamento italiano non dipende, infatti, dalle limitazioni alla sovranità di cui all'art. 11 Cost., bensì dall'art. 117, co. 1, Cost., secondo cui la potestà legislativa è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti «dagli obblighi internazionali».

Ne deriva che le norme CEDU, a differenza dei trattati e dei regolamenti dell'Unione Europea, non hanno rilevanza diretta nell'ordinamento italiano, così che le sentenze della Corte EDU possono imporre il ristabilimento, se possibile, del diritto violato, oppure un risarcimento, con riguardo al solo caso specifico sottoposto al giudizio della Corte stessa una volta esperite le possibilità offerte dal sistema giudiziario nazionale.

Tuttavia le norme interne, così ha sancito la Corte costituzionale (a partire dalle c.d. *sentenze gemelle* n. 348 e 349 del 2007), devono essere interpretate secondo le norme della CEDU, in base alla lettura che ne abbia dato la Corte EDU, ma purché tale interpretazione sia rispettosa, nella loro interezza, delle norme costituzionali italiane: e dunque non soltanto con riguardo ai principi fondamentali del sistema costituzionale, come invece s'è detto rispetto ai *controlimiti* nei confronti delle norme dell'Unione Europea).

Così che, quando uno spazio interpretativo nel senso indicato non sussista, o quando si prospetti, comunque, un contrasto tra gli assunti della Corte EDU e la Costituzione, il giudice italiano deve sollevare una questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 117 Cost. (tenuto conto, altresì, del fatto che alcune norme della CEDU, si pensi per esempio all'art. 8 in tema di rispetto della vita privata e familiare, risultano piuttosto indeterminate e hanno dato luogo a problematiche interpretative riguardanti, fra l'altro, il rapporto con altre esigenze di tutela).

Si dice, conseguentemente, che le norme CEDU abbiano assunto il ruolo di **diritto interposto** tra la legislazione interna e la Costituzione: sovraordinato rispetto alla prima, ma subordinato rispetto alla seconda.

4.5. Il quesito concernente il vaglio costituzionale delle norme penali di favore.

Sempre in collegamento con il principio di legalità, consideriamo da ultimo un problema interessante e particolare: quello inerente ai limiti **di ammissibilità del sindacato da parte della Corte costituzionale circa disposizioni penali** (o, comunque, assetti penalistici) **favorevoli**.

Rispetto all'ammissibilità di simile sindacato sorgono, infatti, due problemi:

- quello dell'irrilevanza dell'eventuale pronuncia nel processo *a quo*, posto che anche nel caso di accoglimento del ricorso bisognerebbe pur sempre applicare, nel processo *a quo*, la norma favorevole dichiarata incostituzionale, e ciò in forza del principio di irretroattività delle innovazioni normative *in malam partem*;

- quello, inoltre, già menzionato, per cui un accoglimento del ricorso comporterebbe un'espansione dell'ambito del punibile non avente base legislativa, in contrasto con il principio della riserva di legge espresso dall'art. 25 Cost.

L'esito di una totale sottrazione al giudizio della Corte costituzionale di simili norme

appare tuttavia inaccettabile (rimarrebbe escluso, per esempio, qualsiasi sindacato sulle norme di non punibilità dell'aborto, come altresì, del resto, il sindacato su ipotetiche norme favorevoli di ingiustificato privilegio).

Ne deriva che, per un verso, la rilevanza nel processo *a quo* potrebbe essere intesa come rilevanza della questione in termini di principio, vale a dire nei termini secondo cui essa rilevarebbe in quel processo se non si dovesse rispettare il principio di irretroattività.

Mentre per il secondo profilo problematico appare doversi ritenere ammissibile la dichiarazione di **incostituzionalità** quanto la norma di favore (rispetto alla scelta legislativa di penalizzare in un dato modo un certo fatto illecito) non appaia *ragionevole*, violando pertanto il principio di uguaglianza: cioè **quando la sua motivazione non possa essere riferita ad alcuna esigenza costituzionalmente significativa**.

In altre parole, il legislatore è relativamente libero di configurare determinate condotte come rilevanti ai fini penali, secondo una scelta insindacabile nel merito dalla Corte costituzionale (con il limite, tuttavia, inerente al rispetto della conformità di tale scelta sia alla teoria del bene giuridico, sia al principio di *extrema ratio* dell'intervento penale): ma, una volta che abbia compiuto una simile scelta, il legislatore è tenuto a configurare in modo ragionevole eventuali esclusioni o differenziazioni riguardanti la punibilità.

La Corte costituzionale ha affrontato il tema, negli ultimi decenni, attraverso non poche sentenze. Per cui può essere interessante riportare le conclusioni che la medesima propone nella sentenza n. 37/2019 con riguardo a una questione rientrante nella problematica delineata (vengono esclusi i rimandi a pronunce pregresse):

«In linea di principio, sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che concernano disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, e che mirino al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata, dal momento che a tale ripristino osta, di regola, il principio consacrato nell'art. 25, co. 2, Cost., che riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante. Principio, quest'ultimo, che determina in via generale l'inammissibilità di questioni volte a creare nuove norme penali, a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore, ovvero ad aggravare le conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato.

Come ribadito anche di recente da questa Corte, peraltro, tali principi non sono senza eccezioni.

Anzitutto, può venire in considerazione la necessità di evitare la creazione di 'zone franche' immuni dal controllo di legittimità costituzionale, laddove il legislatore introduca, in violazione del principio di eguaglianza, norme penali di favore, che sottraggano irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più ampia classe di condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole.

Un controllo di legittimità con potenziali effetti *in malam partem* deve altresì ritenersi ammissibile quando a essere censurato è lo scorretto esercizio del potere legislativo: da parte dei Consigli regionali, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale; da parte del Governo, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega; ovvero anche da parte dello stesso Parlamento, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di conversione dei decreti-legge. In tali ipotesi, qualora la disposizione dichiarata incostituzionale sia una disposizione che semplicemente abrogava una norma incriminatrice preesistente, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della prima non potrà che comportare il ripristino della seconda, in effetti mai (validamente) abrogata.

Un effetto peggiorativo della disciplina sanzionatoria in materia penale conseguente alla pronuncia di illegittimità costituzionale è stato, altresì, ritenuto ammissibile allorché esso si configuri come "mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale", derivante "dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale".

Un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem* può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1, Cost., ove l'effetto di ripristino della vigenza delle disposizioni penali illegittimamente sostituite in sede di conversione di un decreto-legge, con effetti in parte peggiorativi rispetto alla disciplina dichiarata illegittima, fu motivato anche con riferimento alla necessità di non lasciare impunte "alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost."».

INTRODUZIONE ALLA TEORIA DEL REATO

5.1. La concezione tripartita: fatto tipico, antigiuridicità, colpevolezza.

Passiamo ora a un inquadramento dei concetti base della c.d. **teoria del reato**, evidenziando a tal proposito che la **concezione** oggi più seguita ai fini di una ricostruzione sistematica degli elementi del reato è quella c.d. **tripartita**.

Simile concezione, tuttavia, non costituisce un dogma, ma uno strumento per consentire un approccio logico e ordinato ai requisiti necessari circa il sussistere di un reato e circa la sua punibilità. E, in questo senso, ha anche una funzione didattica: rispetto alla nozione unitaria di 'elemento oggettivo' propria dell'impostazione un tempo più diffusa, la distinzione fra *fatto tipico* e *antigiuridicità* (v. *infra*) tende a far comprendere, per esempio, che nel momento in cui la causazione di un fatto previsto da una norma penale sia considerata lecita per l'operatività di una causa di giustificazione non si realizza qualcosa di addirittura insignificante sul piano sociale e giuridico, come se nulla fosse accaduto, bensì si realizza pur sempre la lesione, sebbene da ritenersi lecita, di un bene tutelato dall'ordinamento. Da cui l'indicazione affinché ci si adoperi, comunque, onde prevenire, se possibile, il determinarsi di situazioni consimili.

Secondo la suddetta impostazione, dunque, per l'esistenza di un reato sono necessari:

a) Il **fatto tipico**, nel suo aspetto **oggettivo** (costituito dalla condotta, dall'eventuale evento naturalistico e dal nesso di causalità intercorrente tra quest'ultimo e la condotta, dagli altri elementi che la norma incriminatrice descrive, nonché dall'offesa del bene giuridico che la medesima norma intende tutelare) e nel suo aspetto **soggettivo**, costituito dalla natura *dolosa* o *colposa* (v. *infra*) del fatto medesimo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si tenga presente che la descrizione normativa del fatto tipico oggettivo deve risultare conforme al c.d. **principio di materialità**, cioè riferirsi a fattori (condotte, eventi, stati soggettivi, ecc.) che abbiano una proiezione nel mondo esterno e risultino suscettibili di accertamento: non può dunque avere per oggetto giudizi morali o mere condizioni personali, il che condurrebbe a un'inaccettabile c.d. **colpa d'autore**, svincolata dall'effettiva offesa di beni giuridici (in contrasto con l'art. 13 Cost.).

Ciò precisato, ricordiamo, sinteticamente, che con riguardo alla configurazione del fatto tipico oggettivo possiamo avere **reati di pura condotta** e **reati con evento naturalistico**: potendosi configurare, questi ultimi, come reati a condotta libera (detti anche *causalmente orientati*) oppure come reati a condotta vincolata, cioè descritta dal legislatore.

Con specifico riguardo alla condotta, invece, i reati si distinguono in **reati attivi** (o di azione, o commissivi) e **reati omissivi** (consistenti nell'astensione da un dovere di attivarsi).

E i reati omissivi si distinguono, a loro volta, in tre tipologie:

- **reati omissivi propri** (di pura condotta omissiva), descritti come tali dalla norma incriminatrice (per esempio, l'omissione di soccorso di cui all'art. 592 c.p.);
- reati nei quali la stessa norma incriminatrice prevede che l'evento naturalistico sia causato da una condotta omissiva;
- **reati omissivi impropri**, che vengono istituiti, in rapporto a reati previsti in forma

commissiva, dall'art. 40, co. 2, c.p., ai sensi del quale non «*impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*» (circa le delicate problematiche relative a questi ultimi reati v. *infra*).

Per quanto riguarda, invece, l'aspetto soggettivo del fatto tipico, deve considerarsi che i fatti di reato costituiscono fatti umani e, quindi, non possono che manifestarsi secondo un criterio di imputazione soggettiva, doloso o colposo. Tuttavia il codice penale prevedeva originariamente, ai sensi dell'art. 43, co. 3, c.p., anche ipotesi di responsabilità senza dolo e senza, cioè di **responsabilità oggettiva**: ipotesi che, oggi, sono da considerarsi incostituzionali a seguito dell'avvenuto riconoscimento del rango costituzionale che assume il principio di colpevolezza e devono essere reinterprete in conformità a tale principio (v. *infra*).

b) L'**antigiuridicità** penale, che si sostanzia nell'assenza di cause di giustificazione (*scil. scriminanti*) le quali rendano *lecito* il fatto cui si riferiscono sulla base della prevalenza riconosciuta dall'ordinamento giuridico alla tutela di un bene giuridico rispetto a un altro, in una situazione di conflitto inevitabile fra gli stessi.

S'è già detto dell'inquadramento autonomo riconosciuto all'antigiuridicità nell'ambito della concezione tripartita rispetto al fatto tipico oggettivo, onde salvaguardare, quando operino scriminanti, la percezione dell'offesa comunque arrecata a un bene giuridico. Di per sé, tuttavia, potrebbe anche dirsi che in presenza di una causa di giustificazione il soggetto agente non viola con il suo agire, nel caso concreto, alcuna regola giuridica che avrebbe dovuto rispettare per evitare l'evento, potendosi di conseguenza escludere lo stesso fatto tipico (ma ove si seguisse questa strada andrebbe evidenziato con cura che l'eccezionale mancata violazione di una regola comportamentale stanti le caratteristiche del caso concreto ha implicato pur sempre la lesione di un bene giuridico, il che dovrebbe condurre, come si rilevava più sopra, ad operare per la prevenzione, ove possibile, dei contesti di quel tipo).

c) La **colpevolezza**, che richiede per il suo sussistere, rispetto al soggetto agente,

- il **dolo o la colpa** (art. 43 c.p., v. *infra*),
- l'**imputabilità**, cioè la capacità di intendere e di volere ex art. 85 c.p. (v. *infra*),
- la **conoscibilità del divieto** penale (*ex* art. 5 c.p., come riletto da Corte cost. n. 364/21988: v. *infra*) e
- l'**esigibilità della condotta** conforme al rispetto della norma incriminatrice (esigibilità che talora l'ordinamento esclude, giudicando impossibile richiedere a chi si trovi in una certa condizione particolare quanto invece si può richiedere, generalmente, ad altri soggetti: v. *infra*).

La colpevolezza in quanto elemento del reato, pertanto, **attesta la possibilità di attribuire una responsabilità personale per il fatto antigiuridico** all'autore materiale del medesimo (cioè di valutare quel fatto come rientrante nella sua sfera di dominio possibile ed esigibile) e, su questa base – esigendo altresì la considerazione dei fattori situazionali e ambientali che abbiano inciso sulla commissione del fatto antigiuridico – **individua** (o cerca di farlo) **il livello, o meglio ancora, il tipo di responsabilità giuridicamente ascrivibile all'autore** summenzionato.

Il concetto di colpevolezza è stato tradizionalmente inteso come *rimproverabilità* ascrivibile all'autore del fatto: ma tale nozione, secondo alcuni, rischia di risultare equivoca, in quanto potrebbe indurre a fondare la colpevolezza su giudizi circa lo stile di vita o altre

caratteristiche meramente personali di quel soggetto (e dunque, sulla c.d. *colpa d'autore*), aprendo al recepimento, nell'attribuire la colpevolezza, a indebite considerazioni emotive o di esemplarità sanzionatoria.

In sintesi, **la categoria della colpevolezza**, richiedendo che il soggetto agente fosse in grado, al momento della condotta, di dominare il fatto di reato (o comunque, come si dirà, richiedendo di valutare la situazione effettiva in cui il medesimo abbia tenuto la sua condotta) **risponde alla funzione, imprescindibile, di garantire che la risposta nei confronti del fatto rilevante ai fini penali non sia riferita, tout court, all'evento e al suo impatto emozionale, ma sia riferita**, nonostante la gravità che quel fatto possa aver assunto, **alla reale situazione personale in cui quel soggetto si sia trovato ad agire** (o ad omettere).

Si noti, da ultimo, che alcuni orientamenti inquadrano come (quarto) elemento del reato anche i requisiti eventualmente necessari per la **punibilità** di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole. A noi pare tuttavia preferibile attenersi, secondo l'indirizzo più diffuso, alla concezione tripartita, soprattutto in considerazione del rilievo che un simile fatto, pur non punibile, mantiene sul piano giuridico.

5.2. Offesa del bene tutelato e reati di pericolo.

Con riguardo al fatto tipico, già s'è detto che esso ricomprende, nel suo aspetto oggettivo, anche l'offesa del bene giuridico che la fattispecie intende tutelare: offesa la quale viene indicata, talora, anche come *evento in senso giuridico*.

Simile offesa, pertanto, dev'essere presente anche nei *reati di pura condotta*, così che essi pure esigono, ai fini del dolo, la consapevolezza, nel soggetto agente, di offendere il bene tutelato.

All'importanza che riveste l'accertamento da parte del giudice, ai fini della condanna, di un'offesa effettiva, rilevante anche in rapporto all'elemento soggettivo, del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice – secondo quanto esige il *principio di offensività* – è già stata dedicata una specifica analisi *supra*, nel capitolo dedicato alla c.d. teoria del bene giuridico.

Ora è necessario constatare, piuttosto, come in rapporto alla modalità di offesa del bene tutelato nelle diverse fattispecie incriminatrici s'imponga una catalogazione ulteriore dei reati entro l'ambito del fatto tipico, che rileva, a sua volta, per quanto concerne le caratteristiche dell'accertamento giudiziario.

Con riguardo al bene giuridico tutelato, infatti, i reati si distinguono in **reati di danno**, che esigono la lesione di tale bene, e in **reati di pericolo**, implicanti una **tutela anticipata** del medesimo bene e che, dunque, non richiedono la lesione del bene tutelato, ma la sua messa in pericolo, vale a dire la possibilità in concreto che simile lesione si sarebbe potuta realizzare.

L'**offesa del bene giuridico tutelato** si può manifestare, pertanto, **o in termini di lesione o in termini di messa in pericolo**.

In proposito va subito chiarito che **la distinzione fra reati di danno e reati di pericolo** (che attiene al bene tutelato) **non coincide affatto con la distinzione fra reati di pura condotta e reati con evento naturalistico** (che attiene alla struttura descrittiva della

fattispecie), sebbene molti reati di pura condotta siano reati di pericolo: posto che possono ben darsi reati con evento naturalistico – come il cagionare un incendio ai sensi dell'art. 423 c.p., in quanto delitto contro l'incolumità pubblica – che costituiscono reati di pericolo.

Ciò premesso, i reati di pericolo corrispondono a una **modalità moderna di prevenzione dei beni giuridici**, in quanto intervengono *prima* della loro lesione (al fine di prevenire e di sanzionare la tenuta delle condotte che potrebbero provocare tale lesione) e non, invece, solo dopo che quest'ultima si sia verificata, secondo quanto corrisponde all'approccio classico delle impostazioni retributive.

L'efficacia preventiva dei reati di pericolo, quindi, non è affidata (come invece nei reati di danno) al monito che si ritiene possa derivare dalla punizione di accadimenti lesivi già prodottisi di un certo bene, bensì è affidata alla capacità della fattispecie incriminatrice di impedire *ex ante* la lesione che una determinata condotta potrebbe produrre nei confronti del bene giuridico tutelato.

Tuttavia, i reati di pericolo pongono alcuni problemi con riguardo al loro accertamento e ai requisiti della loro costituzionalità.

Nonostante molte ulteriori suddistinzioni proposte in dottrina, essi possono configurarsi, infatti, secondo tre modelli fondamentali:

- i reati di **pericolo concreto**, nei quali si richiede al giudice di accertare che si sia effettivamente determinato un pericolo (non un danno!) nel caso concreto per il bene oggetto di tutela;

- i reati di **pericolo astratto**, attraverso i quali il legislatore non richiede al giudice un accertamento del pericolo, in quanto sussiste una base scientifica adeguata – riconducibile, dunque, a *leggi scientifiche* – per ritenere che il fatto descritto dalla fattispecie incriminatrice risulti sempre pericoloso rispetto al bene tutelato;

- i reati di **pericolo presunto**, da ritenersi incostituzionali perché, a fini di semplificazione probatoria, puniscono *sempre*, prevedendolo come reato, un certo fatto il quale (considerati gli stessi riscontri scientifici) talora potrebbe risultare pericoloso, ma talaltra no: vale a dire senza alcuna prova scientifica che esso metta effettivamente in pericolo in ciascun caso concreto il bene tutelato, e senza richiedere al giudice uno specifico accertamento a tal proposito.

Una conclusione, quest'ultima, riconducibile all'**art. 13 Cost.**, in base al quale non si può prevedere la restrizione di diritti fondamentali dell'individuo, e *in primis* della libertà personale, ove resti incerto se la sua condotta abbia effettivamente, e parallelamente, prodotto un'offesa, almeno in termini di pericolo, del bene penalmente tutelato.

Illeciti di pericolo presunto potranno dunque essere configurati, ove il legislatore lo ritenga, come illeciti amministrativi, ma non come illeciti penali.

Può essere significativo, in proposito, esemplificare, ancora, con riguardo al delitto di **incendio (art. 423 c.p.)**.

Tale delitto, posto a tutela della pubblica incolumità (e non del patrimonio!), configura, al secondo comma (**incendio di cosa propria**), un reato di pericolo concreto, in quanto la norma stessa precisa in tal caso «*se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità*»: con ciò obbligando il giudice a un accertamento in concreto circa il fatto che l'incendio abbia posto in pericolo l'incolumità di qualcuno.

La fattispecie di cui al primo comma del medesimo articolo (**incendio di cosa altrui**)

veniva tradizionalmente presentata come modello del reato di pericolo presunto, non essendo esplicitamente richiesto, in tale diverso caso, alcun accertamento da parte del giudice circa il determinarsi in concreto di un pericolo per la pubblica incolumità.

Stante, tuttavia, la segnalata incostituzionalità di principio dei reati di pericolo presunto, si è addivenuti a una lettura dello stesso art. 423, co. 1, c.p. che identifica il cagionare un incendio non nel mero appiccare il fuoco, bensì nel produrre un fuoco di caratteristiche tali da manifestarsi oggettivamente pericoloso per l'incolumità personale: lettura, questa, fatta propria in due occasioni dalla stessa Corte costituzionale (nelle sentenze n. 286/1974 e n. 71/1979), che, in tal senso, ha finito per richiedere la prova, anche ai fini dello stesso art. 423, co. 1, c.p., dell'essersi verificato un fatto idoneo a creare una situazione di pericolo per la pubblica incolumità (sebbene utilizzando l'avverbio *potenzialmente*, piuttosto che l'avverbio *concretamente*: tuttavia, un'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata del termine conduce a esigere il realizzarsi *in concreto* del pericolo).

Si consideri, altresì, che la trasgressione di **norme meramente precauzionali** – cioè intese a vietare condotte circa le quali non sussiste la prova scientifica, ma solo illazioni o sospetti, che possano risultare pericolose rispetto alla salvaguardia di un determinato bene giuridico (v. anche *infra*) – non può dar luogo (per i medesimi motivi richiamati con riguardo al modello costituito dal reato di pericolo presunto) a illeciti di natura penale, al pari di come non può fondare (v. *infra*) una responsabilità colposa (o comunque relativa alla causazione di un evento non voluto). Così che il legislatore dovrebbe fare ricorso, anche nei casi in cui intenda dare rilievo alla violazione di simili norme, soltanto a illeciti di natura amministrativa.

5.3. La colpevolezza riferita all'*an* del suo sussistere oppure riferita alle diverse modalità del suo manifestarsi.

Con riguardo, invece, alla categoria della colpevolezza va posta in evidenza la duplicità della sua funzione.

Si sono evidenziati, infatti (v. *supra*), gli elementi necessari affinché vi sia colpevolezza in senso penalistico (dolo o colpa, conoscibilità del divieto penale, imputabilità, esigibilità della condotta), cioè per rispondere alla domanda "se" possa attribuirsi una responsabilità *personale* all'autore di un fatto antiggiuridico che rilevi ai fini penali (o, come si dice utilizzando l'espressione latina, per rispondere alla domanda circa l'*an* della colpevolezza).

Già si è fatto emergere, peraltro, che **la categoria della colpevolezza non esaurisce la sua funzione** una volta che non si sia esclusa la sua esistenza, cioè **una volta riconosciuto che l'autore suddetto di un fatto antiggiuridico debba essere ritenuto** (penalisticamente) **colpevole**.

Essa, infatti, impone altresì di considerare tutti gli elementi situazionali e personali che abbiano inciso sulla commissione del fatto, al fine di *differenziare* la colpevolezza riferita a un medesimo fatto: così da poterne tener conto circa la determinazione della pena, secondo i criteri dell'**art. 133 c.p.**

In rapporto a questa seconda modalità della rilevanza che assume la categoria della

colpevolezza in ambito penale, si è detto solitamente che essa atterrebbe alla domanda sul *quantum* della colpevolezza medesima.

Ma una simile lettura dipende per gran parte dal fatto che nel nostro sistema penale, sostanzialmente monosanzionatorio, il giudice ha un ambito di valutazione, in merito alla pena da applicarsi, pressoché esclusivamente quantitativo.

Ove si pensi, tuttavia, a un sistema sanzionatorio che, in futuro, si apra a una visione maggiormente progettuale della pena, nel cui ambito assumano uno spazio significativo prescrizioni riferite alle specifiche caratteristiche del reato e del suo autore (v. *infra*), si comprende come il rilievo, a tal fine, del riferimento alla colpevolezza non sia da intendersi tanto, o soltanto, con riguardo alla dimensione quantitativa, bensì con riguardo, in primo luogo, al fatto che rispetto a un medesimo fatto materiale costituente reato possono manifestarsi, negli autori, forme di colpevolezza fra loro *diverse*.

Si consideri, inoltre, che lo stesso legislatore può attribuire rilievo, già in sede di definizione della pena edittale, alla diversa colpevolezza dell'autore di un medesimo fatto: come accade, per esempio, nell'ipotesi di cui all'**art. 578 c.p.**, concernente l'**infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale**: ipotesi nella quale la minor pena rispetto a quello che costituisce un omicidio non dipende, ovviamente, da un minor disvalore del fatto, ma solo da un minor addebito di colpevolezza, rispetto agli omicidi in genere, che l'ordinamento ritiene di muovere alla donna la quale si sia venuta a trovare in quelle condizioni.

Medesimi motivi, del resto, sono alla base della previsione di determinate circostanze attenuanti, come, per esempio, quelle di cui all'art. 62, co. 1, 2 e 3 c.p. (motivi di particolare valore morale e sociale, stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, suggestione di una folla in tumulto), o all'art. 89 c.p. (vizio parziale di mente); ma possono esserlo anche con riguardo a circostanze aggravanti.

L'ITER DI ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE: L'IMPUTAZIONE OGGETTIVA

6.1. La causazione dell'evento come profilo prioritario dell'accertamento giudiziale.

Procediamo ora a considerare il percorso di accertamento giudiziario degli elementi del reato, come delineati nel capitolo precedente.

Muoveremo per questo fine dal profilo oggettivo del fatto tipico (v. *infra*), secondo l'iter accertativo proprio del giudice, che si svolge *a ritroso*, cioè a partire dall'evento penalmente significativo che si sia prodotto. Si terrà presente, per semplificare, il modello di un reato con evento naturalistico, ma quanto esporremo vale, con alcune precisazioni delle quali si dirà, anche con riguardo all'evento in senso giuridico – cioè all'offesa del bene tutelato – che deve pur sempre sussistere anche per quel che concerne i reati di pura condotta.

Il giudice dovrà verificare, in primo luogo, se l'evento rilevante ai fini del reato sia stato causato da una condotta umana, posto che, ovviamente, è solo di tale eventualità che si occupa il diritto penale: dovrà dunque accertarsi il sussistere di un nesso di causalità tra l'evento stesso e una tale condotta. In realtà il nesso causale sottoposto ad accertamento attiene, di regola, al rapporto tra fatti fisico-naturalistici: ma il fatto antecedente di cui s'intende vagliare l'efficacia causale rispetto all'evento costituisce in via ordinaria un fatto che, nel caso concreto, si riconosce esser stato prodotto senza dubbio da un'azione umana (si pensi al fattore di rischio attivato da un dato individuo).

Non si trascuri, peraltro, quanto si evidenziava *supra* circa la ben maggiore ricorrenza delle problematiche relative all'accertamento del nesso causale nei casi in cui sia comprovata, in un dato soggetto, l'intenzione di causare l'evento, rispetto agli altri casi (colpa, dolo eventuale).

Orbene, l'art. 40, co. 1, c.p., che esige la prova del nesso causale tra l'evento offensivo del reato e l'azione o l'omissione del soggetto che di quel reato si ipotizzi responsabile, non offre, tuttavia, una definizione di quel nesso. Questa, pertanto, dovrà essere ricostruita sulla base di ciò che risulta valido sul piano della logica e delle scienze di base. Del resto, non potrebbe che essere così: se il diritto penale nel ricostruire la realtà cui riferisce le sue scelte non assumesse nozioni che sono *vere* anche sul piano logico e scientifico, e pertanto anche al di fuori del sistema penale (cioè se utilizzasse criteri convenzionali, di pura creazione giuridica), finirebbe per manipolare la realtà sulla quale vuole intervenire, il che condurrebbe inevitabilmente a decisioni giuridiche arbitrarie (tutto questo non vale soltanto per gli elementi di teoria del reato, ma anche rispetto ai beni giuridici tutelati: non potrebbe esistere, per esempio, una nozione meramente convenzionale della vita umana).

Va peraltro precisato fin d'ora che **la causalità rilevante ai fini penali non si riduce alla prova**, pur necessaria in prima battuta, che sia risultata causale rispetto al prodursi dell'evento penalmente significativo – **ex art. 40, co. 1, c.p.** – l'azione materialmente posta in essere da un dato soggetto (che potrebbe essere una condotta del tutto lecita), **ma esige** altresì la prova che sia risultata causale – **ex art. 43 c.p.** – la violazione, da parte di quel medesimo soggetto, di una regola (cautelare) finalizzata a evitare il suddetto evento (i due concetti, ovviamente, coincidono quando la stessa condotta naturalistica in quanto tale, per esempio lo sparare contro una persona, si rivela illecita e tale da violare una regola

cautelare): come meglio approfondiremo tra poco, pertanto, non rileva per ciò solo ai fini penali il fatto che A abbia causato il ferimento di B guidando un'automobile, ma rileva il fatto che A abbia violato, per esempio, il limite di velocità e che il ferimento sia stato causato, secondo i criteri di accertativi di cui diremo, proprio da tale violazione.

6.2. La definizione del concetto di causalità e il suo accertamento attraverso il ricorso a leggi scientifiche.

Ciò precisato, la causalità costituisce un dato reale, ma non suscettibile, è ovvio, di un accertamento empirico: occorre, dunque, darne una definizione, e poi verificare se sussistano i requisiti richiesti da tale definizione.

Quest'ultima, in conformità a quanto poco sopra s'è detto, è riconosciuta ormai da tempo anche in sede giuridica nella formula della *condicio sine qua non*: si può dire che B (conseguente) è stato causato da A (antecedente) nel caso in cui, senza A, B non si sarebbe prodotto, per cui A costituisce condizione *necessaria* per il verificarsi di B. In questo senso, l'accertamento della causalità costituisce un accertamento *ex post*, da effettuarsi, una volta che l'evento si sia già verificato, attraverso un *giudizio controfattuale*, vale a dire supponendo non esistente un antecedente che, invece, si è verificato.

Un giudizio che rispetto alla ipotizzata causalità di una condotta *omissiva* implicherà domandarsi se in assenza della omissione, cioè ove fosse stata posta in essere la condotta doverosa, l'evento offensivo non si sarebbe verificato: dovendosi peraltro considerare che la causalità omissiva consiste sempre in valutazione normativa, in quanto, dal punto di vista naturalistico, il nulla non produce nulla (*ex nihilo nihil fit*).

Con questa corretta impostazione del problema si è superato un precedente, diffuso orientamento, secondo cui la condotta causale rispetto a un dato evento sarebbe quella che, *ex ante*, risulti *idonea* o *adeguata* a cagionarlo (si pensi, in particolare, alla teoria della c.d. *causalità adeguata* proposta a suo tempo da Francesco Antolisei). Con ciò, tuttavia, scambiandosi l'idoneità statistica di una certa condotta a produrre un dato evento con la conclusione secondo cui essa, effettivamente, abbia prodotto quell'evento: l'idoneità di A a produrre B non vuol dire che B, ove verificatosi, sia stato davvero prodotto da A. Vedremo più oltre, tuttavia, come questa prospettiva colga l'esigenza di selezionare, tra le condotte che siano risultate *ex post* causali (vale a dire necessarie) per il verificarsi di un determinato evento, quelle che debbano considerarsi davvero rilevanti ai fini penali.

La formula della *condicio sine qua non*, come qualsiasi formula definitoria, tuttavia, non è immediatamente utilizzabile per accertare ciò di cui costituisce la definizione: come fa il giudice ad affermare che, senza A, B non si sarebbe verificato? Non sarebbe di certo accettabile che lo faccia sulla base del suo intuito. Sarà dunque necessario il ricorso a criteri che possano attestare oltre ogni ragionevole ciò che la formula asserisce.

La formula summenzionata, in altre parole, costituisce solo la *definizione* del nesso di causalità, ma non ci dice nulla circa l'effettivo sussistere di quel nesso. Per cui si dovrà disporre di un criterio idoneo ad accertare che sussistano effettivamente le condizioni indicate dalla *condicio sine qua non*, cioè che davvero, eliminato l'antecedente, il conseguente sarebbe venuto meno (*giudizio ipotetico controfattuale*). Un criterio che, nel nostro caso, è dato

dalla riconducibilità dell'*ipotesi causale* formulata dal giudice nel caso concreto a *regolarità già note*, cioè a *generalizzazioni – leggi scientifiche* – che ricolleghino elementi ripetibili dell'antecedente al verificarsi di elementi ripetibili del conseguente: leggi, dunque, del tipo secondo cui *tutte le volte in cui si verifica un fatto A si verifica anche un fatto B* (essendo descritti entrambi quei fatti sulla base di elementi ripetibili). Così che ove in effetti si sia verificato un fatto B preceduto da un fatto A potrà dirsi che B non si sarebbe verificato in assenza di A e che B, pertanto, costituisce un evento cagionato da A (modello della spiegazione causale attraverso la *sussunzione sotto leggi scientifiche*).

S'è detto che l'antecedente e il conseguente dei quali si discuta nel caso concreto devono essere descritti ai fini della spiegazione causale secondo elementi *ripetibili*. Ciò perché, come appare ovvio, ogni accadimento nell'insieme delle sue caratteristiche spazio-temporali costituisce un *unicum* nella storia: l'evento, dunque, dovrà essere descritto secondo quelle sue caratteristiche che risultino penalmente rilevanti (quelle caratteristiche, cioè, che lo fanno rientrare nella descrizione di una data fattispecie di reato) e il supposto antecedente causale dovrà essere descritto secondo quelle caratteristiche che, in base a una legge scientifica, lo ricolleghino all'evento in tal modo ricostruito.

Si osservi che, in teoria, la regolarità di cui sopra potrebbe anche essere individuata *ex post* attraverso il metodo sperimentale. Ma un simile approccio risulterebbe impraticabile per varie ragioni: innanzitutto, **quella che si deve reperire è una legge scientifica già nota**, che il soggetto agente fosse tenuto a conoscere e fosse in grado di conoscere **al momento della sua condotta** (v. anche *infra*, in tema di elemento soggettivo); sarebbe comunque necessario un numero molto elevato di prove sperimentali; trattandosi della possibile causazione di eventi dannosi, tali prove, inoltre, si rivelerebbero o impraticabili o conducibili soltanto in laboratorio.

6.3. Il problema della 'pluralità' delle cause (sulla problematica utilizzabilità di leggi statistiche).

In molti casi, peraltro, non disponiamo di **leggi scientifiche universali** (del tipo *tutte le volte che A, allora B*), ma di sole **leggi statistiche** (del tipo *tutte le volte che A, B si verifica in una certa percentuale di casi*). Ora, le leggi statistiche non consentono di raggiungere il necessario livello di **prova oltre ogni ragionevole dubbio** del nesso causale. Se, infatti, tra A e B intercorre solo una legge statistica, A è idoneo a cagionare B ma non è detto che lo abbia cagionato, perché B potrebbe essere stato prodotto da un antecedente causale diverso (problema della **pluralità delle cause**). Il che rimarca, fra l'altro, la non validità a risolvere il problema causale delle teorie, cui già si faceva cenno, della c.d. *causalità adeguata*, fondate sul riscontro della mera idoneità causale della condotta.

Va dunque affermata la tendenziale necessità del ricorso, circa la prova del nesso causale, a leggi *universali*, posto che ove la condotta sia legata all'evento da una legge soltanto statistica (meglio, ove condotta ed evento siano sussumibili sotto una legge meramente statistica), l'evento potrebbe essere stato prodotto anche da una condotta diversa.

Deve infatti tenersi per fermo che, ai fini di una condanna penale, è necessario il realizzarsi di un **livello probatorio**, circa i diversi elementi da cui dipende l'esistenza del

reato (non solo, pertanto, ai fini del nesso di causalità), **oltre ogni ragionevole dubbio** (art. 533, co. 1, c.p.p.), cioè contiguo alla certezza. Vale a dire, **non si può mai correre il rischio di condannare un innocente**: e ciò anche a costo del rischio di assolvere un colpevole.

Così che, nel caso in cui, tuttavia, si utilizzino leggi statistiche (le quali siano quantomeno espressive di una idoneità statistica elevata), dovrà di conseguenza escludersi, per conseguire un livello di prova *oltre ogni ragionevole dubbio*, che abbia agito una condotta diversa da quella cui si riferisca la legge statistica, cioè dovrà escludersi qualsiasi eventuale fattore causale alternativo: in tal senso, secondo **Cass. s.u. 11-9-2002 (Franzese)**, **dev'essere provata «la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa»**.

Andrà fra l'altro valutato con cura, pertanto, se possano aver inciso, rispetto al decorso causale considerato in tutti i suoi particolari, fattori intercorrenti suscettibili di compromettere l'efficacia predittiva della legge scientifica pure in apparenza pertinente quanto al rapporto tra la condotta iniziale e l'evento determinatosi.

Una volta, dunque, identificati con la massima completezza gli antecedenti causali che nel caso concreto (ciascuno sulla base di una legge statistica) potrebbero aver cagionato l'evento, il giudice potrà utilizzare rispetto ad essi, congiuntamente, **due criteri selettivi**:

- quello **storico** (accertando quale dei potenziali fattori causali alternativi si sia effettivamente verificato prima del prodursi dell'evento) e
- quello consistente nella **migliore descrizione possibile dell'evento** (meglio è descritto l'evento, più si restringe il ventaglio degli antecedenti causali plausibili).

Così che **la prova oltre ogni ragionevole dubbio circa la causalità** di una condotta rispetto a un determinato evento **potrà considerarsi raggiunta solo se**, attraverso quei criteri, **sia stata esclusa ogni spiegazione alternativa dell'evento** stesso, vale a dire l'operatività causale nel caso concreto di fattori alternativi rispetto a tale condotta.

Rimane tuttavia, in tale percorso, un elemento d'incertezza, consistente nell'interrogativo circa l'eventuale sussistere di fattori causali non noti. Con ciò intendendosi non già fattori di cui è nota l'esistenza, ma di cui non sono note le caratteristiche (fattori, questi, che rileveranno pur sempre sul piano dei due criteri selettivi predetti e tali per cui il loro possibile aver operato escluderà la prova dell'efficacia causale di un altro fattore: si conoscono, per esempio, fattori potenzialmente causali di determinate patologie oncologiche, ma si sa anche che quelle patologie possono essere causate pure da altri fattori, sebbene non chiariti), bensì fattori dei quali non sia affatto nota l'esistenza (per escluderne in assoluto l'operatività bisognerebbe essere certi che i fattori noti fra loro alternativi in grado di risultare causali rispetto al prodursi di un dato evento esauriscano l'intera gamma del verificarsi possibile di quest'ultimo).

6.4. Il problema delle concause e l'imputazione oggettiva.

La condotta che s'è provato costituisca *condicio sine qua non* dell'evento penalmente significativo ne rappresenta, dunque, **condizione necessaria**: condizione la quale tuttavia, onde produrre simile evento, ha comunque operato nel contesto di altri fattori causali necessari.

Emerge, in questo senso, il c.d. **problema delle concause**, cioè relativo ai fattori sia di carattere fisico-naturalistico, sia consistenti in condotte umane ulteriori a quella individuata in prima attuta come causale da parte del giudice, che devono aver concorso con quest'ultima (tutti quali condizioni necessarie) affinché l'evento penalmente significativo si sia prodotto: fattori concomitanti o, soprattutto, antecedenti, alla condotta summenzionata (fino per paradosso, secondo il ben noto esempio, al ruolo pur sempre causale della madre, e invero anche del padre, che hanno messo al mondo l'autore del reato).

L'insieme di tutti i fattori necessari per il prodursi di un evento ne individua la **condizione sufficiente**, che in termini assoluti non è ricostruibile (bisognerebbe poter spiegare l'universo fin dalle sue origini). E la ricostruzione degli antecedenti concausali rilevanti ai fini penali, in quanto riconducibili a condotte umane, finisce per comportare un c.d. *regresso all'infinito*, come evidenzia l'esempio richiamato della madre.

A questo punto diventa dunque necessario domandarsi quale sia, nel quadro frequente delle molteplici condotte umane in sé concausali, la condotta *penalmente rilevante*: la condotta, cioè, che sia da ritenersi rilevante ai fini del requisito minimo necessario, sul piano oggettivo, per l'attribuzione di una responsabilità penale, vale a dire ai fini della c.d. **imputazione oggettiva** (comune alla responsabilità per dolo e per colpa).

Di questo problema il codice penale si manifesta consapevole all'**art. 41 c.p.**, il cui **co. 2** propone una deroga rispetto alla regola base della eguale rilevanza di tutti le condotte causali rispetto al realizzarsi dell'evento penalmente significativo (co. 1), prevedendo che *«le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità [cioè la rilevanza di condotte causali pregresse] quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento»* (l'esempio classico, è quello di A che cagioni il ferimento di B in un incidente stradale, ma poi B deceda in ospedale per un incendio, per una trasfusione infetta o per un errore medico, oppure a seguito dell'ulteriore incidente occorso all'ambulanza che lo trasportava in ospedale).

Tale norma, tuttavia, ha suscitato fin dalla sua introduzione difficoltà interpretative, dato l'utilizzo del concetto, in sé contraddittorio, di cause *da sole sufficienti*: come s'è appena visto, infatti, nessun fattore causale può dirsi davvero *da solo sufficiente*. Per cui simile disposto è stato riferito per lo più all'essere intervenuti fattori *eccezionali* nei confronti delle altre condotte antecedenti che si siano rivelate *ex post* necessarie al prodursi dell'evento: un concetto tuttavia, quello di fattori eccezionali, nient'affatto in grado, per la sua genericità, di configurarsi quale criterio delimitativo sicuro.

La medesima norma, dunque, avverte come necessiti un criterio *ex ante* di selezione delle condotte che *ex post* si siano rivelate causali, in ciò manifestandosi il profilo di utilità delle stesse teorie (v. *supra*) che avevano concepito la causalità come idoneità *ex ante* della condotta o come causalità *adeguata*).

Essa, peraltro, appare comprensibile solo ove venga riferita ai casi in cui l'evento lesivo, pur causalmente riconducibile alla condotta di un certo soggetto, rappresenti il concretizzarsi di un rischio *radicalmente diverso* da quello che tale soggetto abbia attivato:

E in effetti la condotta *penalmente rilevante* non potrà che essere, anzitutto, una **condotta illecita**: per cui non potrà di certo essere incriminata la madre che ha generato chi abbia delinquito, né poniamo, salva la problematizzazione morale, chi abbia progettato o venduto in modo lecito l'arma utilizzata per un delitto (a meno che lo stesso venditore condivida il dolo di utilizzare quell'arma per un delitto, il che, parrebbe, renderebbe illecita, la vendita

stessa).

Non rileverà, però, una *qualsiasi* condotta illecita, bensì soltanto una condotta **che abbia violato una regola finalizzata a impedire il verificarsi dell'evento** (sovente definita quale regola *cautelare* o, in senso lato, di *diligenza*) e che, in tal senso, **abbia prodotto un rischio non consentito di causazione dell'evento come determinatosi in concreto** (per cui l'evento prodottosi risulta **rilevante ai fini penali se costituisce la concretizzazione dello specifico rischio illecito attivato dalla condotta**): dovendosi in ciò individuare, pertanto, il contenuto dell'imputazione oggettiva quale categoria base unitaria ai fini della responsabilità penale.

Ciò, dunque, **vale con soltanto ai fini del rimprovero per colpa**, come appare più evidente, **ma anche rispetto al dolo**: la volontà soggettiva di produrre un evento in sé rilevante ai fini penali non rileverebbe ove fosse perseguita – per quanto l'ipotesi costituisca un caso poco realistico – attivando una condotta del tutto lecita. Si è soliti proporre l'esempio classico – ma invero ad esito scontato già sulla base del buon senso – del nipote che, col fine di vedere morto lo zio ricco da cui vorrebbe ereditare, lo distolga dal servirsi del treno per un determinato viaggio e lo convinca dall'utilizzare un volo aereo di linea, facendo conto sul fatto che l'aereo possa precipitare, come poi, incredibilmente, accade, oppure lo determini a fare una passeggiata nel bosco nonostante un temporale, confidando nel fulmine che lo possa uccidere. Ma la questione si può proporre in casi ben più concreti: si pensi per esempio, come anche più oltre vedremo diremo, all'amministratore societario che abbia sì volontariamente distratto a proprio favore determinati beni dell'impresa, ma in termini tali per cui la dichiarazione della crisi d'impresa intervenuta, poniamo, molto tempo dopo (e rilevante ai fini della punibilità per bancarotta) non manifesti alcun rapporto con quella condotta distrattiva, la quale, da sola, non avrebbe condotto all'insolvenza (manca, in tal caso, qualsiasi nesso di rischio tra la distrazione e l'insolvenza).

L'ITER DI ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE: L'IMPUTAZIONE SOGGETTIVA

7.1. Le caratteristiche della condotta.

Caratteristica delle condotte umane, in quanto non assimilabili a meri fatti del mondo fisico-naturalistico, è il fatto di essere governate, e pertanto dominabili, da parte dell'individuo che agisce. Ed è per questo che, oltre a quella oggettiva, dobbiamo considerare anche una necessaria componente soggettiva del medesimo.

A tal proposito, il requisito soggettivo prioritario della **condotta** rilevante ai fini penali è costituito, ai sensi dell'art. 42, co. 1, c.p. dal fatto che la medesima risulti **cosciente e volontaria**.

La presenza di tale requisito è indispensabile rispetto a qualsiasi reato e costituisce espressione del carattere personale della responsabilità penale (*ex art. 27, co. 1, Cost.*): non attiene, tuttavia, alla colpevolezza (*v. infra*), bensì allo stesso fatto tipico soggettivo.

La coscienza e la volontà della condotta non vanno ovviamente confuse con la *rappresentazione (o previsione)* e la *volizione* dell'evento (*scil.*, del fatto tipico), di cui all'art. 43, co. 1, c.p., in quanto elementi del dolo (e il primo, altresì, della colpa cosciente). Entrambe le coppie si sostanziano, dunque, in un elemento cognitivo e in un elemento volitivo, ma hanno un oggetto del tutto diverso: la prima coppia costituisce una caratteristica della condotta, mentre la seconda attiene all'atteggiamento del soggetto agente nei confronti dei possibili effetti della medesima.

Non è in ogni caso condivisibile la tendenza a *normativizzare* le nozioni di coscienza e volontà della condotta in riferimento a condotte inconsapevoli (per esempio atti *automatici* o *riflessi*, dimenticanze, ecc.), ma che, si suppone, l'agente avrebbe potuto dominare: in tal senso ricomprendendole, secondo l'impostazione tradizionale, nella categoria della *suitas*. Si pensi ai casi drammatici dei genitori che hanno lasciato il proprio figlioletto legato al seggiolino dell'automobile parcheggiata per ore al sole, con morte conseguente del fanciullo, senza essersene minimamente resi conto, in forza di un'abitudine che lasciava loro credere di aver regolarmente affidato il medesimo al nido o alla scuola dell'infanzia; o al caso classico della madre povera, che dormendo nello stesso letto col proprio piccolo, lo abbia soffocato senza alcuna consapevolezza, muovendosi nel sonno; oppure all'imprenditore che, in modo del tutto inconsapevole, non abbia tenuto una condotta doverosa, stanti i tassi di fallimento nient'affatto marginali relativi alla percezione di segnali che avrebbero richiesto di approfondire determinate conoscenze tecniche o scientifiche, e di agire in modo consequenziale; oppure, ancora, a chi, senza averci pensato e senza neppure serbarne il ricordo, abbia gettato un cerino non del tutto spento, provocando un incendio. Ha senso, del resto, attivare proprio il diritto penale in questi casi?

Nell'ipotesi in cui, comunque, si recepisse la categoria della *suitas*, essa, innanzitutto, non sarebbe da riferirsi a valutazioni, che devono rimanere successive, concernenti la colpa; inoltre, dovrebbe limitarsi, quantomeno, a ricomprendere condotte, se di per sé non coscienti e/o volute, tuttavia immediatamente correlate sul piano causale a una condotta pregressa (davvero) cosciente e volontaria del soggetto agente (poniamo: il casellante di altri tempi non abbassò le sbarre essendosi addormentato, perché poco prima aveva mangiato e

bevuto smodatamente).

7.2. La diversa struttura della responsabilità dolosa e di quella colposa.

Ciò premesso, possiamo ora illustrare, anche graficamente la differenza, fra lo schema della responsabilità dolosa e lo schema della responsabilità colposa (ma quest'ultimo schema, come vedremo, vale anche con riguardo al dolo eventuale e al diretto): muovendo dalla constatazione del dato per cui **le condotte umane hanno carattere finalistico**.

Ciascuna condotta umana consapevole e volontaria (v. art. 42, co. 1), infatti, è *conseguenza* di una *prospettiva mentale* finalistica (cioè dell'instaurarsi attuale nella mente dell'intento di perseguire un certo risultato), orientata o a una modifica del mondo esterno, o alla modifica di una condizione soggettiva (quale si realizza, poniamo, attraverso la condotta dello studiare): ciò secondo lo **schema**

$$P_x \rightarrow C \rightarrow X$$

(essendo P la prospettiva mentale, C la condotta e X il risultato oggetto della prospettiva mentale).

Si noti che le prospettive mentali (le *intenzioni*) sono *realtà*, sebbene realtà di tipo non empirico, cioè non constatabili sul piano di un accertamento materiale: può dirsi, anzi, che costituiscono le realtà più significative della vicenda umana, posto che tutto ciò che gli esseri umani hanno realizzato, nel bene e nel male, lungo la storia costituisce l'effetto di prospettive mentali e di condotte scelte e adottate per conseguire l'oggetto di tali prospettive.

Questi, dunque, gli schemi, rispettivamente, della produzione di eventi voluti e non voluti (ove E indica l'evento penalmente significativo):

$$\text{responsabilità dolosa (intenzionale):} \quad P_{x=E} \rightarrow C \rightarrow X=E$$

$$\text{responsabilità colposa:} \quad P_x \rightarrow C \downarrow_E \rightarrow X;$$

Nel primo schema l'oggetto della prospettiva mentale è proprio l'evento penalmente rilevante causato dalla condotta.

Nel secondo schema l'oggetto della prospettiva mentale è un risultato diverso (X) dall'evento penalmente rilevante (E), ma la condotta C cagiona l'evento E come risultato non voluto (ma dovrà trattarsi, come vedremo, di una condotta che crea un rischio non consentito della causazione di E, vale a dire che viola una regola finalizzata a evitare l'evento E).

Tutto questo ci fa capire che **il reato doloso e il reato colposo costituiscono realtà fra loro del tutto diverse**: non si tratta, pertanto, del medesimo fatto, cui si riferiscono meri atteggiamenti psicologici distinti.

Nel contesto del reato doloso, infatti, **la condotta è prescelta al fine di cagionare l'evento** penalmente rilevante (voluto) e, pertanto, fra quelle che possano avere un'idoneità

elevata a conseguire tale scopo: **laddove invece nel contesto del reato colposo la condotta che cagiona** (in modo non voluto) **l'evento penalmente rilevante non è stata prescelta per produrlo** e, pertanto, **manifesta** di regola **una modesta idoneità *ex ante* a cagionarlo** (soprattutto quando si tratti di colpa *cosciente*, perché è raro che si scelga di correre in modo consapevole il rischio elevato di causare un fatto costituente reato, mentre potrebbe risultare più facile attivare, inavvertitamente, un simile rischio nel caso, per l'appunto, di colpa *incosciente*: v. *infra*).

La segnalata **diversità strutturale** tra reati colposi e reati dolosi emerge, del resto, **anche con riguardo all'accertamento del nesso di causalità** fra condotta ed evento, ove si consideri che problemi relativi a tale accertamento sorgono, nella prassi, con riguardo pressoché esclusivo al reato colposo: posto, infatti, che la condotta dolosa mira a immutare, affinché si produca l'evento, un contesto situazionale nel quale, altrimenti, l'evento stesso pressoché certamente non si produrrebbe, è quasi impossibile che, ove l'evento si sia prodotto e vi sia stato il dolo di produrlo, possano esservi dei dubbi sulla causalità della condotta; mentre ove l'evento si sia prodotto, ma nessuna condotta sia stata prescelta proprio per produrlo (cioè non vi sia dolo intenzionale), può darsi assai più facilmente il dubbio che l'evento sia stato prodotto, piuttosto che dalla condotta pericolosa (colposa) che sia stata posta in essere, da qualche altra sequenza causale.

Si noti fin d'ora, peraltro, che **si collocano nel secondo schema** – quello, cioè, che *ex art.* 43 c.p. identifica il reato colposo – **anche le figure del dolo diretto e del dolo eventuale** (v. *infra*), figure di creazione dottrinale e giurisprudenziale nelle quali l'evento, in realtà, non è voluto (non è oggetto di *intenzione*): il che rappresenta, specie per il dolo eventuale, un'indubitabile forzatura di quanto stabilito all'art. 43 c.p. e, in tal modo, del principio costituzionale di legalità.

7.3. I profili di contraddittorietà del modello punitivo concernente la responsabilità colposa.

Già da quanto s'è detto emerge chiaramente, peraltro, quella che possiamo definire un'**aporìa** di fondo relativa allo schema **del reato colposo di evento** (ma anche del dolo eventuale: v. *infra*), vale a dire un'intrinseca contraddittorietà del medesimo sia dal punto di vista della ragionevolezza preventiva, sia con riguardo al principio di colpevolezza (v. *infra*): **il reato colposo, infatti, colpisce il soggetto più sfortunato fra molti trasgressori egualmente rimproverabili**, vale a dire il solo soggetto la cui condotta antidoverosa (e pericolosa) sfocia effettivamente nel prodursi dell'evento lesivo (fra molte altre, di regola, che non vedono realizzarsi un tale effetto).

Ciò, innanzitutto, non può produrre una prevenzione efficace, in quanto il soggetto che agisce consapevolmente in modo pericoloso farà ampiamente conto, oltre che sull'incidenza della cifra oscura (cioè sulla possibilità, che caratterizza tutti i reati, di non essere individuato come trasgressore), sulla probabilità, ordinariamente elevata rispetto alla singola condotta pericolosa (tanto più se *cosciente*), che l'evento lesivo non si realizzi.

Ciò, inoltre, si pone in **contrasto** – secondo un'accezione più estesa rispetto a quella tradizionale – **con il principio di colpevolezza** (v. *infra*), dato che non appare accettabile il fatto per cui, a parità di condotta colpevole (del c.d. disvalore della condotta), l'assenza di

conseguenze penali – non essendosi verificato l'evento lesivo – o il configurarsi di conseguenze penali talora drammatiche – ove l'evento lesivo si sia verificato – venga a dipendere *dal caso*: potrebbe in tal senso parlarsi di una *responsabilità oggettiva mascherata*.

Il problema risultava meno grave fino ad alcuni anni orsono, in quanto il reato colposo di evento non conduceva pressoché mai, nella pratica, a scontare una pena detentiva (grazie, soprattutto, all'applicabilità in caso di condanna della sospensione condizionale o dell'affidamento in prova): ma oggi, come più oltre si vedrà, non è più così, posto che il reato colposo può talora comportare detenzioni di lunga o anche lunghissima durata, come tali incompatibili con l'applicabilità degli istituti richiamati.

Potrebbe obiettarsi che il caso agisce anche nel rapporto tra reato consumato e tentativo (soprattutto compiuto), e altresì nel rapporto tra reato consumato e reato impossibile per intervenuta inesistenza dell'oggetto: ma resta il fatto che nel tentativo il mancato realizzarsi dell'evento costituisce l'eccezione, posto che la condotta è stata pianificata affinché l'evento si realizzi, mentre nel reato colposo l'eccezione è costituita dal realizzarsi dell'evento, posto che la condotta non è stata pianificata per quel fine.

Onde realizzare una buona prevenzione vi è l'esigenza di operare, piuttosto, un **intervento anticipato rispetto al momento in cui una certa condotta pericolosa cagioni un evento lesivo**: vale a dire un intervento riferito già alla realizzazione delle condotte pericolose, attraverso, soprattutto, sanzioni amministrative o sanzioni penali non detentive (si pensi alle sanzioni concernenti la violazione delle norme sulla circolazione stradale o delle norme – v. *infra* – intese alla prevenzione degli infortuni sul lavoro).

È dunque opportuno sottolineare incidentalmente che **non devono confondersi** tra di loro (nonostante alcune interazioni) **il concetto appena richiamato di prevenzione anticipata** (che concerne il contrasto delle condotte dalle quali potrebbe derivare l'evento rilevante ai fini penali) **e il concetto di prevenzione primaria** (che concerne, come già sappiamo, l'intervento sui fattori che favoriscono la criminalità, rilevanti prima dell'attivazione di condotte penalmente significative).

Risulta peraltro **disfunzionale** ai fini di una buona prevenzione anticipata **la mancanza di un apparato di pene principali non detentive** (si consideri, a tal proposito, che l'alternativa tra la qualificazione di un illecito non sanzionato in modo detentivo come illecito penale – oggi sanzionabile, in Italia, soltanto con la pena pecuniaria della multa o dell'ammenda – o come illecito amministrativo dipende soprattutto da considerazioni riguardanti l'opportunità dell'affidare o meno alla pubblica amministrazione, piuttosto che alla magistratura penale, la gestione di determinati contenziosi, vale a dire da considerazioni riguardanti la sussistenza o meno della necessità di fare affidamento, circa una data materia, ai maggiori poteri di indagine, per un verso, nonché alle maggiori garanzie e alla maggiore indipendenza, per l'altro verso, che caratterizzano l'esercizio della giustizia penale).

In ogni caso, risulta oggi riscontrabile, circa la problematica evidenziata, una vera e propria c.d. **schizofrenia del legislatore penale**, che ha agito negli ultimi decenni in modo ambivalente: ha sì rafforzato, infatti, talune discipline finalizzate all'intervento diretto sulle condotte pericolose, cioè di c.d. prevenzione *anticipata* (si pensi per esempio, soltanto, al d.lgs. n. 81/2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: v. *infra*); ma nel contempo **ha progressivamente enfatizzato, in alcuni settori, il livello della pena**

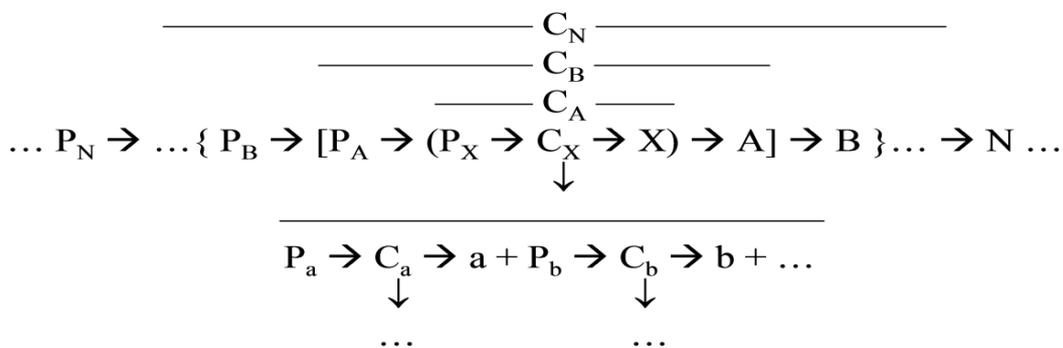
applicabile nel caso della produzione di un evento non voluto, come accade nelle ipotesi aggravate delle lesioni e dell'omicidio colposi o in quelle dell'omicidio stradale e delle lesioni stradali (v. *infra*): fino a livelli di pena vicini a quelli dei corrispondenti delitti dolosi (si rammenti, a tal proposito, ciò che già osservavamo in tema di c.d. *populismo penale*).

Considereremo più oltre, del resto, il caso estremo di alcune sentenze che sono pervenute ad applicare, perfino nel caso di causazione dell'evento non voluto a seguito della violazione di regole cautelari relative a condotte in sé lecite, le pene previste per la causazione dolosa dell'evento, facendo ricorso all'imputazione per **dolo eventuale**: orientamento, quest'ultimo, cui si confida abbia posto freno Cass. s.u. 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp), che ha espresso un orientamento molto chiaro in merito alla volontà come fondamento del dolo, in contrasto con le tendenze alla *normativizzazione* del medesimo, e ha delineato una definizione del dolo eventuale che valorizza lo stato psicologico espresso dalla formula di Frank (v. *infra*).

7.4. La catena motivazionale delle condotte.

Il quadro sin qui delineato fa apparire utile, prima di passare all'approfondimento delle caratteristiche relative al reato doloso e a quello colposo, una digressione circa **l'iter motivazionale complessivo del comportamento umano**, vale a dire sul concatenarsi delle triadi prospettiva-condotta-evento.

Ciascuna catena $P_X \rightarrow C \rightarrow X$ costituisce, nel suo insieme, la condotta (C_A) derivante da una prospettiva mentale antecedente (P_A) e orientata a un evento ulteriore (E_A), catena questa che, a sua volta, costituisce la condotta C_B derivante da una prospettiva antecedente P_B e orientata a un evento ulteriore E_B , e così via (a sua volta la condotta C può essere suddivisa in ulteriori catene del tipo $P_X \rightarrow C \rightarrow X$, fin quando la condotta non potrà più essere suddivisa essendo venuta a coincidere con un mero movimento corporeo). Tutto questo, dunque, secondo il seguente schema:



Si consideri che, talora, la norma penale dà rilievo a prospettive pregresse – *alla prospettiva della prospettiva* – in quanto **moventi** o **motivi** (per esempio ai fini di determinate circostanze aggravanti o attenuanti o ai fini dell'art. 133 c.p.), oppure in quanto fini ulteriori necessari per il configurarsi del reato (si tratta delle fattispecie che richiedono il *dolo*

specifico).

In particolare, la categoria del **dolo specifico** concerne i casi in cui la norma penale richiede, per il configurarsi del fatto tipico, che la condotta risulti finalizzata a un certo scopo ulteriore rispetto alla causazione dell'evento naturalistico rilevante ai fini di un certo reato (oppure rispetto alla condotta, ove si tratti di un reato di pura condotta): senza necessità, tuttavia, che tale scopo si realizzi (risulterà peraltro necessaria in tal caso, come presupposto della finalizzazione soggettiva della condotta, l'idoneità oggettiva della condotta medesima alla causazione dell'evento).

Lo schema poco sopra illustrato consente fra l'altro di riflettere sulla troppo scarsa attenzione dedicata dal diritto penale all'interrogativo circa il *perché* si determini una data prospettiva mentale, da perseguirsi secondo un dato progetto causale (per lo più il diritto penale si limita a ricostruire per esclusione le prospettive mentali che abbiano operato, senza interrogarsi ulteriormente: salvo solo il caso estremo costituito dall'esclusione dell'imputabilità).

E, in effetti, il giudice procede nel suo accertamento *a ritroso*, muovendo dall'evento potenzialmente rilevante ai fini penali che si sia verificato (quanto si dirà, tuttavia, vale in linea di principio anche con riguardo all'evento in senso giuridico, cioè all'offesa del bene tutelato, che deve pur sempre sussistere anche nei reati di pura condotta): onde verificare, in primo luogo, *se l'evento sia stato causato da una condotta umana*, posto che, ovviamente, è solo di tale eventualità che si occupa il diritto penale.

Dovrà dunque essere accertato il sussistere del nesso di causalità tra l'evento stesso e una tale condotta. Mentre, successivamente, il giudice dovrà interrogarsi, come vedremo, circa la prospettiva mentale che abbia dato causa alla condotta produttiva dell'evento: vale a dire, dovrà prendere in considerazione un *secondo nesso causale*, nel cui ambito la condotta non costituisce più l'antecedente, bensì il conseguente (riferito alla prospettiva mentale: v. *infra*).

7.5. La volizione quale caratteristica del reato doloso e il suo accertamento.

Passando, ora, ad analizzare la forma base dell'imputazione soggettiva, vale a dire quella fondata sul dolo, deve innanzitutto constatarsi che il codice penale italiano (a differenza, per esempio, di quello tedesco) fornisce all'art. 43, co. 1, c.p., una definizione del reato doloso, che qualifica preliminarmente (in conformità a quanto più sopra si è esposto) *secondo l'intenzione*, a differenza del reato colposo, che qualifica *contro l'intenzione*: una definizione, quella del dolo, la quale risulta fondata sulla **rappresentazione e sulla volizione dell'evento**.

È la volizione, peraltro, che costituisce elemento caratteristico del dolo, in quanto la rappresentazione dell'evento, come già si diceva, può essere presente anche nella colpa, nel qual caso si tratterà di colpa cosciente (sui profili problematici relativi all'accertamento del profilo rappresentativo v. *infra*).

Richiamando quanto già s'è detto *supra* circa la struttura finalistica delle condotte umane, per valutare se una condotta – della quale si sia già comprovata la causalità rispetto al prodursi dell'evento penalmente significativo – risulti dolosa o colposa (o anche caratterizzata da dolo diretto o da dolo eventuale), vale a dire per accertare l'elemento

soggettivo del reato, **il giudice dovrà interrogarsi in primo luogo**, come già sappiamo, **su quale sia stata la prospettiva mentale (P) che abbia dato causa alla condotta (C) produttiva dell'evento (E)** e dunque dovrà chiedersi, in particolare, se tale prospettiva abbia avuto per oggetto un evento X qualsiasi (P_x) o proprio l'evento E (P_E): caso, quest'ultimo, in cui la condotta potrà dirsi caratterizzata dal dolo intenzionale;

In particolare, pertanto, **l'accertamento della volizione** (ovvero dell'intenzionalità) **nel dolo**, richiederà di prendere in considerazione il nesso causale tra la condotta (C) e la prospettiva mentale (P) che, per l'appunto, le abbia dato causa: tenendo conto del fatto che mentre nell'accertamento del nesso di causalità tra la condotta (C) e l'evento (E) la condotta stessa costituisce *l'antecedente* (rispetto all'evento), nell'accertamento dell'elemento soggettivo la condotta (C) costituisce il *conseguente*, rispetto alla prospettiva mentale (P).

Come, allora, il giudice potrà accertare quale sia stata la prospettiva (P) che abbia dato causa alla condotta (C) e, in particolare, se tale prospettiva sia stata proprio quella di cagionare l'evento (E)? In altre parole, come il giudice dovrà condurre **l'accertamento** circa il sussistere o meno **del dolo** intenzionale?

A tal proposito va segnalata innanzitutto **l'inadeguatezza del mero riferimento generico**, circa l'accertamento del dolo (intenzionale), **a massime di esperienza**, cioè a regolarità riguardanti il comportamento umano in rapporto alla presenza di un dato fattore (del tipo: chi ha subito un torto, si vendica): regolarità, si noti, che comunque saranno sempre di tipo statistico, stante la capacità di autodeterminazione degli esseri umani (per cui, a differenza delle leggi scientifiche riscontrabili tra accadimenti naturalistici, il fatto che una massima di esperienza possa essere smentita in un certo numero di casi *non la falsifica*: è contemporaneamente vero, per esempio, sia che vi sono persone le quali avendo subito un torto si vendicano, sia che si sono persone le quali avendo subito un torto non si vendicano).

Il rischio, infatti, è quello di trascurare, facendo riferimento per l'accertamento del dolo a massime di esperienza (essendo, in effetti, abbastanza facile reperire massime di esperienza utili all'ipotesi accusatoria), fattori rilevanti nel caso concreto che le smentiscano. Per esempio, se A ha travolto, in automobile, B e risulta che A avesse subito in precedenza dei torti da B, si potrebbe essere indotti a concludere che la condotta di A è stata dolosa, in forza della massima di cui sopra: quando invece l'attenta considerazione dell'intero contesto situazionale potrebbe condurre a conclusioni diverse.

In realtà, per accertare che proprio una certa prospettiva mentale P abbia dato causa alla condotta C e, quindi, per accertare il dolo intenzionale (cioè che la prospettiva P fosse proprio quella di cagionare l'evento E verificatosi), **si dovrà escludere ogni diversa prospettiva mentale che possa plausibilmente** (cioè secondo una massima di esperienza) **aver dato causa alla condotta**: il che può avvenire solo **attraverso la descrizione più accurata possibile del contesto in cui la condotta è stata tenuta** (meglio, infatti, viene descritto tale contesto, più si riduce il ventaglio delle prospettive rispetto ad esso plausibili).

Si pone, con ciò, una problematica simile a quella già considerata in materia di causalità, con riguardo alla *pluralità delle cause* (v. *supra*): salvo che nel nostro caso, a differenza di quello richiamato, non sarà utilizzabile, in aggiunta, il *criterio storico*: circa l'accertamento della causalità tra condotta ed evento, infatti, si discute di un *conseguente* (l'evento) e di un *antecedente* (la condotta ipotizzata causale) che si sono entrambi verificati, e si tratta di stabile se tra di essi c'è stato un nesso causale, laddove invece circa l'accertamento del dolo è dato

solo il *conseguente*, rappresentato dalla condotta, e si tratta di individuare l'*antecedente*, vale a dire quale prospettiva mentale abbia dato causa alla condotta stessa).

7.6. La natura della responsabilità colposa.

A differenza di quella per dolo, la responsabilità per colpa richiede che l'**evento** lesivo prodottosi costituisca la **conseguenza non voluta di una condotta la quale abbia creato il rischio non consentito della sua causazione**: così che l'addebito di colpa consiste, essenzialmente, nel **non aver ottemperato allo standard comportamentale richiesto**, per una certa attività, onde evitare il prodursi dell'evento offensivo determinatosi, vale a dire nell'aver trasgredito una **regola cautelare (o di diligenza)** relativa a tale attività (salvo quanto verrà detto *infra* in tema di c.d. *doppia misura* della colpa).

Si deve pertanto osservare, preliminarmente, che nel nostro sistema penale una condotta rileva ai fini della colpa non per il mero risultare trasgressiva di una regola cautelare, ma per il fatto di avere causato, in tal modo, un evento lesivo. Ciò in quanto una condotta di quel tipo che sia vietata dall'ordinamento penale *di per sé stessa* rileva, ai sensi, dell'art. 42, co. 1, c.p., come condotta volontaria e dunque, salvo quanto subito si dirà, come condotta *dolosa* (ad esempio, procedere in automobile senza aver rispettato il semaforo rosso, oppure tenere una delle condotte negligenti che rilevano ai fini della bancarotta semplice, significa tenere una condotta volontaria, vale a dire, in linea di principio, dolosa).

Simile assetto, tuttavia, si rende problematico nel caso in cui la tenuta di una tale condotta venga qualificata come delitto (s'è parlato, in proposito, di c.d. *delitti contravvenzionali*), posto che i delitti, *ex art. 42, co. 2, c.p.*, richiedono il dolo. Si tratta di evitare, infatti, che in quel caso il dolo (art. 43, co. 1, c.p.) venga ad assumere contorni del tutto esangui, poiché *appiattiti* sulla mera volontarietà della condotta materiale (art. 42, co. 1, c.p.): per cui deve ritenersi che in ipotesi di quel tipo, onde far sì che il dolo mantenga un contenuto sostanziale, sia comunque richiesta la consapevolezza, nel soggetto agente, del carattere antiggiuridico della sua condotta, in deroga a quanto stabilito dall'art. 5 c.p. (il quale, come diremo *infra*, prevede l'irrilevanza dell'errore sul divieto penale, a meno che risulti inevitabile).

Il problema, invece, non si pone, almeno per la maggior parte delle ipotesi, se la condotta che viola una regola cautelare è qualificata come contravvenzione, posto che le contravvenzioni sono comunque punibili anche per colpa (art. 42, co. 4, c.p.).

Sia con riguardo a simili contravvenzioni, sia con riguardo in genere ai reati colposi, risulta nondimeno problematico il caso in cui la violazione della regola consista in una omissione per mera dimenticanza o, comunque, per una radicale non percezione delle circostanze che esigono di assumere il comportamento doveroso. A questo proposito, infatti, si propongono le questioni evidenziate poco sopra, relative ai requisiti di coscienza e volontà delle condotte rilevanti ai fini penali.

Fermo quanto s'è detto, ai fini della colpa occorre prioritariamente che il soggetto cui si attribuisca la violazione di una regola cautelare sia **un soggetto competente** a contrastare il prodursi dell'evento lesivo nei confronti della persona offesa: un soggetto, dunque, che possa essere individuato come *garante* rispetto alla gestione del rischio che si sia risolto a

danno della specifica persona offesa (si considerino due esempi tratti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione: il datore di lavoro in un'impresa di nettezza urbana, pur dovendo governare i fattori di rischio derivanti, per i lavoratori, dall'espletamento delle loro mansioni, non può essere ritenuto competente rispetto al mal funzionamento di un cancello presso uno dei tanti luoghi di raccolta dei rifiuti, ove ne sia derivato un danno per il lavoratore; e sebbene, per esempio, fossero presenti in un cantiere edile fattori di rischio che, in effetti, si sarebbero dovuti annullare o controllare, ciò non può comportare la responsabilità del titolare di quel cantiere rispetto a danni che si siano prodotti verso chi, poniamo, si sia introdotto nottetempo nel cantiere stesso, avendo forzato il cancello d'ingresso).

Ciò premesso, ai fini della colpa necessita – ai sensi dell'art. 43 c.p. – che l'evento non voluto rilevante sul piano penale costituisca l'effetto

- o della violazione di una **regola** finalizzata a evitarlo **scritta** («*inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*»): c.d. **colpa specifica**;

- oppure della violazione di una **regola** finalizzata a evitarlo **non scritta** (*negligenza o imprudenza o imperizia*): c.d. **colpa generica**.

Una **regola** la quale, in ogni caso, doveva risultare **nota, e conoscibile dal soggetto agente, già al momento in cui questi abbia tenuto la sua condotta e non, invece, risultare tale, o essere addirittura formulata, soltanto ex post, nel momento del processo**.

L'**evento** penalmente rilevante ai fini del reato colposo dovrà configurarsi, in tal modo, **come effetto della creazione di un rischio non consentito del suo prodursi**, attraverso la violazione di una regola *scritta* o *non scritta* finalizzata a evitarlo (posto che una condotta potrà dirsi rischiosa rispetto al prodursi di un evento ove risulti idonea, secondo un giudizio *ex ante*, a determinarlo: salvo tuttavia il problema – v. *infra* – dell'entità del rischio a tal fine rilevante).

Ciò premesso, ai fini dell'imputazione *soggettiva* della colpa risulterà necessario, in primo luogo, che il rischio dovesse essere percepito e, in particolare, che **l'evento dovesse essere preveduto** da parte del soggetto agente, al pari di come l'avrebbe dovuto prevedere (secondo un iter causale analogo a quello che abbia cagionato l'evento) qualsiasi individuo il quale avesse intrapreso una condotta come quella di cui si discute, nelle medesime circostanze e nelle medesime condizioni soggettive in cui abbia operato il soggetto agente (fatta salva l'impossibilità per quest'ultimo di agire nel caso concreto come avrebbe dovuto, in forza di motivi che non gli siano addebitabili: v. *infra*): il primo elemento per l'imputazione della colpa, dunque, è dato dal fatto che **il soggetto agente avrebbe dovuto prevedere il verificarsi dell'evento**.

Tale primo elemento, tuttavia, non risulta sufficiente: sarà necessario altresì, affinché quel rischio possa dirsi *non consentito*, che **il soggetto agente avrebbe dovuto evitare di tenere la condotta**: posto che correre certi livelli di rischio non di rado è permesso dall'ordinamento e, in certi casi, è doveroso (si pensi a un'operazione chirurgica certamente rischiosa, ma indispensabile per cercare di salvare il malato).

Non basta dunque, ai fini della colpa, che il possibile verificarsi di un evento offensivo come esito della tenuta di una data condotta si dovesse prevedere o che, addirittura, sia stato effettivamente previsto: vi sono molti casi, infatti, nei quali una condotta pur implicante rischi non è in sé antiggiuridica, ma lo diventa solo se essa non potesse essere

evitata con maggior danno. In altre parole, **non è sufficiente, ai fini del rimprovero di colpa, la prevedibilità dell'evento, proprio perché il rischio** di cui si doveva essere consapevoli **potrebbe risultare lecito**: per cui è necessario domandarsi, altresì, se la condotta fosse o meno da evitarsi.

In questo senso, **la colpa consiste nel non aver ottemperato ai criteri comportamentali richiesti per una certa attività** onde evitare che da essa derivino eventi lesivi, vale a dire nell'aver agito sebbene un dato evento lesivo *si dovesse prevedere* come conseguenza possibile della condotta, in un contesto nel quale la condotta avrebbe dovuto essere *evitata* (sempre che il soggetto – v. *supra* – fosse *competente* rispetto alla gestione del rischio nei confronti della persona offesa).

La categoria della colpa come criterio dell'imputazione soggettiva di un reato, pertanto, **ha contenuto prioritariamente normativo, e non psicologico** (come invece il dolo), consistendo in un *giudizio*: quello di non aver rispettato lo *standard* comportamentale richiesto per una determinata attività (salvo quanto si dirà, come già annotato, circa l'impossibilità incolpevole soggettiva di conformarsi al suddetto standard, vale a dire circa la c.d. *doppia misura* della colpa);

Ma come si può rispondere alla domanda se, da parte del soggetto agente, l'evento dovesse essere preveduto e la condotta dovesse essere evitata?

7.6.1. Le modalità di accertamento della colpa specifica.

La risposta è più semplice quando sussista, rispetto alla condotta della quale si discuta, una regola di diligenza *scritta*, cioè positivizzata (è l'ipotesi della **colpa specifica**, cui si riferisce l'art. 43 c.p. avendo riguardo a *leggi, regolamenti, ordini o discipline*): regola la quale rende palese il rischio connesso alla tenuta di una determinata condotta e segnala entro che limiti, o con quali modalità, quest'ultima, in di regola, possa essere lecitamente tenuta.

In tal caso, infatti, si tratterà di confrontare la condotta posta in essere dal soggetto agente con quella espressamente richiesta: senza che l'osservanza di quest'ultima esoneri, peraltro, da eventuali doveri comportamentali ulteriori, suscettibili di rilievo in termini di colpa generica.

La regola scritta, in altre parole, formalizza in presenza di quali condizioni si possa ordinariamente ritenere che l'evento dovesse essere preveduto e che la condotta dovesse essere evitata.

Il carattere fortemente standardizzato del criterio comportamentale valido, in genere, per tutti coloro che tengano una certa attività rende tuttavia maggiormente probabile per quanto riguarda la colpa specifica, rispetto a quanto dovrebbe accadere con riguardo a una colpa generica correttamente ricostruita, che possano sussistere circostanze le quali non abbiano consentito al soggetto agente di adeguarsi alla regola comportamentale scritta (da valutarsi, come più volte s'è detto, sul piano della c.d. *doppia misura* della colpa).

Appaiono alquanto discutibili, in ogni caso, norme cautelari scritte così indeterminate (in contrasto con il principio di legalità) da rendere praticamente impossibile al soggetto agente il poter far conto sulla correttezza della propria condotta: si consideri, per esempio, la problematica interazione tra le altre norme del codice della strada, che fissano in materia

di velocità limiti precisi, e l'art. 141, co. 1, del medesimo codice (d.lgs. n. 285/1982), secondo cui «è obbligo del conducente regolare la velocità del veicolo in modo che, avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato ed al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo [!] per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione».

Resta nondimeno aperto, altresì, il problema della scarsa determinatezza che caratterizza le fonti della regola scritta richiamate nell'art. 43 c.p., specie per quanto concerne gli ordini e le discipline. Il che evidenzia come si proponga non solo con riguardo alla colpa *generica*, ma anche con riguardo alla colpa *specificata*, una violazione sostanziale, circa la delimitazione della responsabilità penale colposa, del principio relativo alla *riserva di legge*.

7.6.2. Le modalità di accertamento della colpa generica.

L'accertamento della responsabilità per colpa risulta, invece, più problematico quando una regola di diligenza positivizzata non sia disponibile (vale a dire nell'ipotesi della **colpa generica**, cui fa riferimento l'art. 43 c.p. avendo riguardo a *negligenza, imprudenza o imperizia*), posto che in tal caso **il comportamento dovuto nella situazione concreta dovrà inevitabilmente essere ricostruito a posteriori (ma non formulato ex novo!) dal giudice**: anche per quanto concerne la colpa generica, in altre parole, la regola summenzionata, ancorché non scritta, doveva già risultare nota, e conoscibile dal soggetto agente, al momento della sua condotta.

Ai fini dell'accertamento si deve muovere, anzitutto, dall'assunto secondo cui l'evento doveva essere previsto quando fosse possibile prevederlo (**prevedibilità dell'evento**): quando, dunque, fosse *prevedibile*. Ma prevedibile da parte di chi?

Nonostante l'esigenza di individualizzare il giudizio sulla responsabilità colposa, tenendo rigorosamente conto della reale situazione in cui si sia trovato ad operare il soggetto agente, non potrà giungersi ad affermare che il giudizio sulla prevedibilità dell'evento (come pure quello parallelo sulla evitabilità della condotta: v. *infra*) debba essere effettuato dal punto di vista dell'*agente concreto* (che potrebbe non esser stato in grado di *prevedere* l'evento (o evitare la condotta) proprio in ragione di un suo comportamento antidoveroso: si pensi a un medico che da anni non curi il suo aggiornamento): ove così si affermasse, infatti, verrebbe meno il carattere stesso di giudizio *normativo* proprio del rimprovero di colpa, cioè volto a riscontrare l'eventuale contrasto della condotta rispetto a uno standard comportamentale socialmente richiesto.

Orbene, alla domanda di cui sopra si risponde, tradizionalmente, che la prevedibilità dell'evento (al pari dell'evitabilità della condotta: v. *infra*) dev'essere valutata dal punto di vista dell'**agente modello** inerente al settore di attività del quale ci si occupa. Un'**espressione** la quale, tuttavia, va gestita con molta cautela e preferibilmente abbandonata, in quanto **troppo facilmente utilizzabile per riferire il giudizio a un soggetto ideale che sa sempre prevedere tutto e sa sempre scongiurare qualsiasi evento offensivo**: col pericolo che, di conseguenza, si compia una valutazione riferita non già al contesto situazionale concreto in cui abbia operato il soggetto agente, alle sue competenze professionali esigibili e alle conoscenze che, rispetto al caso concreto, era in grado di

acquisire, bensì alla luce di tutto quanto si sia reso conoscibile solo a posteriori e, pertanto, sulla base di una regola comportamentale creata, essa pure, a posteriori dal giudice.

È dunque necessario precisare che quel giudizio andrà effettuato **sulla base delle conoscenze note e delle prassi comportamentali riconosciute come valide, all'epoca della condotta, nella cerchia di coloro che svolgono l'attività o la professione della quale si discuta, avendo riguardo al contesto effettivo in cui abbia agito l'agente concreto e alle sue caratteristiche professionali**: escludendo soltanto il rilievo dei fattori di ostacolo all'agire doveroso addebitabili alla sua responsabilità.

L'espressione *agente modello* (insieme a quella, forse meno equivocabile, di *homo eiusdem professionis vel condicionis*) può dunque essere utilizzata solo se intesa come riassuntiva dei requisiti appena indicati.

Non sarà sufficiente, per esempio, che si affermi la prevedibilità (o addirittura la previsione) dell'evento conseguente a una data condotta in base al solo fatto che il soggetto agente rivesta una certa posizione (per esempio quella di imprenditore), supponendo che abbia acquisito tutte le conoscenze, talvolta innumerevoli, teoricamente riferibili a quella posizione: rispetto a conoscenze non ordinarie si tratterà di domandarsi, piuttosto, se vi siano stati nel contesto concreto segnali idonei a indurre un professionista serio del medesimo settore ad acquisire o approfondire certe conoscenze di carattere particolare.

In certa misura, dunque, si cerca di avvicinare il livello di determinatezza nell'accertamento della colpa *generica* a quello proprio della colpa *specificata*, al fine di evitare accertamenti della colpa sostanzialmente presuntivi.

Si tratterà, poi, di rispondere al quesito circa il sussistere o meno del dovere di evitare la tenuta della condotta (**evitabilità della condotta**), vale a dire circa il sussistere o meno, alla luce del contesto concreto, del dovere di astenersi da una condotta pericolosa, nell'assenza di una regola scritta (come si osservava *supra*, infatti, **la circostanza per cui taluno agisca pur potendo prevedere o prevedendo che la sua condotta possa talora cagionare un evento lesivo** – cioè potendosi rendere conto, o rendendosi conto, del carattere rischioso del suo agire – **non implica ancora la colpa, perché sussistono rischi consentiti** e, anzi, rischi che è doveroso correre: altrimenti i chirurghi, per esempio, non opererebbero mai).

Deve osservarsi che tale giudizio – il quale andrà esso pure effettuato dal punto di vista di cui s'è detto in rapporto al giudizio di prevedibilità – risulta meno problematico **quando rischi e benefici riguardino il medesimo individuo**, potendosi operare in tal caso un bilanciamento fra gli stessi (si pensi ai rischi e ai benefici prevedibili, per il medesimo paziente, di un difficile intervento chirurgico).

Quel giudizio, invece, risulterà assai più problematico **quando rischi e benefici riguardino individui diversi**: in quest'ultima ipotesi, infatti, si pone il problema se davvero il criterio della diligenza riferito alla responsabilità colposa possa consistere nel criterio del c.d. rischio zero, cioè dalla esclusione *ex ante* di qualsiasi rischio, benché minimo: il che, d'altra parte, solleva il problema generale del rischio minimo (cioè del livello minimo di prevedibilità dell'evento) significativo ai fini della responsabilità colposa.

Ciò, fra l'altro, finisce per creare un differenza singolare rispetto alla colpa specifica: mentre, infatti, rispetto a quest'ultima la regola scritta rappresenta una *mediazione* tra benefici e rischi (un *compromesso*, non di rado discutibile) che può finire per tollerare rischi talora nient'affatto marginali, nel caso della colpa generica, non sussistendo una regola

scritta, parrebbe potersi giungere a considerare rilevante ai fini della colpa anche un rischio – un livello di prevedibilità *ex ante* dell'evento – molto modesto. Così che da questo punto di vista il criterio di imputazione della (meno determinata) colpa generica finisce per essere più severo di quello relativo alla colpa specifica. Il che appare, in effetti, ben poco ragionevole (rispetto ai comportamenti non regolamentati il dovere cautelare risulterebbe assai maggiore).

Deve quantomeno escludersi, in ogni caso, che possano assumere rilievo ai fini dell'imputazione di un reato colposo regole (non scritte o, eventualmente, anche scritte) meramente precauzionali, vale a dire che possa assumere rilievo a quei fini una prevedibilità dell'evento non suffragata da leggi scientifiche, ma riconducibile soltanto a elementi di attendibilità più o meno plausibile. La teorizzazione relativa al bene giuridico esclude, infatti, di poter punire, sacrificando diritti fondamentali di un individuo, ove non sia neppure certo che la condotta di tale individuo abbia creato effettivamente un rischio rispetto al determinarsi dell'evento verificatosi.

Se lo ritiene, il legislatore, semmai, può vietare comportamenti ritenuti in contrasto con esigenze precauzionali: ma, per i medesimi motivi, non dovrebbe farlo prevedendo, rispetto al caso in cui tali divieti fossero trasgrediti, sanzioni di carattere penale, bensì facendo ricorso a illeciti amministrativi.

Lo stesso, peraltro, dovrebbe valere, riteniamo, rispetto a casistiche in cui la pericolosità di una certa condotta sia attestata, ma ad un livello tale per cui la prevedibilità *ex ante* dell'evento risulti particolarmente modesta.

7.6.3. La cd. *doppia misura* della colpa.

Non è tuttavia sufficiente, onde ascrivere la responsabilità per colpa, aver accertato secondo i criteri summenzionati l'avvenuta violazione di una regola (scritta o non scritta) finalizzata a evitare l'evento; **bisognerà domandarsi, in effetti, non solo se il soggetto agente abbia disatteso lo standard comportamentale oggettivamente richiesto per una data attività, ma anche se quel soggetto sia stato soggettivamente in grado di ottemperare a quello standard nel caso concreto** (salva l'irrilevanza scusante di cause addebitabili alla sua colpevolezza): si pensi al caso del medico che sia costretto a operare nuovamente in stato di grande stanchezza, per un'urgenza, dopo un lunghissimo intervento chirurgico (data, poniamo, l'accidentale indisponibilità di altri medici in grado di affrontare quel caso), con riguardo a un errore dovuto proprio a tale incolpevole condizione; oppure al caso in cui le pregresse e ormai immodificabili condizioni culturali di un dato soggetto non gli abbiano consentito di adeguarsi al comportamento dovuto.

Si tratta della problematica che si è soliti indicare come **doppia misura (oggettiva e soggettiva) della colpa**, problematica negli ultimi anni giustamente valorizzata onde contrastare le tendenze, di cui s'è detto, a operare presunzioni nell'accertamento della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento.

Si noti, peraltro, che la corretta ricostruzione della *colpa generica* secondo quanto sopra s'è evidenziato (riferendo, cioè, i giudizi di prevedibilità dell'evento e di evitabilità della condotta al contesto effettivo, situazionale e personale, in cui abbia agito l'agente concreto,

escluso soltanto il rilievo di fattori del cui sussistere lo stesso soggetto agente risulti responsabile) potrebbe stemperare, almeno in certa misura, la questione: che invece, come osservavamo, assume contorni forse più delicati per quanto concerne la *colpa specifica*, posto che in quest'ultimo caso la regola scritta risulta espressa non già con riguardo alle peculiarità della situazione concreta in cui si sia trovato ad agire un determinato soggetto, bensì secondo un criterio valido in termini generali.

Il tema della doppia misura della colpa esige, fra l'altro, che siano tracciati in modo non strumentale i confini della c.d. **colpa per assunzione**, cioè della colpa dipendente dall'aver assunto un'attività o un compito nonostante la consapevolezza del non possedere competenze adeguate a quelle richieste per il loro svolgimento. È chiaro, infatti, che potrebbe risultare facile aggirare la problematica della doppia misura della colpa presumendo nel soggetto agente la coscienza di tale inadeguatezza o non considerando un'eventuale impossibilità dell'astensione;

7.6.4. La causalità della colpa.

Accertato, secondo i criteri suesposti, il carattere effettivamente *colposo* di una data condotta, deve altresì rilevarsi che ai fini della responsabilità per colpa non è sufficiente, già lo si rilevava, che risulti causale la condotta posta in essere *naturalisticamente* dal soggetto attivo, come richiesto dall'art. 40, co. 1, ma altresì che risulti causale la violazione della regola finalizzata a evitare l'evento, come richiesto dall'art. 43 c.p. a proposito del reato colposo: norma la quale richiede – è la c.d. **causalità della colpa** – che l'evento si sia verificato «*a causa di negligenza o imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*», cioè che l'**evento** si sia verificato **come conseguenza causale della violazione di una regola** – nel primo gruppo di casi *non scritta*, nel secondo *scritta* (v. *supra*) – **finalizzata a evitarlo**.

Pertanto si potrà dire (applicando la formula della *condicio sine qua non*) che la causalità di tale violazione sussiste quando nel caso in cui la violazione non ci fosse stata – cioè nel caso in cui la regola suddetta fosse stata rispettata – l'evento non si sarebbe verificato.

Mentre **non sussisterà la causalità della suddetta violazione**, e quindi non sussisterà il reato, quando anche nel caso in cui la violazione non ci fosse stata – cioè anche nel caso in cui la regola suddetta fosse stata rispettata – l'evento si sarebbe verificato ugualmente: in altre parole **quando l'evento non sarebbe stato evitabile nemmeno tenendo la condotta doverosa, cioè il comportamento alternativo lecito**. Dunque, dovrà accertarsi, attraverso il giudizio controfattuale tipico della prova relativa alla causalità, se l'evento si sarebbe o meno verificato ove fosse stato tenuto il comportamento dovuto.

Necessita, in altre parole, che sia provata l'**evitabilità dell'evento** attraverso il rispetto della regola che il soggetto agente avrebbe dovuto rispettare (in questo caso, si noti, non viene in gioco l'evitabilità *della condotta*, di cui *supra*, bensì l'evitabilità *dell'evento*).

La prova della causalità penalmente significativa richiederà sempre, in questo senso, un giudizio controfattuale riferito al comportamento alternativo lecito. Non è decisivo, come già sappiamo, il fatto che guidare un'automobile sia stato causa di una lesione, bensì il fatto che lo sia stato, per esempio, il superamento del limite di velocità: e ciò lo si potrà affermare

ove si provi che, nel caso in cui il limite fosse stato rispettato, l'evento non si sarebbe prodotto, mentre non lo si potrà affermare nel caso in cui l'evento si sarebbe prodotto ugualmente anche rispettando quel limite: ad esempio perché una persona si sia immessa sulla carreggiata immediatamente prima del sopraggiungere di un'automobile, rendendo vano l'effetto di qualsiasi frenata. Del pari, la responsabilità colposa del medico che pure abbia agito in modo imperito dovrà essere esclusa ove l'evento dannoso per il paziente si sarebbe prodotto anche se il medico avesse tenuto il comportamento corretto.

Non basta, si noti, che sia risultata causale la violazione di una regola qualsiasi, ma **necessita che sia risultata causale proprio la violazione proprio di una regola finalizzata a evitare l'evento**: se Tizio tenendo la sinistra nella guida di un veicolo, secondo un ben noto esempio, fa schizzare un sassolino che acceca una persona, la sua violazione è sì risultata causale, ma non costituisce la violazione di una regola finalizzata a evitare quel tipo di eventi; se il medico violando il consenso, sebbene rispettando la *lex artis* (v. *supra*), ha operato essendone derivato un danno per il malato ha del pari posto in essere una trasgressione che è sì risultata causale, ma non costituisce, secondo l'iter argomentativo della citata sentenza Giulini, la violazione di una regola finalizzata a evitare un danno alla salute.

Si consideri inoltre che, diversamente dalle condotte (c.d. lecite di base) che possono essere tenute se si rispettano certe regole, nei **casi in cui una condotta non dev'essere essere mai tenuta** – p. es., sparare a una persona: ma ciò vale anche per tutte le condotte omissive penalmente rilevanti – il giudizio sulla causalità della condotta coincide con il giudizio sulla causalità della violazione concernente la regola finalizzata a evitare l'evento (con quella, cioè, che nei reati colposi costituisce la causalità della colpa). Chiedersi, infatti, che cosa sarebbe avvenuto se si fosse tenuto il comportamento alternativo lecito coincide, in quei casi, con il chiedersi che cosa sarebbe avvenuto se non si fosse tenuta la condotta stessa, in quanto sempre illecita.

Va peraltro evidenziato un **elemento contraddittorio**, sovente riscontrabile almeno in passato, **nella ricostruzione della c.d. causalità della colpa**: mentre il giudizio controfattuale nel caso di prova della causalità relativa alla condotta deve attestare *oltre ogni ragionevole dubbio* che in assenza della condotta (attiva od omissiva) l'evento non si sarebbe realizzato, nel giudizio controfattuale relativo al comportamento alternativo lecito in tema di reati commissivi colposi non di rado si è ritenuto sufficiente specie in giurisprudenza, onde affermare la responsabilità per colpa, il fatto che tenendo il comportamento alternativo lecito vi sarebbe stata una *significativa probabilità* di non realizzazione dell'evento offensivo (alcune sentenze indicavano addirittura una soglia, fissata al 30%, mentre un certo indirizzo dottrinale richiedeva, quantomeno, una probabilità superiore al 50%).

La razionalità, peraltro, di una simile diversità di valutazione, che pare in via di superamento, sfugge: tanto più ove si consideri che è piuttosto facile descrivere un medesimo comportamento sia come omissivo, sia come commissivo colposo per mancato rispetto di un certo adempimento. Va dunque ribadito che tutti gli elementi rilevanti ai fini della punibilità devono risultare provati *oltre ogni ragionevole dubbio*.

Secondo la visione richiamata, del resto, finirebbe per essere più garantito nell'ipotesi della causazione di un danno, poniamo, il medico che abbia ommesso in radice di visitare il malato, contravvenendo ai suoi doveri (trattandosi di una condotta omissiva, circa la quale

non si discute che la causalità debba essere provata oltre ogni ragionevole dubbio), rispetto al medico che abbia correttamente visitato il medesimo e, successivamente, abbia attivato la terapia necessaria, ma compiendo un errore nel corso della sua esecuzione (trattandosi di una condotta attiva colposa).

La stessa obiezione secondo cui applicando le regole generali circa l'accertamento della causalità della colpa sarebbe ben difficile punire a titolo di colpa quando si realizzi un evento lesivo non voluto sembra, in ogni caso, poco fondata: per dimostrare la causalità della colpa si tratta di dimostrare, infatti, che tenendo il comportamento alternativo lecito l'evento non si sarebbe realizzato secondo le modalità e nel contesto temporale in cui si è realizzato, e non che non si sarebbe realizzato in assoluto.

7.6.5. Cenni su problematiche particolari della responsabilità per colpa.

Appare opportuno rammentare, infine, che l'imputazione del reato per colpa solleva molte ulteriori problematiche particolari. Fra di esse, per esempio:

- Il tema relativo alla differenziazione delle responsabilità nell'ambito di *equipe* (si pensi alla *equipe* medico-chirurgica) o di collegi (consigli di amministrazione, collegi peritali, comitati etici per l'approvazione dei protocolli di sperimentazione clinica, ecc.);

- Il tema dell'**affidamento** che possa essere legittimamente riposto, senza ulteriore verifica, nella correttezza di comportamenti altrui;

- Il tema della c.d. **colpa di organizzazione**, cioè della rilevanza ai fini del prodursi di un evento offensivo non voluto di carenze organizzative o strutturali a monte del comportamento posto in essere dal soggetto che abbia tenuto la condotta immediatamente lesiva (si pensi all'inadeguatezza di una diagnosi medica per la obsolescenza dei macchinari disponibili): col duplice rischio di attribuire ogni responsabilità all'esecutore finale di una data mansione oppure, all'opposto, di considerare presuntivamente responsabile per ogni evento lesivo realizzatosi nel contesto dell'organizzazione chi rivesta responsabilità di vertice nell'organizzazione medesima;

- Il tema della **delega di funzioni**, da parte del soggetto titolare di obblighi nell'ambito di una organizzazione complessa. Opzione, questa, un tempo vista con diffidenza, come una forma di 'scarico' per contratto delle responsabilità penali sul soggetto delegato, ma successivamente riguardata come necessaria e avallata, in vari settori, dalla legge stessa (lo si è visto, per esempio, all'art. 16 d.lgs. n. 81/2008): posto che nell'ambito di sistemi complessi, soprattutto imprenditoriali, è solo attraverso una ponderata delega di funzioni da parte del soggetto investito dalla legge di determinati obblighi che può essere assicurata un'esecuzione *diligente* di quei medesimi obblighi, fermo peraltro il permanere nel delegante (come del resto nel capo-*equipe*) di un dovere, tale da poter assumere rilievo ai fini penali, di diligenza nella scelta (se a lui disponibile) dei collaboratori e di vigilanza circa la loro attività.

7.7. La previsione dell'evento.

La **previsione** del possibile realizzarsi dell'evento costituisce caratteristica propria sia del dolo che della **colpa con previsione, o cosciente** (sussistendo, invece, nella **colpa incosciente** la mera **prevedibilità** dell'evento).

Si noti che l'art. 43 c.p. (come anche l'art. 61, n. 3), non parla ai fini della colpa cosciente di (mera) rappresentazione del rischio, cioè di mera rappresentazione del carattere pericoloso della condotta (cioè del rischio a essa riferibile), ma di rappresentazione (previsione) dell'evento come possibile esito della condotta: evento che, dunque, dev'essere stato oggetto di rappresentazione ai fini della colpa cosciente secondo le caratteristiche concrete essenziali del suo realizzarsi (sulla problematicità di un simile accertamento v. *infra*).

L'art. 61, n. 3, c.p. prevede l'applicazione di una aggravante obbligatoria per la colpa cosciente. Simile scelta, tuttavia, è discutibile. A monte di una colpa incosciente, infatti, potrebbe esservi talora una trascuratezza rispetto a propri obblighi informativi non meno grave dell'agire nella previsione di un certo rischio; inoltre, chi agisce in colpa cosciente sarà disposto, ordinariamente, a correre soltanto rischi poco elevati e potrebbe essere che, proprio in forza della sua consapevolezza, ponga in essere cautele particolari onde arginare, comunque, tali rischi.

Si rammenti anche quanto esposto nella prima parte del § 7.2.

7.8. Il problema del dolo eventuale (e il dolo diretto).

È ben nota la creazione dottrinale e giurisprudenziale di forme del dolo nelle quali l'evento, in realtà, non è voluto (non è oggetto di *intenzione*), con una palese forzatura di quanto previsto dall'art. 43 c.p. e, in tal modo, del principio costituzionale di legalità (artt. 25 Cost. e 1 c.p.).

Ne consegue l'affiancamento alla figura del dolo quale descritta dal codice (**dolo intenzionale**) delle figure ulteriori costituite dal c.d. **dolo diretto** e dal c.d. **dolo eventuale (o indiretto)**, sebbene in esse, come nella colpa, la condotta non è adottata al fine di realizzare l'evento penalmente rilevante.

Risulta meno problematica, peraltro, la figura del **dolo diretto**, essendo essa chiaramente caratterizzata da uno stato psicologico diverso da quello del dolo intenzionale, ma anche da quello della colpa cosciente.

Il dolo diretto si caratterizza, infatti, per il sussistere della certezza oltre ogni ragionevole dubbio (non dunque, genericamente, di un'alta probabilità!) e per la cognizione soggettiva, egualmente in termini di certezza, del realizzarsi dell'evento non voluto.

Nel dolo diretto, dunque, il soggetto agente non è semplicemente consapevole di esporre con la sua condotta il bene tutelato a un certo rischio (come nella colpa cosciente), ma è consapevole di esporre quel bene a un danno certo. In altre parole, nel dolo diretto il soggetto agente è pienamente disposto, per raggiungere lo scopo della sua condotta, a pagare il prezzo costituito dal verificarsi (certo) dell'evento lesivo in sé non voluto.

Le cose stanno in modo assai diverso per il **dolo eventuale**, che vorrebbe individuare un

elemento aggiuntivo rispetto alla rappresentazione in termini di possibilità (e non di certezza) di un evento non voluto propria della colpa cosciente, in modo da far sì che una condotta avente le caratteristiche di quest'ultima sia punita non a titolo di colpa, ma a titolo di dolo: elemento aggiuntivo la cui individuazione si è rivelata oltremodo incerta.

L'estensione del dolo alla figura *eventuale* è stata inizialmente riferita ad eventi (per lo più di sangue) derivanti da condotte di base illecite (del tipo, rapinatore che per darsi alla fuga spara all'impazzata, o "punta" ad alta velocità una pattuglia di polizia, provocando la lesione o la morte della vittima quale fatto per sé non voluto ed *ex ante* incerto). Successivamente si è avuta un'estensione del ricorso a tale categoria nell'ambito penale economico, in quanto talora la giurisprudenza, non di rado, ha fatto emergere l'intento di non limitare la punibilità di delitti ricomprensibili nel diritto penale dell'economia al solo caso in cui risultasse provato il dolo intenzionale o diretto: ben sappiamo infatti, e lo si è già richiamato, che **ai sensi dell'art. 42, co. 2 e 4, c.p. i delitti sono puniti, di regola, solo per dolo**, a meno che sia espressamente prevista la loro punibilità anche per colpa (come accade per omicidio e lesioni), mentre le contravvenzioni sono sempre punite sia per dolo che per colpa. Come anche più sopra si osservava, tuttavia, negli anni iniziali del nuovo millennio il dolo eventuale è stato utilizzato anche in rapporto a omicidio e lesioni derivanti da condotte di base lecite (in particolare, dalla circolazione stradale), con conseguenze sanzionatorie molto pesanti. Tendenze dilatative, queste, cui si è opposta nel 2014 la sentenza della Cassazione a sezioni unite sul caso ThyssenKrupp (v. *infra*).

Si consideri preliminarmente, in ogni caso, che **la figura del dolo eventuale non rappresenta una forma diminuita del dolo, ma finisce per ridescrivere, rispetto a quanto previsto nel codice penale, i requisiti sufficienti per punire a titolo di dolo**: così che la definizione del dolo eventuale, nella misura in cui tale figura viva in giurisprudenza e dottrina, viene a costituire la *vera* definizione del dolo, in quanto indica gli elementi bastanti perché un delitto sia punibile per dolo.

E si consideri altresì che **anche nel dolo eventuale, come nella colpa** (e di per sé anche nel dolo diretto), **la condotta non è stata prescelta al fine di cagionare l'evento offensivo** penalmente rilevante. Solo nel caso di dolo *intenzionale*, infatti, la condotta viene individuata dal soggetto agente al fine di cagionare l'evento e lo è, di conseguenza, tra quelle che possano avere un'idoneità *elevata* a conseguire simile scopo: caratterizzandosi dunque per un alto livello statistico di pericolosità (potrebbe, peraltro, non essere stata scelta la condotta in assoluto maggiormente idonea per indisponibilità dei mezzi o perché la si ritenga maggiormente suscettibile di identificazione)

Nel contesto della colpa (soprattutto) cosciente, ma anche in quello del dolo eventuale, la condotta che cagiona l'evento non voluto manifesta di regola, invece, una modesta idoneità *ex ante* a cagionarlo, non essendo stata attivata per quel fine (tuttavia, potrebbe darsi più facilmente una condotta caratterizzata da un alto livello di pericolosità nella colpa incosciente, posto che il soggetto che agisce, in tal caso, non è di regola consapevole del rischio che sta producendo).

Sono dunque rari i casi ricompresi nel dolo eventuale in cui davvero sussista un'alta probabilità di causazione dell'evento, sebbene sovente si ravvisi in tale alta probabilità (v. *infra*) una caratteristica di tale categoria).

7.8.1. I criteri tradizionalmente utilizzati per identificare il dolo eventuale.

A parte i problemi segnalati di compatibilità della figura del dolo eventuale con il principio di legalità, emerge, comunque, l'inadeguatezza delle teorie tradizionali a delimitare simile categoria rispetto alla colpa cosciente, con la quale condivide la rappresentazione del possibile realizzarsi dell'evento lesivo.

Le molteplici impostazioni proposte circa la ricostruzione del dolo eventuale possono in effetti ricondursi a due criteriologie di fondo, le teorie c.d. della *rappresentazione* e del *consenso*, che vanno incontro entrambe a obiezioni insuperabili.

La **teoria della rappresentazione** ha riguardo all'entità probabilistica del rischio di causazione dell'evento, ma di fatto (anche per la già segnalata ristrettezza dei casi in cui si scelga di porre in essere un rischio unitariamente elevato di causare un evento non voluto) ha finito per dare rilievo, in molti casi, al giudizio sul tipo di rischio attivato, vale a dire sulla sua percepita gravità (in termini di riprovevolezza sociale e così via).

In tal modo simile teoria dà luogo a una **normativizzazione della responsabilità dolosa**, in altre parole, alla **perdita di qualsiasi differenza qualitativa tra dolo e colpa**. La differenza fra dolo e colpa finirebbe per diventare meramente *quantitativa*, cioè fondata solo sulle diverse caratteristiche del rischio: la colpa si avrebbe nel caso in cui l'evento non voluto sia stato prodotto attivando un rischio non elevato oppure, di fatto, giudicato non particolarmente grave, mentre il dolo eventuale si avrebbe quando l'evento non voluto sia stato prodotto attivando un rischio elevato oppure, di fatto, giudicato grave. E quest'ultima definizione finirebbe per costituire, come s'è detto, la vera definizione del dolo.

Tutto ciò dimentica che il dolo, lo ribadiamo, costituisce uno *stato psicologico*, mentre la colpa ha natura prioritariamente *normativa*, in quanto giudizio di inottemperanza rispetto al comportamento dovuto. Le caratteristiche oggettive del rischio non hanno per nulla a che fare con i profili attinenti alla prova dell'elemento soggettivo e, pertanto, della colpevolezza: **un rischio grave, infatti, può essere attivato sia con dolo, sia con colpa**.

Proprio questi elementi caratterizzanti la teoria della rappresentazione hanno condotto larghi settori della dottrina a prenderne, almeno formalmente, le distanze, riconoscendo che nel dolo, anche eventuale, deve pur essere presente un profilo riconducibile in qualche modo alla volontà, onde evitare una contraddizione radicale con il disposto dell'art. 43, co. 1, c.p.

Si è di conseguenza sostenuta la **teoria del consenso**, secondo cui nel dolo eventuale dovrebbe sussistere, a differenza dalla colpa cosciente, un elemento di approvazione interiore (per l'appunto, il *consenso*) della possibilità che si determini l'evento offensivo pur non voluto, elemento che si vorrebbe costituire una sorta di *analogo* della volizione.

La nozione di consenso, tuttavia, risulta inadeguata a individuare uno stato psicologico effettivo che differenzi il dolo eventuale dalla colpa cosciente. Si tratta (a meno di non riempirlo, come di dirà, attraverso quanto coglie la formula di Frank) di un concetto verbale, che non ha riscontro in uno stato mentale diverso da quello della colpa cosciente: che differenza vi sarebbe tra chi agisce nella consapevolezza di poter cagionare con la sua condotta un evento lesivo non voluto e chi agisce dando il suo consenso al possibile

realizzarsi di quell'evento attraverso la sua condotta?

Né la differenza potrebbe tracciarsi dando valore a dimensioni puramente emotive: considerando in colpa cosciente la persona ottimista (che fa conto sul non realizzarsi dell'evento) e in dolo eventuale quella pessimista (che non rimuove dalla sua mente la realistica consapevolezza di poter cagionare l'evento non voluto): del resto, è probabile che proprio il secondo tipo di agente operi, ancorché in modo antigiuridico, con maggiore attenzione ad evitare conseguenze lesive.

In tal modo, pertanto, la teoria del consenso, avendo riguardo a un elemento del tutto evanescente e pertanto non suscettibile di alcun accertamento rigoroso, finisce per dare adito alla più ampia discrezionalità in giurisprudenza nell'attribuzione del dolo eventuale. Come del resto manifesta la definizione di quest'ultimo – ispirata alla teoria del consenso – per lunghi anni riscontrabile nelle sentenze italiane in materia, definizione costituita dall'*accettazione del rischio*.

Stando alla letteralità di tale formula, infatti, potrebbe affermarsi il sussistere del dolo eventuale in tutti i casi di colpa cosciente, posto che di per sé tutti coloro i quali agiscono in colpa *cosciente* accettano, con ciò, di produrre un rischio: così che, onde evitare di ricondurre l'intero ambito della colpa cosciente al dolo eventuale, si è finito per ricorrere in concreto nel giudizio circa la sussistenza di quest'ultimo, ancorché dichiarando di accogliere la teoria del consenso, alle più varie valutazioni pur sempre concernenti il tipo di rischio attivato, cioè alle medesime valutazioni che hanno assunto rilievo, di fatto, nell'ambito della teoria della rappresentazione.

7.8.2. L'inaccettabile incertezza riscontrabile nel passaggio tra le diverse categorie dell'imputazione soggettiva.

Considerato quanto sin qui s'è detto circa l'accertamento dell'elemento rappresentativo (la previsione dell'evento) e circa i criteri tradizionali di ricostruzione del dolo eventuale, deve constatarsi come si sia determinato in giurisprudenza un **troppo facile passaggio, attraverso criteri presuntivi od oltremodo discrezionali, dalla constatazione della colpa incosciente, all'attribuzione della colpa cosciente e, di qui, all'attribuzione del dolo eventuale**, ove per quest'ultima categoria si utilizzi la nozione, fino a pochi anni orsono, routinaria, di *accettazione del rischio*.

Per quanto riguarda il primo passaggio (dalla colpa incosciente, cioè dalla mera constatazione di inadempimento dei doveri, alla colpa cosciente), ciò si verifica in conseguenza della **maggior propensione a logiche presuntive dell'accertamento che abbia per oggetto l'elemento rappresentativo rispetto a quello che abbia per oggetto**, secondo quanto in precedenza s'è visto, **l'elemento volitivo**.

Circa la prova dell'elemento rappresentativo, infatti, appare inevitabile un certo grado di generalizzazione (del tipo '*presenti certi requisiti del caso concreto, solitamente una persona con le caratteristiche del soggetto agente si rappresenta la possibilità che, tendendo una certa condotta, ne derivi un dato evento offensivo*'): non potendosi cogliere direttamente, come appare ovvio, quanto un determinato individuo si sia rappresentato nella propria mente.

Ed è facile, su questa via, scivolare verso vere e proprie presunzioni, espresse attraverso

formule di stile (*'non poteva non sapere'*) o desumendo automaticamente la rappresentazione dell'evento dalla presenza di elementi sintomatici (i c.d. *segnali* o *campanelli d'allarme*): eludendo la necessità di tener conto, comunque, di tutti i profili del caso concreto.

Se dunque è problematico l'accertamento della *prevedibilità* (v. *supra*), lo è anche l'accertamento della *previsione* (o rappresentazione) dell'evento lesivo, e non è raro inferire dalla prima la seconda.

Per quanto concerne invece il secondo passaggio – lo scivolamento per via presuntiva dall'imputazione colposa a quella dolosa – risulta determinante l'incertezza, che s'è appena illustrata, relativa al confine tra colpa cosciente e dolo eventuale, come bene può evincersi dalla richiamata definizione oltremodo generica del dolo eventuale, invalsa per anni, costituita dall'accettazione del rischio.

7.8.3. Profili di una ricostruzione del dolo eventuale effettivamente delimitativa.

Per opporsi a simili tendenze – rimanendo fermo il fatto che la figura del dolo eventuale non ha un riscontro di diritto positivo, ponendosi in tensione col principio costituzionale di legalità, ma preso atto che tale figura dogmatica nondimeno sussiste nella prassi giudiziaria penale – deve constatarsi che **l'unico stato psicologico davvero diverso dalla volizione dell'evento (*dolo intenzionale*) e dalla mera previsione del suo possibile realizzarsi (*colpa cosciente*)** è quello in cui il soggetto agente è disposto, per realizzare i suoi fini, non soltanto a produrre un rischio di causazione dell'evento offensivo, ma a produrre l'evento stesso. Il che si realizza senza dubbio, come già s'è detto, nel caso del dolo c.d. *diretto* (v. *supra*).

Ci si può domandare, allora, se tale stato psicologico può sussistere anche in casi nei quali il realizzarsi dell'evento preveduto, ma non voluto, dal soggetto agente non è certo. E ciò, in effetti, può riscontrarsi quando sussistano le condizioni di cui alla (prima) **formula di Frank** (giurista tedesco attivo tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento), cioè quando **il soggetto agente** era consapevole della pericolosità della sua condotta, **non era certo del verificarsi dell'evento** (altrimenti si tratterebbe di dolo diretto), **ma sussistono elementi i quali attestino oltre ogni ragionevole dubbio che avrebbe continuato ad agire anche nel caso in cui fosse stato certo di produrre l'evento offensivo**. Vale a dire, quando **non vi è alcun elemento il quale renda plausibile che dinnanzi al verificarsi certo dell'evento il soggetto agente avrebbe rinunciato a tenere la sua condotta**.

Se, dunque, la categoria del dolo eventuale viene di fatto utilizzata, l'unica definizione che consente di circoscriverne i confini, limitandone l'ambito applicativo, è quella rappresentata dalla menzionata formula di Frank: formula la quale si fonda su un **giudizio ipotetico controfattuale**, come avviene in merito al rapporto di causalità, **ma è intesa a cogliere una condizione psicologica reale** (gli elementi della realtà non suscettibili di accertamento empirico necessitano, infatti, di una formula definitoria, della quale si dovrà vagliare, secondo criteri idonei, il sussistere dei requisiti nel caso concreto).

La formula di Frank, già fatta valere in dottrina, è stata utilizzata da **Cass. s.u. 26-11-2009, n. 12433**, in tema di dolo eventuale e ricettazione (v. *infra*), nonché da altre sentenze successive della Cassazione. In senso ampiamente conforme all'iter argomentativo che abbiamo svolto muove altresì, in particolare, **Cass. s.u. 24-4-2014 (ThyssenKrupp)**, la quale

ribadisce che il dolo si fonda sul «*momento volitivo*», opponendosi fermamente, come già si diceva, ai processi di *normativizzazione* della responsabilità dolosa, e, in tal senso, alle ricostruzioni del dolo eventuale fondate sulla teoria della rappresentazione e sui criteri indeterminati propri della teoria del consenso.

In tale quadro, essa riconosce il ruolo fondamentale della formula di Frank onde identificare lo stato psicologico che dovrebbe contraddistinguere il dolo eventuale. Cade tuttavia in un equivoco quando riconosce in tale formula un indicatore, sebbene il principale, del dolo eventuale, ma non l'unico. E ciò in quanto, osserva la Corte, non sempre il giudizio controfattuale da essa espresso offre risultati evidenti, così che al ruolo di tale formula dovrebbero affiancarsi altri indici (di cui fornisce esemplificazioni al n. 51 della sentenza).

L'equivoco sta nel fatto che la formula di Frank non costituisce affatto un 'indicatore' (o 'indice') del dolo eventuale, vale a dire uno dei criteri da utilizzarsi nell'ambito del suo accertamento. Piuttosto, essa costituisce la 'definizione' del dolo eventuale, al pari di come la formula della *condicio sine qua non* costituisce la definizione della causalità. Ed è ovvio, come già osservavamo, che una formula definitoria non fornisce, da sola, conclusioni 'evidenti' sulla sussistenza dell'elemento che descrive, ma necessita di criteri intesi a verificare se si configurino, nel caso concreto, i requisiti in che la caratterizzano.

Ne deriva che gli indizi ulteriori di cui parla esemplificativamente la sentenza delle Sezioni Unite (caratteristiche degli mezzi utilizzati, livello della deviazione dallo standard cautelare, personalità del condannato, durata della condotta, comportamento successivo al verificarsi dell'evento, probabilità del suo verificarsi, conseguenze di tale possibile esito per lo stesso soggetto agente; contesto lecito o illecito di base della condotta, motivi della condotta, e così via) non costituiscono affatto indicatori del dolo eventuale i quali si affiancano alla formula di Frank, ma criteri cui è necessario fare riferimento per verificare se si realizzino i requisiti di tale formula in quanto unica possibile *definizione* del dolo eventuale: per verificare, cioè, se sussistano elementi i quali consentano di concludere in modo univoco (*oltre ogni ragionevole dubbio*) che il soggetto avrebbe agito anche nella certezza di realizzare l'evento non voluto, vale a dire per verificare se sussista almeno un elemento il quale renda dubbio che, dinnanzi alla certezza di produrre l'evento non voluto, il soggetto agente avrebbe perseverato nella sua condotta illecita.

Appare evidente, infatti, che se gli indici richiamati fossero usati di per sé soli, cioè in autonomia rispetto alla formula di Frank, ci si tornerebbe a muovere nel quadro della teoria della rappresentazione, cioè di mere valutazioni attinenti a specifiche caratteristiche del rischio attivato, fino ad attribuire rilievo alla stessa colpa d'autore (considerando per esempio automaticamente in dolo il trasgressore che manifesti una condotta pregressa di vita non ineccepibile): in totale contrasto con l'iter argomentativo proposto dalle Sezioni unite.

7.8.4. Dolo eventuale e condotte omissive.

L'approccio a contesti comportamentali concreti esige sempre che ci si interroghi su eventuali peculiarità degli stessi che incidano sul recepimento acritico di assunti generali.

Ciò vale anche con riguardo all'interrogativo circa la compatibilità delle condotte omissive con il dolo eventuale: dovendosi riflettere, a tal proposito, circa il rapporto fra rischio ed omissione.

Quando un evento non voluto, infatti, è stato causato da una condotta attiva è proprio tale condotta che ha prodotto il rischio del realizzarsi di quell'evento: un rischio che, dunque, è dipeso dal perseguimento, attraverso simile condotta, di un certo fine.

Quando invece affermiamo che un evento non voluto è stato causato da una condotta omissiva, dobbiamo muovere dal fatto che quest'ultima, come appare ovvio, costituisce una mera inerzia, per cui il rischio del prodursi del suddetto evento non impedito è comunque sorto indipendentemente dall'omissione.

Certamente anche le condotte omissive volontarie (le uniche rilevanti ai fini penali, ex art. 42, co. 1, c.p.) rispondono a dei motivi, e dunque a dei fini, in forza dei quali il soggetto interessato decide di rimanere inerte. Ma ove la decisione di non agire sia sorta soltanto a posteriori, in rapporto alle caratteristiche di un rischio già esistente e dei mezzi necessari per contrastarlo e, dunque, senza contribuire a incentivarlo se non sotto il profilo del mancato impedimento, non potrà venire in considerazione un dolo eventuale.

Sebbene, in altre parole, l'art. 40, co. 2, c.p. equipari al causare anche il non impedire un evento che si abbia l'obbligo giuridico di impedire, **non si può giungere a ritenere punibile (anche) per dolo eventuale la causazione omissiva di un evento non voluto pure nei casi in cui non vi sia alcun rapporto**, al di là di quanto s'è appena detto, **tra il rischio e l'omissione**: si punirà eventualmente per colpa, ma non per dolo eventuale, e ciò pure allorché appaiano sussistere i requisiti richiesti dalla formula di Frank.

Si pensi al caso dei genitori che per motivazioni religiose non si siano attivati per la trasfusione di sangue necessaria alla sopravvivenza della figlia minore, quantunque avrebbero fatto qualsiasi altra cosa per salvarla; o al caso del vigile del fuoco che, per paura, non sia intervenuto al fine di soccorrere taluno all'interno di una stanza in fiamme, pur avendone i mezzi e la preparazione; o ancora al caso del marito vile che non abbia allungato il braccio, senza particolare pericolo per sé, onde afferrare la consorte scivolata in un corso d'acqua rimanendo aggrappata a un ramo cedevole, seppure mai avrebbe torto un solo capello alla medesima. In simili casi punire per dolo eventuale nell'ipotesi di morte della persona in pericolo – pur quando, ai sensi della formula di Frank, si dovesse ritenere che l'inerzia non sarebbe stata vinta neppure dalla certezza di un simile esito – significherebbe punire *come se* quei soggetti, ancorché giuridicamente colpevoli, avessero sparato un colpo di pistola al cuore della vittima: il che non è accettabile.

Potrebbe argomentarsi in modo diverso, forse (ma purché sussistano, comunque, le condizioni della formula di Frank), solo quando l'inerzia abbia avuto un fine antecedente rispetto al momento in cui il soggetto si sarebbe dovuto attivare in senso impeditivo, così che la volontà di perseguire quel fine abbia oggettivamente incrementato, al di là del mancato impedimento, il rischio per il bene protetto: si pensi al caso di un medico, poniamo, che abbia ommesso di applicare una valvola cardiaca artificiale al malato che ne avrebbe necessitato, perché aveva deciso di appropriarsene onde utilizzarla altrove; oppure al sindaco che abbia ommesso controlli societari doverosi perché così aveva deciso al fine di favorire finalità illegali degli amministratori.

7.8.5. L'esigenza di prendere commiato, *de iure condendo*, dalla categoria del dolo eventuale.

Stante la carenza di legalità e le incertezze in sede applicativa che manifesta la nozione di dolo eventuale, che deroga all'impianto teorico dell'art. 43, co. 1, c.p., appare auspicabile il superamento della medesima quale categoria di rilievo generale.

Sia dunque, semmai, il legislatore a individuare casi specifici nei quali intenda punire la causazione dell'evento non voluto, presenti i requisiti della formula di Frank, in maniera diversa rispetto a quanto prevede per i reati colposi (salvo, sempre, un'eventuale revisione complessiva, date le aporie che manifesta lo stesso reato colposo, dell'intero impianto relativo alla prevenzione penalistica dell'evento non voluto).

7.9. Gli elementi della fattispecie di reato e il dolo.

Nei reati dolosi, e in particolare nei delitti punibili soltanto per dolo, gli elementi della fattispecie tipica devono costituire, ovviamente, **oggetto del dolo**. **L'elemento intenzionale di una data fattispecie criminosa, peraltro, potrà riguardare soltanto** (oltre alla volontà di tenere la condotta, ai sensi dell'art. 42, co. 1, c.p.) **l'evento inteso in senso naturalistico**, ai sensi dell'art. 43, co. 1, c.p., **e, quando richiesto, il fine oggetto del *dolo specifico*** (solo l'evento e tale fine costituiscono, infatti, gli scopi perseguiti attraverso la condotta).

Gli altri elementi della fattispecie (per esempio un'eventuale qualifica soggettiva) **e la stessa offesa del bene tutelato**, in termini di danno, o in termini di pericolo (v. *infra*), **devono costituire invece** (anche quando sussista, nei termini predetti, il dolo intenzionale e affinché si possa parlare di dolo intenzionale) **oggetto di una rappresentazione certa** e dunque, potremmo dire, di una rappresentazione in termini di *dolo diretto*. Ove ciò, rispetto a uno degli elementi di cui sopra, non dovesse accadere si potrà rientrare, allorquando la mancata conoscenza sia dipesa da colpa, nell'ambito del reato colposo (salva, se si vuole, la problematica già discussa del rapporto fra colpa cosciente e dolo eventuale, nel caso in cui la rappresentazione vi sia stata, ma in termini di incertezza).

7.10. Elemento soggettivo ed errore di fatto o di diritto.

Rispetto alle problematiche fin qui esaminate relative all'elemento soggettivo assume altresì rilievo il tema inerente alle varie forme di manifestazione dell'**errore** in ambito penale.

Va considerato, innanzitutto, **l'errore di fatto**, che **esclude il dolo** e che si realizza quando il reato è commesso a seguito dell'erronea percezione o valutazione di un dato della realtà rilevante ai fini del reato medesimo (p. es., Tizio si impossessa di una cosa altrui, credendola sua; Caio, andando a caccia, spara verso un cespuglio che vede muoversi credendo di colpire della selvaggina, mentre dietro il cespuglio c'era una persona).

Tale errore, ai sensi dell'art. 47, co. 1, c.p., **scusa quando non sia dovuto a colpa**, mentre **quando sia dovuto a colpa** (v. *supra*) comporta che del fatto **si risponde a titolo di colpa**

purché, ove si tratti da un delitto, quest'ultimo sia previsto dalla legge anche nella forma colposa (cfr. art. 42, co. 2, c.p.). Nel caso in cui l'errore sia scusato, residua la responsabilità (co. 2) per un eventuale reato diverso.

Dall'errore di fatto si distingue l'**errore di diritto** (vale a dire l'ignoranza) **sulla norma penale**, cioè l'errore circa il sussistere, o circa l'interpretazione, di una fattispecie penale.

Orbene, in proposito l'art. 5 c.p. prevedeva originariamente l'irrilevanza in ogni caso, secondo il brocardo *ignorantia legis non excusat*, dell'errore di diritto su norma penale, anche nell'ipotesi, cioè, in cui l'errore non fosse dovuto a colpa e risultasse, pertanto, *inevitabile*.

Tuttavia, come meglio approfondiremo nel prossimo capitolo, Corte cost. n. 364/1988 ha sancito l'**incostituzionalità dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non escludeva la punibilità ove l'errore risultasse inevitabile** (cioè non colposo), per contrasto con il principio di colpevolezza, desunto dall'art. 27, co. 1, Cost.

Si noti che sia l'errore di diritto, sia l'errore di fatto, investono elementi della fattispecie integratrice, per cui costituiscono entrambi errori *sul fatto* di reato.

Risulta particolarmente delicata, inoltre, la disciplina relativa all'**errore di diritto su norma extrapenale**, cioè su una norma non penale richiamata dalla fattispecie incriminatrice o su un concetto che trova la sua definizione al di fuori del codice penale.

Secondo l'**art. 47, co. 3, c.p.** («l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato») simile errore risulterebbe sempre scusabile. Per di più, senza alcuna specificazione, con riguardo alla punibilità per colpa dell'errore colpevole, come invece si prevede in relazione all'errore di fatto, disciplinato al co. 1 del medesimo art. 47 c.p.

Constatato quanto sia frequente il fenomeno del richiamo diretto o indiretto di una norma extrapenale da parte delle norme incriminatrici, la giurisprudenza, tuttavia, ha introdotto la **distinzione fra norme extrapenali da giudicarsi integratrici oppure non integratrici della fattispecie penale**: ritenendo di poter estendere all'errore su norme ritenute, in tal senso, *integratrici* la disciplina di cui all'art. 5 c.p., e poi giudicando pressoché in ogni caso, su tale base, norme extrapenali richiamate dalla fattispecie di reato come norme *integratrici* di quest'ultima, col risultato di una **vera e propria abrogazione di fatto dell'art. 47, co. 3, c.p.**

La dottrina, di conseguenza, ha cercato in vario modo di rendere il distinguo non meramente fittizio, per esempio sostenendo che siano da considerarsi su norma integratrice gli errori che cadano su un concetto il quale entri effettivamente a far parte della fattispecie penale (p. es. quello di proprietà), mentre su norma non integratrice gli errori che investano i criteri applicativi di quel concetto (p. es. i modi di acquisto della proprietà).

Va segnalata, infine, la disciplina analoga a quella concernente l'errore di fatto prevista dall'**art. 59, co. 4, c.p.** in tema di **erronea supposizione dell'esistenza di una causa** (nel codice *circostanza*) **di esclusione della pena** (v. *infra*): l'erronea supposizione scusa, salvo che sia determinata da colpa e sempre che, per i delitti, risulti dalla legge la punibilità dei medesimi anche per colpa.

Come altresì si configura analoga la disciplina, implicante la responsabilità per colpa, del c.d. **eccesso colposo** di cui all'**art. 55 c.p.**, relativo ad alcune tra le cause di giustificazione, disciplina che riprenderemo essa pure più oltre.

Queste ultime normative, che riprendono la disciplina dell'errore di fatto, configurano insieme a quest'ultima, le ipotesi di c.d. **colpa impropria** (nelle quali si risponde per colpa, in forza di un errore colpevole, pur sussistendo la volontà naturalistica di porre in essere il fatto oggettivamente tipico).

IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA E LA COLPEVOLEZZA IN QUANTO CATEGORIA DOGMATICA

8.1. Il principio di colpevolezza e la sentenza n. 364/1988 relativa all'art. 5 c.p.

Come già si precisava in precedenza, **il sussistere del dolo o della colpa costituisce**, nel medesimo tempo, **elemento soggettivo del fatto tipico** (la causazione penalmente significativa di un evento può essere soltanto dolosa o colposa), **ma anche condizione necessaria affinché possa essere attribuita** al soggetto agente **la colpevolezza**: non può parlarsi, infatti, di una responsabilità personale nell'assenza di dolo o di colpa.

Si tratta della c.d. *doppia* rilevanza, secondo la concezione tripartita del reato, del dolo e della colpa: sia ai fini del *fatto tipico*, sia ai fini della *colpevolezza*.

Più sopra si è tuttavia accennato, inoltre, alla circostanza per cui il codice Rocco ammetteva, *ex art. 42, co. 3, c.p.*, casi di responsabilità senza dolo né colpa, vale a dire di c.d. **responsabilità oggettiva**, che rispondevano, per lo più, al modello del *versari in re illicita*, fondato, in sostanza, su un messaggio di questo tipo: *'se scegli di compiere volontariamente, cioè con dolo, un certo reato, anche di limitata gravità, risponderai comunque delle conseguenze ulteriori non volute che ne siano derivate, e pertanto di un reato più grave, sulla base del solo nesso di causalità tra tali conseguenze e il base voluto'*.

Simile forma di responsabilità, tuttavia, risulta oggi incostituzionale, a seguito dell'avvenuto riconoscimento, *in primis* attraverso Corte cost. n. 364/1988, del **principio di colpevolezza**, in base al quale, peraltro, sono da ritenersi incostituzionali tutte le ipotesi in cui si attribuisca una responsabilità penale senza colpevolezza.

Il codice Rocco prevedeva, infatti, altri casi di responsabilità senza colpevolezza, oltre a quelli di responsabilità senza dolo e senza colpa: per esempio, quello di cui all'**art. 5 c.p.** che, a suo tempo (cioè prima della summenzionata sentenza della Corte costituzionale: v. *infra*), permetteva di condannare pur quando il soggetto agente avesse agito in presenza di un proprio **errore inevitabile sulla norma penale** (in termini di ignoranza o di erronea conoscenza), stante la formulazione di tale norma secondo cui «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

Anche questi ultimi casi si sono definiti sovente di responsabilità oggettiva. Ove tuttavia, ed è preferibile, si voglia riservare quest'ultima espressione alla sola responsabilità senza dolo e senza colpa, potrà per l'appunto parlarsi, rispetto a tali casi, di responsabilità senza colpevolezza (fra questi casi possono ricomprendersi anche le c.d. **finzioni di imputabilità**, delle quali diremo più oltre).

Ciò precisato, il **superamento della configurabilità di un reato senza colpevolezza – e, in particolare, della responsabilità oggettiva – si è avuto proprio con riguardo alla questione di legittimità costituzionale a suo tempo sollevata nei confronti dell'art. 5 c.p.**, in quanto consentiva di punire, come s'è detto, anche nel caso in cui il soggetto agente, senza sua colpa, non avesse potuto conoscere la sussistenza o l'effettiva estensione del divieto penale (ad esempio, per l'eccessiva complessità della ricostruzione del divieto, in forza dei plurimi rinvii operati dalla fattispecie penale a leggi molto tecniche concernenti un dato settore di attività, oppure nel caso curioso del padre missionario, che rientrando in Italia con qualche oggetto di avorio da vendere per beneficenza alla fiera missionaria, come aveva

fatto più volte, periodicamente, nel passato, al quale non si poteva certo attribuire il rimprovero di non aver preso conoscenza della nuova norma penale italiana che addiveniva a sanzionare penalmente l'importazione di avorio).

Con la citata **sentenza n. 364/1988** (poi integrata dalla **sentenza n. 1085/1988**) la Corte costituzionale, infatti, ha riconosciuto la vigenza nel nostro ordinamento del **principio di colpevolezza**, desumendolo dall'**art. 27, co. 1, della Cost.**, ai sensi del quale «la responsabilità penale è personale».

Ciò in quanto tale Corte, nelle sentenze richiamate, ha ricostruito la responsabilità «personale», cioè quella tipica degli esseri umani – a differenza di quella che invece attribuiamo, sulla base del mero nesso causale, agli agenti naturalistici o agli animali – come **responsabilità colpevole** e, dunque, come responsabilità riferita a una capacità esigibile di dominio del fatto di reato (v. *infra*) da parte del soggetto agente.

Ne è derivata la **dichiarazione di incostituzionalità**, con riguardo all'**art. 27, co. 1 Cost.**, **dell'art. 5 c.p.**, «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile» (vale a dire inevitabile con la diligenza che può essere richiesta al soggetto agente, tenuto conto della sua condizione e dell'attività che svolge).

Dall'avvenuto riconoscimento del **principio di colpevolezza** deriva, pertanto, che **per attribuire la responsabilità penale** (o una maggiore responsabilità penale) **devono essere presenti nel soggetto agente**, rispetto alla commissione dei fatti che gli vengono addebitati, **tutti gli elementi della colpevolezza in quanto elemento necessario del reato** (v. *supra*): e fra di essi, **in particolare, la forma meno grave dell'imputazione soggettiva, che è quella colposa** (dunque, con riguardo a tutti i requisiti necessari perché si configuri un reato o perché un reato sia punito più severamente, deve essere ascrivibile, almeno, la responsabilità per colpa: v. altresì, peraltro, *infra*).

Si consideri inoltre, a tal proposito, che secondo **Corte cost. n. 322/2007** il riconoscimento del **principio di colpevolezza**, su cui si fondano le sentenze di cui sopra, costituisce anche un **canone interpretativo per il giudice**, ai fini di una rilettura giudiziaria delle ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel codice Rocco in base al principio di colpevolezza: così che rispetto ad esse – senza necessità di ulteriori, specifiche pronunce di illegittimità da parte della Corte costituzionale – venga accertata dal giudice quantomeno la colpa, e pertanto la *prevedibilità ex ante*, in rapporto al prodursi dell'evento non voluto.

In sintesi può affermarsi che **mentre il principio di colpevolezza fa valere il fatto che non può darsi reato senza il sussistere, per l'appunto, della colpevolezza** (quale requisito necessario di una responsabilità *personale*), **la colpevolezza in quanto categoria dogmatica individua gli elementi rilevanti per il sussistere della colpevolezza medesima**.

8.2. Il superamento delle ipotesi di responsabilità oggettiva.

Si è resa necessaria, pertanto, una rilettura in base al principio di colpevolezza delle ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel codice Rocco, rilettura che esige, quantomeno, il sussistere della colpa in rapporto al prodursi dell'evento non voluto, e dunque, come s'è detto, la sua *prevedibilità* (posto che, invece, *l'evitabilità della condotta* risulta, di regola, scontata, trattandosi, nelle ipotesi del *versari in re illicita*, di una condotta

base, per l'appunto, *illecita*).

Rimangono, peraltro, tutte le problematicità, già prese in esame (v. *supra*), correlate al concetto di prevedibilità. In particolare, ove quest'ultima fosse interpretata quale prevedibilità *in astratto* o riferita a livelli statistici minimi si avrebbe una vera e propria frode delle etichette, con il perdurare in pratica della responsabilità oggettiva, come meglio diremo tra poco in materia di preterintenzione.

Passiamo a considerare, dunque, le principali ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nella parte generale del codice Rocco, che hanno necessitato di una rivisitazione, legislativa o interpretativa, onde evitare il contrasto con il principio di colpevolezza.

Muoviamo, in proposito, dall'adeguamento al principio di colpevolezza, realizzato nel 1990 con una espressa modifica legislativa, del regime di **rilevanza soggettiva delle circostanze aggravanti (art. 59, co. 2, c.p.)**, le quali, in precedenza, rilevavano oggettivamente, mentre ora devono risultare *conoscibili (rilevano solo se conosciute, o ignorate per colpa, o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa)*.

Si noti, invece, la **permanente rilevanza oggettiva** (perché *in bonam partem*) **delle circostanze attenuanti e delle cause (o circostanze) di esclusione della punibilità**: art. 59, co. 1, c.p.).

Come pure si noti la **discutibile irrilevanza delle circostanze non solo aggravanti, ma anche attenuanti, ritenute per errore esistenti (putative)**: mentre, come già s'è detto, le cause (circostanze) putative (cioè erroneamente supposte) di esclusione della pena rilevano in favore del soggetto agente ai sensi dell'art. 59, co. 4., c.p., residuando la sola responsabilità per colpa nel caso in cui l'errore sia determinato da colpa, ove, per i delitti, quest'ultima sia prevista.

Tra le casistiche circa le quali non è intervenuto direttamente il legislatore, ma che vanno reinterpretate in conformità al principio di colpevolezza anche ai sensi di Corte cost. n. 322/2007, cit., consideriamo innanzitutto, come si anticipava, quella costituita dalla **preterintenzione**, che viene formalmente presentata dall'art. 43 c.p. come terza tipologia dell'elemento soggettivo, oltre al dolo e alla colpa. Di una simile terza tipologia, peraltro, manca qualsiasi elemento qualificante autonomo. Tanto è vero che l'omicidio preterintenzionale, ai sensi del quale è punito «chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582 c.p. [percosse e lesioni volontarie], cagiona la morte di un uomo» (art. 584 c.p.) è stato tradizionalmente inteso, nel passato, come fattispecie implicante il dolo dei due delitti presupposti e la *responsabilità oggettiva*, come tale fondata sul mero nesso di causalità, rispetto al prodursi dell'evento morte non voluto.

Si tratta, del resto, dell'unica fattispecie che fa riferimento esplicito al concetto di preterintenzione, alla quale va aggiunto, configurandosi in esso la medesima dinamica, il caso dell'aborto preterintenzionale di cui all'art. 593-ter, co. 2, c.p. (v. *infra*).

Sussiste dunque l'esigenza, per il configurarsi dell'omicidio preterintenzionale, che l'evento non voluto causato dagli atti diretti a commettere percosse o lesioni risulti coperto dalla colpa e, pertanto, prevedibile.

Ma vi è il pericolo, poco sopra segnalato, di vere e proprie presunzioni rispetto a quest'ultima, che ricondurrebbero, di fatto, alla responsabilità oggettiva: p. es., ove si giunga ad affermare che tutte le volte in cui venga *attinto* intenzionalmente il corpo di un'altra persona il prodursi di una lesione sarebbe sempre prevedibile (secondo una logica di

prevedibilità in astratto, piuttosto che in concreto); oppure ove si sostenga che «la disposizione di cui all'art. 43 assorbe la prevedibilità di (un) evento più grave nell'intenzione di risultato» (così una sentenza della Cassazione nel 2006).

Ed è anche per questo che un significativo studio monografico in materia ha proposto che debba essere accertata, ai fini di un rispetto sostanziale del principio di colpevolezza con riguardo all'art. 584 c.p., non la mera prevedibilità, bensì la *previsione* dell'evento morte da parte del soggetto incriminato.

Quanto ora s'è detto vale anche per i c.d. **delitti aggravati dall'evento**, o più precisamente per quelli tra di essi che non esigono il dolo rispetto all'evento aggravante: si tratta dei delitti che prevedono un reato base, con relativa pena, e pene più elevate nell'ipotesi in cui dalla commissione di tale reato base derivi come conseguenza non voluta (o che può anche essere non voluta) un evento lesivo ulteriore (per esempio, la morte o la lesione di un determinato individuo): conseguenza, questa, rilevava, tradizionalmente, a titolo di responsabilità oggettiva e rispetto alla quale è da richiedersi, oggi, la *prevedibilità* (o, secondo l'indirizzo summenzionato, la *previsione*).

Esempi in tal senso sono offerti, fra i molti altri, dagli **artt. 571** (*abuso dei mezzi di correzione*), **572** (*maltrattamenti contro familiari e conviventi*), **591** (*abbandono di persone minorenni o incapaci*) e **593 c.p.** (*omissione di soccorso*): circa i quali possono confrontarsi, per inciso, i rapporti alquanto diversi, nel minimo e nel massimo, tra le pene base e le pene previste nel caso in cui si verifichi l'evento aggravante, il che costituisce indizio di scelte sanzionatorie definite caso per caso senza motivazioni comprensibili e in modo avulso da qualsiasi logica di sistema.

In merito a tale tipologia di reati deve peraltro tenersi presente, soprattutto, l'avvenuto superamento anche in giurisprudenza, da diversi decenni, dell'indirizzo che riteneva i delitti aggravati dall'evento come ipotesi autonome di reato, caratterizzate dal dolo rispetto al reato base e dalla responsabilità oggettiva con riguardo all'**evento aggravante**. Così che da tempo il prodursi di quest'ultimo viene ritenuto costituire, **a tutti gli effetti**, una **circostanza aggravante**.

Con la conseguenza per cui, in ogni caso, il requisito della prevedibilità (o previsione) dell'evento non voluto è imposto anche dall'art. 59, co. 2, c.p., secondo il testo riformato a seguito della riforma del 1990, poco sopra richiamata.

E con l'ulteriore conseguenza per cui, in tal modo, si è reso altresì applicabile anche rispetto all'evento aggravante nei delitti in esame (salvo eccezioni espresse) l'**art. 69 c.p.**, relativo al giudizio di equivalenza o prevalenza fra circostanze eterogenee (v. *infra*): così che la pena prevista con riguardo al verificarsi dell'evento non voluto può essere compensata dalla presenza di una o più attenuanti, col ritorno all'applicazione della pena prevista per la fattispecie base (diminuita ove si riconosca la prevalenza dell'attenuante).

Va considerata, poi, l'ipotesi della *aberratio delicti* prevista dall'**art. 83 c.p.**, ai sensi del cui primo comma «se, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

Nel passato s'era ritenuto, infatti, che simile espressione assumesse rilievo soltanto in rapporto alla pena da applicarsi (*quoad poenam*) e, dunque, in termini tali da non escludere

la responsabilità oggettiva rispetto all'evento non voluto: mentre oggi, per le ragioni più volte esposte, deve reputarsi pur sempre necessaria, rispetto al medesimo, l'effettiva presenza della colpa, in termini di *prevedibilità* (o *previsione*).

E in proposito si consideri per inciso, circa la natura colposa della responsabilità attribuita *ex art. 57 c.p.* – il quale contempla la suddetta espressione «a titolo di colpa» – nei confronti del direttore o del vice-direttore responsabile in tema di reati commessi col mezzo della stampa periodica, ad es., Cass. n. 42309/2016.

Si noti, poi, che in base all'**art. 83, co. 2, c.p. (*aberratio delicti plurilesiva*)** «se l'evento ha causato altresì l'evento voluto, si applicano le norme del concorso dei reati». Tale comma si riferisce, pertanto, al caso in cui si verifichi *anche* «l'evento voluto»: appare tuttavia illogico escludere che rilevi pure il tentativo riferito all'evento voluto non verificatosi, onde evitare l'incongruenza della punizione di tale tentativo (v. *infra*) fuori dal caso di *aberratio* e della sua non punizione ove si accompagni a un evento colposo non voluto (non può tuttavia negarsi che, in tal modo, si perviene a forzare *in malam partem* il dato normativo testuale).

Molto particolare risulta inoltre, ai nostri fini, l'ipotesi antecedente, prevista dall'**art. 82 c.p.**, della *aberratio ictus*, ai sensi del cui primo comma «quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'art. 60 c.p.». Tale previsione infatti, derogando (come del resto l'art. 83 c.p.), all'applicabilità delle regole generali, fa sì infatti che, ove si tratti, p. es., di un omicidio, il soggetto agente risponda, più gravemente, di un (solo) omicidio volontario, e non del concorso tra un omicidio tentato e un omicidio colposo. Il che di per sé dà luogo a una responsabilità oggettiva circa un omicidio volontario che non è stato consumato: per cui oggi, in base al principio di colpevolezza, l'art. 82, co. 1, c.p. dovrebbe applicarsi solo nel caso in cui l'offesa a persona diversa risulti coperta dalla colpa, e dunque *prevedibile* (o *prevista*). Soluzione, peraltro, che costituisce pur sempre un'applicazione solo parziale (v. *infra*) del principio di colpevolezza, in quanto comporta che si risponda pur sempre di un delitto doloso sulla base della sola colpa.

Si noti, altresì, che per il caso della *aberratio ictus plurilesiva* (relativo all'ipotesi in cui, «oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta»), l'art. 82, co. 2, c.p., torna a disgiungere i due eventi, prevedendo un'ipotesi di cumulo giuridico delle pene (applicandosi «la pena stabilita per il reato più grave aumentata fino alla metà»).

Tutto ciò considerato, appare opportuno che le due ipotesi suddette di *aberratio* non abbiano più, in sede di riforma, una disciplina specifica, ma vengano gestite in base alle summenzionate regole generali.

Quanto s'è detto in merito alla *aberratio ictus* monolesiva evidenzia come sussistano casi in cui il superamento della responsabilità oggettiva richiedendo la colpa rispetto al fatto di reato non voluto lasci pur sempre sussistere, per quel reato, la responsabilità a titolo di dolo. E ciò, a ben vedere, risulta in contrasto con il **principio di colpevolezza**, in quanto il medesimo **dovrebbe esigere** non soltanto che per essere puniti necessiti quantomeno la colpa, ma **anche che non si può essere puniti per dolo ove sussista soltanto la colpa** (d'altra parte, anche nell'omicidio preterintenzionale, come si è già visto, si risponde, oggi,

dell'evento morte non voluto sulla base della colpa, ma con un'entità di pena molto più elevata rispetto a quella prevista per l'omicidio colposo).

Una situazione di questo tipo si manifesta, in materia di concorso di persone (v. *infra*), con riguardo agli **artt. 116 c.p. e 117 c.p.**

La prima di tali norme prevede, infatti, al co. 1 che «qualora il **reato** commesso sia **diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti**, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione», salva soltanto, per il caso in cui il reato commesso sia più grave, la diminuzione obbligatoria della pena (co. 2).

Sulla base, dunque, di tale disciplina, ove Tizio e Caio concorrano volontariamente in un reato (p. es. un furto in abitazione), ma poi Tizio compia volontariamente un reato più grave non voluto da Caio (p. es. un omicidio all'interno di quella abitazione), anche Caio ne avrebbe dovuto rispondere sulla base della mera responsabilità oggettiva, cioè per il solo fatto che abbia dato un contributo causale necessario al prodursi dell'evento più grave.

Per cui il riconoscimento del principio di colpevolezza conduce sì a richiedere, oggi, che il soggetto al quale si ascrive la responsabilità per l'evento da lui non voluto lo potesse prevedere (o lo abbia previsto) *in concreto*, ma ciò non evita che quel soggetto risponda per dolo, salva solo la diminuzione della pena, di un evento circa il quale gli è rimproverabile soltanto la colpa.

Si noti che la mera prevedibilità in astratto dell'evento non voluto – come «sviluppo logicamente prevedibile» espressivo di un «coefficiente di colpevolezza» – a suo tempo richiesta da Corte cost. n. 42/1965, non era idoneo a garantire, in proposito, neppure il sussistere effettivo della colpa).

Una situazione analoga si verifica all'**art. 117 c.p.**, ai sensi del quale «**se**, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, **muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi**, anche gli altri rispondono dello stesso reato», salva solo l'applicabilità in favore di questi ultimi di una attenuante, questa volta facoltativa.

Così che, secondo la lettura tradizionale di tale norma (ma v. in contrario *infra*), ove un soggetto (*extraneus*) intenda commettere volontariamente un reato in concorso con un altro soggetto (p. es. un'appropriazione indebita), ma poi, in funzione della qualifica a lui non nota (p. es. di pubblico ufficiale) dell'altro soggetto (*intraneus*), quel reato si configuri in realtà più grave (divenendo, nel nostro esempio, un peculato), anche il primo soggetto ne avrebbe dovuto rispondere sulla base di una mera responsabilità oggettiva (salva solo la possibile attenuante). Fermo che, in ogni caso, ai fini dell'art. 117 c.p. la condotta dell'*extraneus* deve comunque integrare, già di per sé, un reato.

Pure in questa ipotesi, pertanto, la punibilità per il reato più grave del soggetto che voleva commettere un reato meno grave dovrebbe essere quantomeno subordinata, oggi, alla prevedibilità (o previsione) da parte di quel soggetto delle condizioni implicanti il mutamento del titolo del reato: ma rimanendo il fatto della punizione, in tal caso, per un reato doloso anche sulla base della sola colpa.

Va tuttavia considerato, in proposito, che larga parte della dottrina ritiene, data anche la palese rigidità eccessiva della disciplina di cui all'art. 117 c.p., che il soggetto non qualificato risponda solo se sia a conoscenza della qualifica dell'altro soggetto (e pertanto in

dolo), vale a dire, in sostanza, secondo le regole generali (in tal modo assegnandosi alla norma suddetta una mera funzione di disciplina).

S'è altresì richiesto in dottrina e in talune pronunce giurisprudenziali che per l'applicabilità dell'art. 117 c.p. la condotta tipica debba essere realizzata dallo stesso soggetto qualificato, o essere rimasta, comunque, sotto il suo dominio: così che nel caso in cui la condotta tipica, e non un mero apporto accessorio, fosse invece realizzata dal soggetto non qualificato non si potrebbe applicare nei suoi confronti il reato più grave.

Il medesimo problema di una responsabilità per dolo in presenza della mera colpa si pone, peraltro, anche con riguardo al **rapporto tra errore colposo di fatto ed errore colposo di diritto**: posto che l'errore colposo di fatto è punibile soltanto a titolo di colpa, *ex art. 47, co. 1, c.p.*, mentre l'errore colposo di diritto, secondo l'impostazione dominante, lascia sussistere *ex art. 5 c.p.*, pur dopo Corte cost. n. 364/1988, la responsabilità anche a titolo di dolo. Il che, dunque, si pone senza dubbio a sua volta, in contrasto con una visione non riduttiva del principio di colpevolezza.

Non è sostenibile, del resto, che un errore colposo di diritto sia da ritenersi sempre più grave di un errore colposo di fatto. E se il motivo per cui si tratta in maniera assai più severa l'errore colposo di diritto fosse da individuarsi, come talora si afferma, nell'intento di contrastare affermazioni difensive strumentali, si preveda esplicitamente in proposito, piuttosto, un'inversione dell'onere della prova a carico della difesa: evitando di escludere qualsiasi rilievo salvo che ai fini dell'art. 133 c.p., come oggi accade, del fatto che la decisione di tenere una certa condotta sia stata condizionata da un errore di diritto, ancorché colpevole, pur quando tale fatto risulti comprovato.

E, a ben vedere, un problema non dissimile concerne anche i casi in cui il prodursi per dolo o per colpa di una circostanza aggravante (oppure dell'evento in un delitto, per l'appunto, aggravato dall'evento), riconduca all'applicazione di un identico ambito della pena edittale.

8.3. La problematica delle condizioni di punibilità previste dall'art. 44 c.p.

Un istituto molto delicato, per il suo rapporto con il principio di colpevolezza è costituito dalle **condizioni di punibilità**, definite *oggettive* nella rubrica dell'**art. 44 c.p.**, ai sensi del quale «quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto».

Non essendo chiarito, da tale norma, quali siano simili condizioni, mancando nelle singole fattispecie incriminatrici la qualifica esplicita di dati elementi come condizioni di punibilità, se ne impone una ricostruzione alla luce dei principi che abbiamo illustrato, posto che tali condizioni, secondo l'impostazione tradizionale e la citata rubrica dell'art. 44 c.p., rilevano *oggettivamente*: sebbene, invero, il testo dell'articolo escluda solo la necessità che tali condizioni siano coperte dal dolo, per cui alcuni Autori hanno ritenuto possibile richiedere, rispetto ad esse, il sussistere almeno la colpa.

In ogni caso dovrà pertanto concludersi che **può essere qualificato come condizione oggettiva di punibilità soltanto un fattore del tutto estraneo (*estrinseco*) rispetto alla**

fattispecie tipica del reato (la quale, dunque, già sussiste in toto, senza quel fattore): un fattore, pertanto, cui il legislatore decide di subordinare la punibilità di quel reato esclusivamente per ragioni, ad esso estranee, di opportunità politico-criminale.

Ciò in quanto, diversamente, risulterebbe violato il principio di colpevolezza (anche nel caso in cui, rispetto a delitti dolosi, si richiedesse circa simili condizioni, come s'è visto, il sussistere della colpa): non sono più ammissibili, quindi, condizioni oggettive di punibilità c.d. *intrinseche*, cioè tali che facciano parte del fatto tipico.

E proprio in questo senso possiamo comprendere quando un dato fattore dovrà essere inteso come elemento del reato oppure come condizione di punibilità: sarà **elemento del reato quando** (anche) **dalla presenza o dall'assenza di quel fattore dipende la lesione del bene tutelato** dalla norma incriminatrice di cui si discute. Mentre potrà essere definito come condizione di punibilità solo quando anche senza quel fattore l'offesa del bene tutelato sussiste integralmente.

In proposito, si esemplifica sovente con riguardo al delitto di **incesto** di cui all'**art. 564 c.p.**, in quanto punibile ove ne derivi *pubblico scandalo*: se si ritiene, in conformità alla storia della norma, che il bene tutelato sia la famiglia, o meglio il diritto, in particolare, dei figli a stabilire legami affettivi autonomi da quelli familiari (diritto che verrebbe reso ben difficilmente salvaguardabile nel caso in cui l'affettività familiare ricomprendesse condotte *strico sensu* sessuali), ne deriva che il pubblico scandalo non è elemento del reato; mentre lo diverrebbe ove si ritenesse che il legislatore, pur avendo introdotto simile delitto, volesse rimanere indifferente rispetto agli incesti di per sé, ma intendesse soltanto garantire che il loro realizzarsi non fosse reso di pubblico dominio.

L'imputabilità come elemento della colpevolezza.

9.1. La capacità di intendere e di volere.

Nell'ambito della colpevolezza in quanto categoria dogmatica, vale a dire quale elemento del reato (v. *supra*), dobbiamo ora prendere in esame l'**imputabilità** (artt. 85-98 c.p.), che secondo il codice italiano consiste nella **capacità d'intendere e di volere** (**art. 85, co. 2, c.p.**), la quale deve sussistere nel soggetto agente al momento in cui abbia commesso il fatto illecito penalmente rilevante e la cui assenza esclude la punibilità (art. 85, co. 1, c.p.): rimanendo applicabile in tal caso come ben sappiamo – ove il soggetto agente abbia realizzato il fatto illecito summenzionato e risulti socialmente pericoloso – una **misura di sicurezza** (v. *supra*).

Non si confonda, peraltro, la nozione di *imputabilità* con quella di *imputazione*, vale a dire con l'attribuzione di una responsabilità penale: per cui, più sopra, s'è parlato dell'imputazione oggettiva e di quella soggettiva, e per cui nella prima fase del processo penale, quella delle indagini, si parla di *imputato*.

Si eviti la confusione anche in rapporto al fatto che nel diritto penale canonico il termine imputabilità viene invece riferito, dai canoni 1321 e 1324 CIC, all'attribuzione – cioè, secondo il diritto penale italiano, all'*imputazione* – del dolo o della colpa, mentre quella che per il codice italiano è la capacità di intendere e di volere viene indicata come *uso della ragione* (ai sensi del can. 1322 CIC «coloro che non hanno abitualmente l'uso della ragione, anche se hanno violato la legge o il precetto, sono ritenuti incapaci di delitto»).

Il concetto di capacità d'intendere e di volere solleva, tuttavia, notevoli problemi quanto al suo accertamento. Risulta evidente, infatti, che un'interpretazione letterale di quel concetto si rivelerebbe oltremodo restrittiva, posto che anche il malato psichico grave ha una certa capacità di percepire il mondo esterno e di rapportarsi con esso, nonché di formare, su tale premessa, una sua volontà, sebbene senza comprenderne adeguatamente il significato.

Risulta pertanto inevitabile supporre che ci si riferisca, con quel concetto, a una capacità *normale*, che potrebbe mancare, come diremo, in maniera totale o parziale. Peraltro con tutte le incertezze inerenti al termine *normale*, il che evidenzia il ruolo che vengono ad assumere, in sede accertativa, le perizie disposte in proposito ai sensi dell'art. 220, co. 2, c.p.: data anche la problematicità della nozione in ambito medico e psicologico.

Del resto la stessa definizione dell'imputabilità nel codice penale tedesco, riferita alla «possibilità di agire diversamente», si rivela certamente suggestiva sul piano logico (non c'è imputabilità quando le condizioni personali di un individuo gli hanno tolto la libertà di governare le proprie azioni), ma va incontro a problemi di applicazione nei diversi casi concreti non dissimili da quelli della definizione italiana.

Il codice penale individua due situazioni che espressamente escludono l'imputabilità, sebbene in senso non esaustivo (l'imputabilità, dunque, potrebbe essere riconosciuta assente anche per altre cause).

Si tratta innanzitutto, e già lo si è visto, dell'**età minore di anni quattordici**, circa la quale vale una presunzione assoluta di non imputabilità, ai sensi dell'**art. 97 c.p.** (si ricordi che

dopo i quattordici anni il minorenni potrebbe risultare non imputabile, oltre che per problemi di mente, anche per immaturità).

La seconda delle situazioni predette è costituita dal **vizio totale di mente**, cioè in uno stato di mente che escluda «la capacità d'intendere o di volere» (**art. 88 c.p.**). Viene tuttavia attribuito rilievo anche al **vizio parziale di mente**, riferito a chi si sia trovato al momento del fatto «in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere»: nel qual caso l'**imputabilità non viene esclusa**, per cui il soggetto agente è punito, ma con una **diminuzione obbligatoria della pena** (**art. 89 c.p.**).

È palese che anche il confine tra tali due situazioni non è affatto nitido, come non lo è il significato stesso di un vizio *parziale*. Tuttavia, anche l'ultima Commissione ministeriale per la riforma del codice penale (2006-2008) ritenne di mantenere l'istituto del vizio parziale alla luce di una considerazione pratica: data, infatti, una certa difficoltà della giurisprudenza a riconoscere il vizio totale di mente, si è voluta almeno mantenere aperta, per il caso in cui il vizio totale sia negato, la possibilità di applicare una pena diminuita.

Va segnalata, infine, la maggiore disponibilità manifestatasi in giurisprudenza negli ultimi decenni a riconoscere il sussistere di una malattia mentale, oppure a escludere comunque la capacità d'intendere o di volere, superando un mero approccio di carattere biologico-organicistico, anche in presenza di forme psicotiche (psicosi) o **disturbi psicologici gravi**, pure di carattere momentaneo.

Si consideri, inoltre, che può essere valutato come fattore di esclusione o diminuzione dell'imputabilità anche il sordomutismo (**art. 96 c.p.**).

In rapporto a tutto quanto s'è detto, va comunque posto in evidenza che **il giudice, prima di prendere in considerazione l'eventuale incapacità di intendere e di volere dell'imputato, deve pur sempre accertare se sussista il carattere doloso o colposo della sua condotta**, ove abbia cagionato un evento penalmente significativo.

Anche il non imputabile, infatti, può aver agito (o non aver agito) col dolo c.d. naturalistico di cagionare un dato evento, cioè volendo il medesimo, seppure non comprendendone il disvalore. Come, del pari, può aver violato (o non aver violato) una norma cautelare.

Per cui ove nel soggetto non imputabile un simile dolo di cagionare l'evento prodottosi non risulti, oppure ove quel medesimo soggetto non abbia violato alcuna norma finalizzata a evitarlo, il giudice lo dovrà assolvere, come avverrebbe per qualsiasi altra persona, con la formula perché il fatto *non costituisce reato*, e non con la formula perché il soggetto agente *non è imputabile* (alla quale potrebbe far seguito l'applicazione di una misura di sicurezza). E lo dovrebbe assolvere, a maggior ragione, per *non aver commesso il fatto*, nel caso in cui quest'ultimo non sia stato cagionato dalla condotta di tale medesimo soggetto, oppure perché *il fatto non sussiste*, nel caso in cui non sia stato posto in essere alcun fatto penalmente rilevante.

Infine, va considerato il disposto dell'**art. 86 c.p.**, ai sensi del quale «se taluno mette altri nello stato d'incapacità d'intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità» (caso diverso da quello di cui all'art. 111 c.p. in materia di concorso di persone, nel quale la persona determinata a commettere in reato è già non imputabile).

L'art. 86 c.p. configura l'ipotesi del c.d. **autore mediato**, cioè del soggetto che funge da *longa manus* esecutiva di un altro soggetto il quale lo ha posto in stato d'incapacità di intendere o di volere per realizzare un reato, da lui voluto.

Si è discusso, in proposito, se nel caso in cui l'evento prodotto dall'autore mediato non corrisponda all'intenzionale perseguita dall'altro soggetto debbano applicarsi le regole in materia di *aberratio* (artt. 82 e 83 c.p.) oppure, inquadrando simile ipotesi nel concorso di persone, l'art. 116 c.p.

9.2. Le c.d. presunzioni d'imputabilità.

Dopo aver affermato le regole di cui sopra, il codice italiano, tuttavia, prevede alcune delicate eccezioni: vere e proprie **presunzioni (o finzioni) di imputabilità**, concernenti, in particolare, l'ubriachezza e l'assunzione di stupefacenti (artt. 91-95 c.p.), che appaiono in **contrasto con il principio di colpevolezza**. Questo problema, tuttavia, è stato ampiamente eluso, nel passato, sulla base di un'impostazione, che dovrebbe ritenersi ormai del tutto superata, la quale considerava l'imputabilità come categoria autonoma della colpevolezza e, in tal senso, come mero presupposto di quest'ultima, attinente alle caratteristiche della persona le cui condotte possano essere considerate rilevanti ai fini della punibilità.

In particolare, viene previsto che l'**ubriachezza volontaria o colposa** (salvo che sia derivata, cosa assai improbabile, da caso fortuito o forza maggiore) **non esclude né diminuisce l'imputabilità (art. 93 c.p.)**. Ed anzi l'art. 94, co. 1, c.p., prevede che ove si tratti di **ubriachezza abituale**, secondo la definizione che se ne dà al secondo comma, la pena debba essere aumentata. Disposizioni, queste, che vengono estese anche al caso in cui il fatto sia stato commesso sotto l'azione di **sostanze stupefacenti** (artt. 93 e 94, co. 3, c.p.).

Si può invece tornare a escludere o ritenere diminuita l'imputabilità, secondo le regole ordinarie di cui agli artt. 88 e 89 c.p. in tema di vizio totale o parziale di mente, quando l'assunzione di alcol o di sostanze stupefacenti giunga a produrre uno **stato di intossicazione cronica** (art. 95 c.p.). Secondo il codice penale, dunque, il giudice potrebbe escludere l'imputabilità (o diminuire la pena per imputabilità diminuita) a seguito dell'assunzione di alcol o sostanze stupefacenti solo nel caso in cui ritenga di dover riconoscere la suddetta intossicazione cronica.

Tuttavia, onde dare rilievo al principio di colpevolezza anche rispetto alle suddette *presunzioni* di imputabilità **bisognerebbe** almeno **richiedere che il soggetto agente, nel momento in cui, risultando ancora padrone di sé, abbia deciso di assumere eccessive quantità di alcol o di assumere stupefacenti, fosse in grado di prevedere (o abbia previsto) la possibile causazione – a seguito di una condotta condizionata da simile assunzione – del fatto offensivo determinatosi**.

Le difficoltà frapposte al superamento delle presunzioni di imputabilità riguardano soprattutto i reati colposi e in particolare, a tal proposito, il fenomeno degli incidenti stradali del sabato sera, a seguito dell'assunzione di alcol o stupefacenti. L'opinione pubblica, infatti, ravvisa come maggiormente grave la violazione di una regola, poniamo, del codice della strada a seguito di simile assunzione, piuttosto che a seguito di un'imprudenza ordinaria nella guida.

Non appare, tuttavia, una buona soluzione quella di risolvere la questione *presumendo* un'imputabilità che ben potrebbe essere assente, per ubriachezza o uso di stupefacenti, nel momento in cui viene a determinarsi il reato colposo. Anche nel caso in esame si tratterebbe di intervenire, pertanto, con provvedimenti adeguati in senso preventivo nel momento in cui si assumano lucidamente alcool o stupefacenti sapendo che, successivamente, ci si metterà alla guida, vale a dire nel momento in cui si crea una propria condizione di pericolosità per gli altri.

Per certi versi, invece, è più facile comprendere l'inaccettabilità della presunzione codicistica rispetto a condotte (naturalisticamente) dolose, assunte, in stato di ubriachezza grave o di alterazione grave prodotta da stupefacenti, senza comprendere il significato o la gravità di ciò che, in quel momento, si sia voluto produrre.

Una norma, inoltre, che in sé pare prevedere un'ulteriore presunzione di imputabilità è quella di cui all'**art. 90 c.p.**, ai sensi della quale «**gli stati emotivi o passionali** non escludono né diminuiscono l'imputabilità».

Posto, tuttavia, che una componente emotiva e appetitiva esiste in tutte le condotte umane, si può considerare tale norma come meramente esplicativa di un concetto ovvio: così da non escludere il rilievo dei suddetti stati quando essi assumano carattere patologico, comportando un vizio totale o parziale di mente (in modo da tornare ad applicarsi, in quei casi, le regole generali relative all'imputabilità).

Va altresì considerata la disciplina di cui l'**art. 87 c.p.**, riguardante lo **stato preordinato d'incapacità di intendere e di volere** (*actio libera in causa*), che esclude la non imputabilità di chi si sia messo in tale condizione «al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa»: con la previsione di un'aggravante riferita al caso in cui risultino preordinate a tale fine l'ubriachezza o l'assunzione di stupefacenti (artt. 92, co. 2, e 93 c.p.).

A prima vista potrebbe ritenersi che tali norme non si pongano in contrasto con il principio di colpevolezza, sulla base della premessa che il soggetto abbia deciso lucidamente di commettere il reato doloso prima di assumere alcool o stupefacenti, quali mezzi utilizzati per raggiungere il suo scopo: ma resta il fatto che in simili casi il soggetto agente, nel momento in cui viene posta in essere la condotta in grado di produrre il fatto di reato, può non essere capace di intendere e di volere (la condotta consumativa, in altre parole, non è stata ancora attivata nel momento precedente in cui il soggetto s'è posto in stato di incapacità). Per cui il contrasto con il principio di colpevolezza sussiste. Del resto, se una persona ha bisogno di porsi in un simile stato per agire allo scopo di realizzare un certo evento, è dubbio che si sia formata in lui una volontà salda ed effettiva di perseguire simile risultato.

Anche in questo caso pertanto, come nelle altre ipotesi di deroga ai principi sull'imputabilità, **sarebbe preferibile tornare a un'applicazione delle regole generali**, evitando finzioni circa il sussistere dell'imputabilità al momento in cui sia stata posta in essere la condotta causale nei confronti del fatto di reato, e dunque escludendo preclusioni *ex ante* circa l'accertamento della medesima. Salvo valutare, ove l'imputabilità in tale momento debba ritenersi esclusa, se sussistano i requisiti della colpa, in rapporto alla causazione dell'evento, con riguardo a comportamenti antecedenti.

Le cause di giustificazione e le altre cause di esclusione della punibilità.

10.1. Scriminanti generali e speciali.

Si è già detto in precedenza del secondo elemento del reato, secondo la concezione tripartita, costituito dall'**antigiuridicità** in quanto assenza di **cause di giustificazione** (o scriminanti).

Vi sono cause di giustificazione aventi applicabilità generale, previste agli artt. 50 ss. c.p., ma vi sono altresì cause di giustificazione riferite a reati specifici, come per esempio quelle previste dall'art. 596 c.p. o desumibili dall'art. 21 Cost., relative all'esercizio della libertà di cronaca.

Essendo genericamente indicate come situazioni che escludono la punibilità, le cause di giustificazione si distinguono, per via interpretativa, dalle cause di esclusione della colpevolezza e dalle cause di esclusione della punibilità in senso stretto (v. *infra*) in quando rispondono, come già s'è detto, alla logica della prevalenza accordata alla salvaguardia di un certo bene rispetto alla salvaguardia di un altro bene, in una situazione di conflitto fra gli stessi.

La prima fra le cause di giustificazione previste dal codice penale è costituita dal **consenso dell'avente diritto**, con riguardo alla compromissione di beni disponibili (art. 50 c.p.). ad essa si aggiungono l'**esercizio di un diritto** e l'**adempimento di un dovere** (art. 51 c.p.). Ci occuperemo peraltro, essenzialmente, della **legittima difesa** (art. 52 c.p.) e dello **stato di necessità** (art. 54 c.p.), precisando in quali limiti quest'ultimo funge effettivamente da scriminante. Dovendosi altresì considerare come l'ambito applicativo dell'ulteriore figura rappresentata dall'**uso legittimo delle armi** (art. 53 c.p.), debba essere inteso, oggi, come tale da non poter eccedere contesti di legittima difesa.

10.2. Caratteristiche e differenze relative alla legittima difesa e allo stato di necessità.

La **legittima difesa** (art. 52 c.p.) costituisce la più classica delle cause di giustificazione, che rendono il fatto tipico non antigiuridico (v. *supra*, con riguardo alla c.d. concezione tripartita del reato) e quindi lecito, non soltanto ai fini penali.

La difesa risulta lecita se è riferita alla condotta *in atto* di un soggetto aggressore, la quale dia luogo al pericolo attuale di un'offesa ingiusta nei confronti di un *qualsiasi* diritto proprio del soggetto che si difende o altrui: «sempre che la difesa sia *proporzionata* all'offesa» (co. 1) e purché tale soggetto sia stato *costretto* a commettere il fatto giustificato per la necessità di difendere quel diritto (co. 1).

Ciò consente subito di evidenziare il carattere particolarmente delicato delle cause di giustificazione, la cui maggiore o minore estensione esonera il soggetto che ne beneficia dalla punibilità, ma nel contempo amplia l'ambito dei casi in cui un altro soggetto può vedere compromessi propri diritti: per cui altro è una certa indulgenza *ex post* verso chi abbia agito in situazioni *border line*, altro è ampliare *ex ante* la casistica delle condotte offensive giustificate.

Tutto questo incide anche sull'interpretazione del **divieto di analogia**, desumibile dall'art. 25 Cost. ma positivizzato dall'**art. 14** delle c.d. **preleggi**, secondo il quale «le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

Ora, in proposito è chiaro che norme le quali prevedano cause di giustificazione non costituiscono leggi *penali*, in quanto ai fini garantistici del divieto di analogia devono intendersi come leggi penali solo le norme incriminatrici e quelle implicative, comunque, conseguenze in *malam partem* per il soggetto agente. Tuttavia si discute se le suddette norme siano ricomprensibili fra le «leggi che fanno eccezione a regole generali», cui, come s'è visto, quel divieto si estende. La risposta deve considerare che le cause di giustificazione, almeno quelle classiche, appaiono configurarsi esse stesse, in realtà, come regole generali, di rilievo non soltanto penalistico. Tuttavia, risulterebbe inaccettabile, per le considerazioni di cui poco sopra, che un'eventuale lettura analogica riguardi gli elementi delle cause di giustificazione specificamente precisati dalle norme che le prevedono.

Nello **stato di necessità** (art. 54 c.p.), invece, la condotta offensiva non punibile risulta posta in essere **nei confronti di un soggetto che non si configura come aggressore** (risultando, dunque, del tutto *innocente*). Per cui lo stato di necessità ha un ambito applicativo *più ristretto* rispetto alla legittima difesa, riguardando esclusivamente il caso di chi abbia «commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal *pericolo attuale di un danno grave alla persona*», pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile», e «sempre che il fatto sia *proporzionato* al pericolo».

Orbene, l'ipotesi nella quale il soggetto attivo agisce, in stato di necessità, per salvare *sé stesso* appare inquadrabile (nonostante la tradizionale ricomprensione indifferenziata dello stato di necessità fra le cause di giustificazione) come *causa di esclusione della colpevolezza*. Infatti, non potrebbe certo dirsi che, nel caso di chi leda taluno per salvare sé stesso, l'ordinamento operi una preferenza sulla base del bilanciamento tra la rilevanza dell'incolumità dell'uno o dell'altro soggetto: si tratterà, piuttosto, del fatto che l'ordinamento dà rilievo alla situazione del tutto particolare, di pericolo per la propria incolumità, in cui è stata tenuta la condotta offensiva, tale che l'ordinamento non ritiene in quel caso di muovere un addebito giuridico di responsabilità al soggetto agente.

Costituisce senza dubbio, invece, una causa di giustificazione l'ipotesi in cui taluno agisca in stato di necessità a tutela di un altro individuo (il c.d. **soccorso di necessità**) privilegiando la tutela di un bene preminente rispetto a un altro bene, entrambi riferibili a tale medesimo individuo: è il caso del medico che agisce, in urgenza, secondo il c.d. criterio di beneficiabilità per la salvaguardia della vita o della salute del malato, sebbene nell'impossibilità del malato stesso di prestare il proprio consenso alle terapie intraprese.

Risulta tuttavia delicatissimo, e dai confini molto problematici sia sul piano giuridico, sia sul piano etico, il soccorso di necessità in favore di un terzo, ma a danno di un altro soggetto: in tal caso colui che agisce, non essendo egli stesso in pericolo, opera una scelta – quanto alla tutela e al sacrificio dell'incolumità – fra altri soggetti. Si pensi all'ipotesi, discussa dopo i fatti delle *torri gemelle*, relativa alla possibilità, poniamo, di abbattere un aereo civile dirottato che appaia univocamente diretto a schiantarsi su un certo sito, provocando, con alta probabilità, un numero molto maggiore di vittime rispetto a quelle derivanti dall'abbattimento.

Il fatto è, in proposito, che legittimare a priori il sacrificio di una o più persone per il bene di altri apre a scenari inquietanti: non a caso, la Corte costituzionale tedesca, fors'anche memore di eredità del passato, ha ritenuto inaccettabile una legge a suo tempo approvata in Germania nel senso predetto.

Di certo, comunque, l'art. 54 c.p. non potrebbe essere applicato, nei casi di soccorso di necessità, senza delimitazioni implicite: non sarebbe certamente consentito, poniamo, prelevare in modo coattivo un organo da una persona vivente, giustificandolo in quanto ciò costituisca l'unico modo possibile per salvare la vita di un altro individuo.

Sia nella legittima difesa che nello stato di necessità deve sussistere **proporzionalità** tra il bene che si tutela e quello che si compromette.

E in proposito si deve considerare, oltre all'art. 59 c.p., relativo al caso ben noto di errore su cause di esclusione della pena, anche l'art. 55 c.p. (**eccesso colposo**), che applica la medesima disciplina – responsabilità colposa, ove prevista, per quanto concerne i delitti, dalla legge) – «quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 51, 52, 53 e 54 c.p., si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità» (sono le disposizioni che, insieme a quella analoga dell'errore di fatto di cui all'art. 47, co. 1, c.p. danno luogo alle ipotesi di c.d. **colpa impropria**).

Va peraltro ben annotato che nell'ipotesi dell'art. 55 c.p. dev'essere dovuto a colpa il superamento dei limiti, e quindi, per esempio, l'aver ritenuto per colpa proporzionata una difesa che non lo sia (la persona che si difende crede, per un errore di valutazione del contesto, di reagire in modo proporzionato). Se il soggetto che si difende, infatti, agisce con la volontà di porre in essere una difesa sproporzionata per eccesso rispetto alla condotta dell'aggressore, essendone dunque consapevole, si ha un *eccesso doloso* e l'art. 55 c.p. non risulta applicabile.

10.3. Le modifiche intervenute circa la disciplina della legittima difesa.

Rispetto al quadro originario delineato dal codice penale come sopra descritto, sono intervenute, in due fasi, modifiche dell'art. 52 c.p. in materia di legittima difesa.

Con il primo intervento attuato attraverso la l. n. 59/2006 si sono aggiunti due commi al testo originario dell'art. 52 c.p., in tema di proporzionalità della reazione nel caso di violazione del domicilio o di luoghi equiparati.

Mentre con la l. n. 36/2019 (e nonostante una casistica giudiziaria limitatissima) sono state inserite ulteriori modifiche, sia nel testo dell'art. 52 c.p. (con l'aggiunta, in particolare, di un quarto comma), sia nel testo dell'art. 55 c.p. (con l'aggiunta un secondo comma). Questi i testi delle due norme, con le modifiche del 2019 evidenziate in corsivo:

(art. 52) - «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste *sempre* il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente

in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità:

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

(art. 55 c.p.) - «Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, numero 5), ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto».

In proposito, già le innovazioni introdotte nel 2006 non introducevano affatto – diversamente da quanto alcuni messaggi mass-mediatici parevano voler lasciare intendere – la libertà del ricorso alle armi contro chi si introduca nel domicilio: richiedendo sempre il sussistere del fine di difendere «la propria o la altrui incolumità» oppure, rispetto all'intento di difendere beni propri o altrui, il sussistere del «pericolo d'aggressione», fermo il fatto che non vi sia «**desistenza**» (non si può reagire, infatti, con la copertura della legittima difesa dopo che la condotta offensiva si sia conclusa e, pertanto, nei confronti del soggetto che si sia dato alla fuga).

Ma anche con riguardo alle innovazioni del 2019 la conclusione non muta, né si può parlare di un abbandono del riferimento di fondo al criterio della proporzionalità.

Innanzitutto, l'intervento di cui al nuovo co. 4 dell'art. 52 c.p. non sembra aggiungere molto (mentre l'avverbio «*sempre*» inserito al co. 1 appare soltanto enfatico): si richiede, infatti, che sia comunque in atto o una violenza oppure una «minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica», e l'aggettivo *altri* indica chiaramente che la stessa violenza deve consistere in una violenza sulla persona (e non soltanto su una cosa).

Mentre l'intervento, più significativo, di cui al nuovo co. 2 dell'art. 55 c.p. prevede sì la non punibilità per chi abbia reagito trovandosi in condizioni (di vulnerabilità) tali che ne risultasse ostacolata la «pubblica o privata difesa» (ex art. 61, co. 1, c.p.), oppure «in stato di grave turbamento», comunque «derivante dalla situazione di pericolo in atto»: ma pur sempre soltanto «per la salvaguardia della propria o altrui incolumità» (altrimenti la norma sarebbe risultata palesemente incostituzionale).

Si tenga presente, fra l'altro, quanto ebbe a puntualizzare circa il sussistere dello «stato di grave turbamento» la **lettera** che il **Presidente della Repubblica** scrisse ai presidenti delle Camere e al presidente del Consiglio dei ministri all'atto della promulgazione della l. n. 36/2019: «è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla

Costituzione, una *portata obiettiva del grave turbamento* e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta».

L'impressione è che, come nel 2006, si sia puntato anche nel 2019 a un messaggio mediatico, sintetizzato nell'espressione «la difesa è sempre legittima» proposta dai sostenitori della riforma, nel senso per cui «ogni» difesa sarebbe sempre legittima: sebbene, in base al testo legislativo (che lascia, peraltro, un rilevante spazio interpretativo alla giurisprudenza), non sia affatto così.

Ciò che va dunque evitato è che ne derivi, rispetto all'opinione pubblica, un messaggio fuorviante e pericoloso (anche sul piano preventivo, come subito diremo), del tipo: *non devi far conto sulla prevenzione che offrono le istituzioni pubbliche, devi difenderti da solo, e magari comperare un'arma* (con ciò scardinandosi quell'elemento di civiltà per cui in Italia il cittadino, ordinariamente, non è armato: motivo non ultimo del fatto che l'Italia ha uno dei tassi di omicidio volontario più bassi al mondo); *e puoi farlo, sembrerebbe talora insinuarsi, senza andare tanto per il sottile, infliggendo a chi si introduca nel tuo domicilio per rubare una 'pena di fatto' ben più radicale di quella che prevede il diritto.*

Tanto che il Presidente della Repubblica, nel messaggio già richiamato, si premura altresì di precisare: «va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini».

Deve del resto considerarsi, sotto il **profilo criminologico e politico-criminale**, che far leva sulla difesa armata in merito al contrasto dei furti presso il domicilio o luoghi assimilati *aumenta i rischi* proprio di chi si trova in essi, come confermano i dati statunitensi.

Ciò perché accresce la possibilità che il reato venga commesso da chi sia pronto ad affrontare con i medesimi mezzi (e spesso, a sua volta, in uno stato emotivo tutt'altro che freddo) una reazione armata. Mentre, nel contempo, il suddetto indirizzo fa rischiare la vita al ladruncolo sprovveduto, per lo più giovane e con problemi di socializzazione, oppure tossicodipendente.

Per fini preventivi andrebbe incentivata piuttosto, sul piano economico, l'adozione dei molti strumenti efficaci di **difesa del domicilio di tipo passivo**.

10.4. Cause di esclusione della punibilità e elementi del reato.

Il tema delle **cause di non punibilità** (ovvero, secondo la terminologia utilizzata dal codice penale, delle diverse *circostanze che escludono la pena*), richiede di distinguere tre diverse forme della medesima, a seconda della loro differente *ratio*:

- Le **cause di giustificazione**, che, come sappiamo, rendono *lecito* (cioè non antigiusuridico) il fatto tipico, presupponendo una scelta operata dall'ordinamento giuridico tra beni in conflitto.

- Le **cause di esclusione della colpevolezza**, in presenza delle quali il fatto resta *illecito*, ma si configura *non colpevole*, per **inesigibilità**, in situazioni particolari, del comportamento ordinariamente richiesto (si consideri, in particolare, l'art. 384 c.p., che esclude la punibilità per una serie di delitti contro l'amministrazione della giustizia, come il favoreggiamento o

la falsa testimonianza, rispetto a chi abbia «commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore»), oppure, altresì, per **mancanza di imputabilità** del soggetto agente. Va annoverato in questa categoria anche lo **stato di necessità** (art. 54 c.p.), quando il medesimo sia **fatto valere** dal soggetto agente **per la tutela di sé stesso** (e non di un'altra persona: v. *supra*), posto che in tal caso – ove chi subisce un danno, a differenza della legittima difesa, non è un aggressore, ma una persona del tutto *innocente* – l'ordinamento giuridico, come già osservavamo, non opera certamente una scelta di tutela privilegiata di un individuo rispetto a un altro (nell'esempio tradizionale, dell'un naufrago rispetto all'altro, che venga compromesso dal primo per salvare la propria vita), ma dà rilievo, ritenendo in quel caso di non poter punire, alla situazione eccezionale di «pericolo attuale di danno grave alla persona» in cui si sia trovato chi, per farvi fronte, abbia posto in essere un fatto tipico a discapito di altri, sempre che, come s'è visto, il pericolo non sia stato da lui volontariamente cagionato, né fosse altrimenti evitabile, e che il fatto sia *proporzionato* al pericolo.

- Le **cause di non punibilità in senso stretto**, in presenza delle quali il fatto resta *illecito e colpevole*, ma non è punibile in forza di una valutazione politico-criminale di non opportunità dell'intervento penale in un dato contesto (come nel caso della non punibilità *ex art. 649, co. 1*, concernente i delitti contro il patrimonio commessi nei confronti dei congiunti ivi indicati: il fatto non viene punito perché l'ordinamento giuridico ritiene sproporzionato intervenire con lo strumento divisivo costituito dalla condanna penale nell'ambito di una famiglia per la tutela di beni meramente patrimoniali).

Si consideri che sono da ricomprendersi nella terza di tali categorie anche le **cause di non punibilità di natura premiale** (cioè quelle correlate a un comportamento *post delictum* che il diritto penale intende promuovere), come quelle previste, per esempio, da entrambi i commi degli artt. **308 e 309 c.p.** in riferimento ai delitti di cospirazione e di banda armata. La disposizione del secondo comma di entrambe le norme prevede, in particolare, una conseguenza di maggior favore rispetto all'applicabilità dell'attenuante generale di cui all'art. 56, co. 4, c.p.

Su queste basi, ci si può interrogare circa le ulteriori ipotesi di non punibilità concernenti gli illeciti contro l'onore:

- la **provocazione**, riferita al fatto commesso «nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso» (art. 599, co. 2, per la diffamazione e art. 4, co. 3 e 8, d.lgs. n. 7/2016, per l'ingiuria), appare da configurarsi come causa di esclusione della colpevolezza, stante la considerazione della particolare condizione personale in cui si è venuto a trovare l'offensore;

- mentre la **ritorsione**, riferita all'ingiuria con riguardo al caso in cui le offese risultino reciproche, e rispetto alla quale la scelta della non punibilità è rimessa alla valutazione del giudice, che può applicarla a entrambi o anche a uno soltanto degli offensori (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 7/2016): viene per lo più ritenuta una causa di non punibilità in senso stretto.

La distinzione fra le diverse situazioni di non punibilità assume rilievo, soprattutto, con riguardo al **concorso di persone**, *ex art. 119 c.p.*: si applicano rispetto a tutti i concorrenti solo le cause di non punibilità aventi natura *oggettiva*, quali sono senza dubbio le cause di giustificazione; mentre si applicano soltanto al concorrente cui si riferiscano le cause di non

punibilità aventi natura *soggettiva*, quali sono quelle che escludono la colpevolezza. Circa la qualifica oggettiva o soggettiva delle cause di non punibilità in senso stretto ci si deve chiedere se la non punibilità risulti riferita a certe caratteristiche del fatto in quanto tale oppure al tipo di condotta o alla situazione personale di uno specifico concorrente: valutando in ogni caso se, punendo il concorrente, si comprometta il fine che la previsione della causa di non punibilità intendeva perseguire (per esempio, con riguardo al cit. art. 649, co. 1, c.p., la salvaguardia dei legami familiari nei delitti contro il patrimonio).

Non risulta accettabile, invece, l'opinione secondo cui la differenza fra le tre diverse categorie di non punibilità rilevarebbe anche con riguardo all'**art. 59, commi 1 e 4, c.p.**, commi i quali prevedono, rispettivamente, come ben si sa, la **rilevanza oggettiva**, vale a dire anche se non conosciute dal soggetto agente, **delle cause** (o circostanze) **di esclusione della punibilità** (oltre che delle circostanze attenuanti del reato), e la non punibilità dell'**erronea supposizione dell'esistenza di una causa** (o circostanza) **di esclusione della punibilità**, salvo che l'errore compiuto sulle circostanze fattuali di tale esistenza sia determinato da colpa e il reato sia punibile anche per colpa (al pari di quanto previsto dall'art. 47, co. 1, c.p., con riguardo all'errore di fatto).

Secondo tale opinione, infatti, il co. 1 di tale articolo non sarebbe applicabile alle cause di esclusione della colpevolezza (si osserva che se una di tale cause non è percepita dal soggetto agente, questa non può averne condizionato il comportamento), mentre il co. 4 non sarebbe applicabile alle cause di non punibilità in senso stretto (si osserva che se obiettivamente non si realizza la situazione di non punibilità, solo supposta dal soggetto agente, verrebbe meno il motivo della non punibilità). Ma conclusioni di questo tipo, per quanto possano avere motivazioni plausibili, costituirebbero una palese e inammissibile forzatura *in malam partem* del principio di legalità, forzatura che violerebbe, in particolare, il *divieto di analogia* (l'art. 59 c.p. non fa distinzione fra le diverse situazioni di non punibilità, la cui differenza, del resto, non è esplicitata dal codice penale ed è percepibile soltanto da giuristi esperti). Inoltre, la seconda di tali conclusioni non appare del tutto convincente nei suoi stessi presupposti, posto che, ad esempio, punire il figlio per avere rubato una cosa, risultando provato il suo aver ritenuto essere quella cosa del padre, della madre o di un fratello, significherebbe pur sempre attivare un procedimento penale assai destabilizzante rispetto ai legami familiari).

Alcune particolari forme di manifestazione del reato.

11.1. L'incidenza rispetto alla pena delle circostanze aggravanti e attenuanti.

Al di là della valutazione che il giudice è tenuto a compiere di tutti gli elementi situazionali e personali rilevanti circa la commissione del reato, onde ricostruire, *ex art. 133 c.p.* la c.d. colpevolezza del fatto (v. *supra*) ai fini della determinazione della pena (c.d. *in senso stretto*) entro l'ambito edittale, il diritto penale prevede la rilevanza di ulteriori elementi specificamente definiti – le **circostanze aggravanti o attenuanti** del reato – che, ove sussistano, possono incidere sulla determinazione finale della pena (c.d. *in senso lato*) secondo due modalità differenti: ove si tratti di **circostanze frazionarie** che prevedono un aumento o una diminuzione della pena in termini, per l'appunto, *frazionari* (p. es. di un terzo, fino alla metà, ecc.), comportando che la pena definita dal giudice ai sensi dell'art. 133 c.p. sia aumentata o diminuita in modo corrispondente (art. 63, co. 1, c.p.); ove, invece, si tratti di circostanze in presenza delle quali il legislatore prevede un nuovo minimo e un nuovo massimo della pena applicabile, cioè un ambito edittale diverso da quello previsto per il reato base (**circostanze indipendenti**), oppure una pena di tipo diverso (**circostanze autonome**) rispetto a quella prevista per il reato base (per esempio la reclusione al posto della multa), comportando che il giudice debba attenersi, nello stabilire la pena per il reato circostanziato, all'ambito edittale per tal caso espressamente ridefinito.

Gli aumenti o le diminuzioni di pena possono essere obbligatori (quando, per esempio, la norma prevede che la pena è aumentata, o che è diminuita) oppure facoltativi (quando, per esempio, la norma prevede che la pena *può essere* aumentata, o *può essere* diminuita). L'entità dell'aumento o della diminuzione, a sua volta, può essere fissato dalla norma stessa (per esempio, *di un terzo*) o affidato alla quantificazione del giudice (per esempio, quando sia prevista *fino a un terzo*). Nel caso in cui l'entità dell'aumento o della diminuzione non siano determinati dalla legge essi si intendono *fino a un terzo* (nel caso dell'ergastolo, la diminuzione comporta che sia applicata la reclusione da venti a ventiquattro anni (artt. 64, co. 1, e 65 c.p.).

Anche rispetto alle circostanze, pertanto, si ripete l'impostazione di una rilevanza degli elementi correlati alla fattispecie di reato che incide esclusivamente sulla determinazione aritmetica della pena detentiva o pecuniaria.

Rimanendo aperto, d'altra parte, il problema di evitare una **doppia valutazione**, in *malam partem*, di determinati fattori, sia ai fini del giudizio ai sensi dell'art. 133 c.p., sia ai fini, per l'appunto, della circostanza aggravante.

Gli **artt. 61 e 62 c.p.** elencano una serie di **circostanze** aggravanti e attenuanti **comuni**, applicabili in linea di principio a qualsiasi reato. Tuttavia, le diverse norme incriminatrici di cui al codice penale o alla legislazione speciale ricomprendono assai frequentemente **circostanze specifiche**.

Complessivamente, emerge sia nel codice penale, sia nella legislazione speciale, un eccesso del ricorso alla previsione di circostanze. E anzi deve riscontrarsi, da anni, una tendenza all'abuso nell'introduzione di nuove circostanze aggravanti (v. anche *infra*), il cui

apparato complessivo appare ormai del tutto disorganico e quasi ingovernabile: anche in rapporto al ruolo marginale che le circostanze del reato rivestono, invece, in altri ordinamenti penali europei.

In proposito, si consideri a titolo di esempio la dichiarata incostituzionalità, ai sensi di Corte cost. n. 249/2010, dell'art. 61, co. 11-*bis*, c.p., introdotto nel 2008, concernente «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale»: elemento, quest'ultimo, del tutto autonomo dalla commissione del reato e il cui rilievo, pertanto, avrebbe dato luogo a un aumento di pena riconducibile a una mera condizione personale del soggetto agente (in termini, dunque, di una vera e propria *colpa d'autore*).

Risulta in ogni caso molto importante la reintroduzione – avvenuta dopo la caduta del fascismo, ma a guerra ancora in corso, con d.lgs. lt. n. 288/1944 – delle **attenuanti generiche** di cui all'**art. 62-*bis* c.p.**, già previste dal codice Zanardelli del 1889 ed escluse dal codice Rocco nel 1930. Si tratta della possibilità, per il giudice, di prendere in considerazione, in senso attenuante, «altre circostanze, diverse» rispetto a quelle previste dalla legge (da considerarsi in ogni caso «come una sola circostanza»), «qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena» (co. 1: salve alcune precisazioni, di cui ai commi 2 e 3, introdotti dalla l. n. 251/2005).

Con simile norma, pertanto, s'è consentito al giudice di riconoscere discrezionalmente un'attenuante non contemplata dalle norme penali, a fini di mitigazione dei palesi eccessi sanzionatori, in merito a determinati casi concreti, cui davano, e tuttora danno luogo, le previsioni edittali o aggravanti del codice Rocco (va considerato che l'art. 62-*bis* c.p. non riferisce il giudizio all'ambito dei soli criteri contemplati dall'art. 133 c.p.).

Si ricordi, circa la rilevanza delle circostanze aggravanti e attenuanti dal punto di vista dell'elemento soggettivo, quanto già si spiegava in merito all'**art. 59, commi 1 e 2, c.p.** Con riguardo, invece, all'**art. 59, co. 4, c.p.** si noti che **non è previsto**, in esso, **il rilievo della erronea supposizione dell'esistenza di circostanze attenuanti**, con effetti sfavorevoli per l'imputato: diversamente da quanto accade, invece, circa l'erronea supposizione, più sopra considerata, dell'esistenza di cause (*scil.*, circostanze) di esclusione della punibilità.

Ciò premesso, l'art. 63 c.p., commi 2 ss., disciplina il **concorso di circostanze** fra loro omogenee (cioè solo aggravanti o solo attenuanti), che risulta piuttosto complesso quando una delle circostanze è di specie diversa o a *effetto speciale* (nel 2004 si è introdotta quest'ultima locuzione, riferendola alle circostanze che comportano un aumento della pena superiore a un terzo, in luogo del riferimento alle circostanze indipendenti: il che ha creato alcune incertezze interpretative).

La norma di gran lunga più importante in materia è peraltro costituita dall'**art. 69 c.p.**, che prevede il **giudizio di equivalenza o prevalenza** con riguardo al concorso fra circostanze eterogenee (vale a dire fra circostanze aggravanti e attenuanti): giudizio – non dipendente dal confronto fra il numero delle aggravanti e quello delle attenuanti – che consente al giudice di valutare fra loro equivalenti, disapplicandole, le aggravanti e le attenuanti, oppure ritenere prevalenti le une o le altre, disapplicando quelle soccombenti.

Rispetto a simile giudizio – che (considerato anche il possibile riconoscimento di attenuanti generiche: v. *supra*) attribuisce al giudice un'ampia discrezionalità, per fini, soprattutto, di mitigazione delle pene applicabili (sebbene per sé utilizzabile anche in senso opposto) – va richiamata l'importantissima riforma estensiva del suo ambito applicativo a

tutte le circostanze aggravanti realizzata con il **d.l. n. 99/1974**: posto che in precedenza quel giudizio era escluso rispetto alle circostanze aggravanti *autonome* o *indipendenti* (cioè risultava ammissibile solo rispetto ad aggravanti frazionarie).

Va segnalato come da vari anni, tuttavia, il legislatore sia tornato a precludere simile giudizio, con apposite previsioni, nei confronti delle aggravanti previste per specifici reati, in deroga alla regolamentazione generale prevista dall'art. 69 c.p.: ciò nel solco di politiche, spesso non esenti da componenti demagogiche (di c.d. populismo penale), tendenti a enfatizzare di nuovo l'entità delle pene detentive applicabili in sentenza.

La suddetta riforma del 1974, che non riguardò soltanto l'art. 69 c.p., rispondeva alla scelta del legislatore di allargare la discrezionalità giudiziaria al fine di evitare conseguenze sanzionatorie particolarmente aspre conseguenti ad alcune scelte del codice Rocco: essendosi constatata la difficoltà politica (rimasta fino ad oggi) di riformare nel suo complesso tale codice.

Fra l'altro, ricomprese altresì l'abolizione degli obblighi di aumento della pena in caso di **recidiva** (art. 99 c.p.), rendendo simili aumenti facoltativi (si noti che Corte cost. n. 185/2015 ha fatto cadere la successiva reintroduzione dell'obbligo di aumento nel caso di recidiva reiterata, di cui all'art. 99, co. 5, c.p.).

Va peraltro rimarcato che l'aumento, ancorché facoltativo, della pena nei diversi casi di recidiva resta estremamente discutibile dal punto di vista del principio di colpevolezza, in quanto finisce pur sempre per essere motivato da una condizione personale del soggetto agente (l'essere recidivo) che non incide sulla commissione del fatto, e ciò secondo un'ottica di c.d. colpa d'autore.

Ulteriore riforma fondamentale derivante, nella medesima prospettiva di cui sopra, dal d.l. n. 99/1974 è quella costituita, come si dirà più oltre, dall'estensione del cumulo giuridico – nel concorso di reati – al reato continuato fra reati eterogenei e al concorso formale, *ex art. 81 c.p.*

Si rammenti inoltre, che un ulteriore elemento mitigativo delle asperità sanzionatorie proprie del codice Rocco, parallelo alla riforma attuata col d.l. n. 99/1974, si è avuto con l'assimilazione giurisprudenziale ai delitti circostanziati dei c.d. **delitti aggravati dall'evento**, vale a dire, come già sappiamo, di quei delitti che si caratterizzano per un delitto doloso base e per una previsione aumentata della pena nel caso in cui da quel delitto derivi un evento ulteriore, il quale rileva anche se non voluto (richiedendosi oggi tuttavia, in attuazione del principio di colpevolezza, che rispetto ad esso sussista quantomeno la colpa).

I delitti aggravati dall'evento, infatti, erano stati intesi da molti, in un primo tempo, come costituenti una categoria penalistica autonoma, così che l'evento aggravante non era identificato come una circostanza. Essendo poi stati ricostruiti dalla giurisprudenza, invece, come delitti aggravati, s'è resa possibile anche rispetto ad essi, e dunque in presenza dell'evento aggravante, l'applicabilità del giudizio di equivalenza e di prevalenza ai sensi dell'art. 69 c.p., che dunque rende possibile anche per tali delitti, ove sussistano una o più attenuanti, di tornare ad applicare il reato base (o addirittura di applicare il reato base attenuato, nel caso in cui l'attenuante o le attenuanti siano giudicate prevalenti).

Va infine segnalato il disposto dell'**art. 118 c.p.**, inerente al rilievo delle circostanze aggravanti e attenuanti nel **concorso di persone**: «le circostanze che aggravano o

diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono».

Tale norma, introdotta nel 1990, si è sostituita a quella precedente la quale precisava che si dovessero applicare a tutti i concorrenti le circostanze di natura oggettiva, mentre al solo soggetto cui si riferissero quelle di natura soggettiva (secondo la definizione delle due categorie fornita dall'art. 70 c.p.), tranne quelle che avessero facilitato la commissione del reato (c.d. circostanze soggettivizzate). Il nuovo testo dell'art. 118 c.p. seleziona espressamente, dunque, quelle tra le circostanze soggettive che debbano applicarsi solo al soggetto cui si riferiscano e non alla generalità dei concorrenti, lasciando tuttavia dei dubbi circa la ragionevolezza dell'estensione a tutti i concorrenti di alcune tra le altre condizioni soggettive, non richiamate.

11.2. Norme di parte generale istitutive di fattispecie incriminatrici.

Osserviamo ora come esistano **norme di parte generale che**, a ben vedere, **introducono fattispecie di parte speciale** (assumendo in tal senso *funzione incriminatrice*), cioè che rendono penalmente rilevanti condotte le quali, in assenza di quelle norme, non lo sarebbero: si tratta, soprattutto, dell'**art. 56 c.p.**, con riguardo agli «**atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto**» nell'ambito del **tentativo**, dell'**art. 110 c.p.**, con riguardo al **rilievo di condotte anche atipiche** nell'ambito del **concorso di persone**, e dell'**art. 40, co. 2, c.p.**, con riguardo al **rilievo di condotte meramente omissive**, nell'ambito, per l'appunto, del **reato omissivo improprio**, ai fini della responsabilità per reati descritti dalla legge in forma commissiva.

Di tali contesti, che manifestano tutti carenze sul piano della determinatezza, passiamo ora a segnalare gli aspetti maggiormente significativi (anche in rapporto a ulteriori discipline di volta in volta connesse).

11.2.1. Tentativo, reato impossibile e reato putativo.

Ai sensi dell'**art. 56 c.p.** risponde a titolo di tentativo «chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica» (co. 1), essendo punito «con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi», e «con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo» (co. 2).

In proposito, dev'essere tenuta ben presente, innanzitutto, la differenza fra **tentativo compiuto**, in cui la condotta idonea è stata portata a termine ma l'evento non si è verificato, e **tentativo incompiuto**, in cui l'esecuzione della condotta già idonea ha subito un'interruzione non spontanea (diversamente, si tratterebbe di *desistenza volontaria*: v. *infra*).

Quanto al tentativo incompiuto si configura uno dei problemi più delicati della teoria penalistica, vale a dire la necessità di determinare **i requisiti minimi affinché una condotta** che pure non abbia causato l'evento naturalistico previsto dalla fattispecie di reato **risulti**,

tuttavia, **penalmente rilevante**. Un problema che, dal punto di vista sintattico, appariva chiaramente definito nel codice penale Zanardelli del 1889 attraverso il distinguo tra atti (ancora) preparatori e atti (già) esecutivi del reato, distinzione la quale, tuttavia, non risultava affatto chiarificata sul piano dei criteri accertativi.

È noto che il codice Rocco ebbe a recepire, in materia, concetti utilizzati dalla giurisprudenza relativa al codice previgente proprio per precisare quel distinguo, indicando all'art. 56 c.p. i requisiti che identificano il tentativo, sia compiuto che incompiuto: senza tuttavia risolvere la questione.

- Il primo di tali requisiti, come ben si sa, è costituito dalla **idoneità degli atti** a commettere uno specifico delitto, che dev'essere valutata *ex ante*: dato che *ex post*, nel delitto tentato, gli atti dimostrano sempre di essere risultati oggettivamente inidonei.

La nozione di idoneità deve tener conto del fatto che se gli atti, in particolare, compiuti fino al momento dell'interruzione non spontanea della condotta fossero valutati di per sé soli risulterebbero sempre (ancora) inidonei: si pone, allora, il delicato problema di una considerazione degli atti idonei (la norma parla di «atti», non di «condotta») alla luce dell'intero contesto in cui sono inseriti e, pertanto, degli sviluppi prevedibili, da valutarsi in rapporto all'effettiva constatazione del secondo tra i requisiti rilevanti, costituito, come subito diremo, dalla direzione univoca degli atti stessi rispetto all'evento non verificatosi.

Si evidenzia, comunque, in dottrina che deve sussistere un pericolo rilevante di realizzazione dell'evento, in termini non di mera *possibilità*, ma di **probabilità** (*più probabile che non*): va richiesta, in altre parole, un'entità significativa del rischio prodotto (problematica, invece, ampiamente irrisolta, come in precedenza si osservava, rispetto al reato colposo).

Necessiterà domandarsi, inoltre, da quale punto di vista vada riguardata l'idoneità: se da quello del solo soggetto agente (giudizio c.d. *a base parziale*) oppure da quello di ciò che comunque era già noto ad altri e, in particolare, alla vittima (giudizio a c.d. *base totale*). Ciò che fosse apparso idoneo al soggetto agente, infatti, avrebbe potuto essere già stato reso oggettivamente inidoneo dalla vittima potenziale, configurando in tal modo un reato impossibile (v. *infra*): si pensi al fatto di A che, temendo l'aggressione con un'arma bianca da parte di B, abbia indossato un giubbotto protettivo e concordato un appostamento della polizia al momento dell'incontro con B. L'impostazione oggettivistica del codice e dell'art. 49 c.p. in tema di reato impossibile (vedi *infra*) appaiono orientare in quest'ultimo senso, che tuttavia non risulta accolto dalla giurisprudenza.

- Il secondo requisito del tentativo, costituito dalla **direzione non equivoca** (o **univocità**) **degli atti rispetto al prodursi del delitto non consumato**, esige che tali atti siano spiegabili esclusivamente in rapporto alla produzione dell'evento, senza che residuino altre finalità plausibili degli stessi.

Si dice, condivisibilmente, che simile giudizio andrebbe condotto in base alle caratteristiche meramente oggettive del contesto di realizzazione della condotta, così da evitare il suo sovrapporsi all'accertamento, successivo, del dolo. Tuttavia deve riconoscersi che, ove l'accertamento del dolo fosse rigorosamente condotto secondo l'iter più sopra considerato, i relativi giudizi tenderebbero in effetti ad avvicinarsi: resta comunque il fatto che la valutazione circa l'univocità degli atti dev'essere compiuta già nella fase di

accertamento del fatto tipico oggettivo.

Ciò premesso, va segnalata la **compatibilità del tentativo**, ex art. 56 c.p., con i soli delitti e, altresì, **con i soli delitti dolosi**, posto che la richiesta direzione inequivoca degli atti alla realizzazione dell'evento implica il sussistere del dolo rispetto al medesimo: per cui **non è configurabile un tentativo di delitto colposo** (il quale coinciderebbe con la violazione di qualsiasi regola cautelare non seguita dal prodursi dell'evento che la medesima mirasse ad evitare).

Deve peraltro altresì affermarsi l'**incompatibilità con il tentativo**, riconosciuta anche dalla giurisprudenza, del **dolo eventuale**, stante, ancora, il requisito di cui all'art. 56 c.p. rappresentato dagli «*atti diretti in modo da*»: formula che, invero, escluderebbe di per sé (nonostante l'equivocità del termine utilizzato per definirlo) anche il dolo c.d. *diretto*, del quale invece la giurisprudenza ammette – talora estendendone strumentalmente i limiti proprio per questo fine – la compatibilità con il dolo eventuale.

Va segnalata, poi, la motivazione premiale inerente alla non punibilità del tentativo a seguito di **desistenza volontaria**, ex art. 56, co. 2, c.p., cioè a seguito di un'interruzione spontanea della condotta prima che essa sia compiuta (ma essendo già sussistenti i requisiti del tentativo incompiuto): simile disciplina mira infatti a scongiurare fino all'ultimo il realizzarsi dell'evento offensivo, ravvisando nel potenziale offensore, cui offre un c.d. *ponte d'oro*, colui che *in extremis*, paradossalmente, può 'salvare' la potenziale vittima.

La medesima finalità, e non si vede, allora, perché la conseguenza debba essere diversa, si ha con riguardo alla (mera) diminuzione della pena da un terzo alla metà rispetto a quella prevista per il tentativo nel caso di **recesso attivo**, ex art. 56, co. 3, c.p., vale a dire nel caso in cui l'evento, non ancora realizzatosi, risulti impedito dopo che la condotta idonea a produrlo sia stata portata a termine (è il caso classico di chi propina del veleno a una persona, ma poi, ravvedendosi, la porta in pronto soccorso e questa si salva).

Mentre nell'ipotesi in cui il soggetto agente si sia adoperato «*spontaneamente ed efficacemente*» per elidere o attenuare le conseguenze del reato già prodottosi risulterà applicabile soltanto la circostanza attenuante del **ravvedimento post delictum** di cui all'art. 62 n. 6 c.p.

L'**art. 49, co. 2, c.p.**, disciplina, invece, il **reato impossibile**, prevedendo la non punibilità (salvo il sussistere dei presupposti di un reato diverso) quando l'evento non si produce per **inidoneità dell'azione** o **inesistenza dell'oggetto** (intesa quest'ultima dalla giurisprudenza come inesistenza in sé, e non come assenza occasionale). Si tratta, nel primo caso, del c.d. *tentativo inidoneo*, riferito, ordinariamente, ad azioni (inidonee) *compiute*.

È peraltro disposta, in tale ipotesi, la possibilità dell'applicazione di una misura di sicurezza (sempre che sussista il presupposto della pericolosità sociale di cui all'art. 202, co. 2, c.p.), che, non essendo diversamente precisato, consiste ex art. 215, co. 2, c.p., nella libertà vigilata (di cui agli artt. 228 ss. c.p.): pur non parlandosi espressamente nell'art. 49, co. 2, c.p. di *delitti*, l'evidente rapporto di complementarietà tra tale norma e l'art. 56 in tema di tentativo porta a concludere che la misura di sicurezza sia applicabile solo ove sussista l'intento di commettere un delitto (del resto, applicare una misura di sicurezza nel caso di una contravvenzione inidonea risulterebbe assurdo).

L'applicabilità della misura di sicurezza configura un'ipotesi di c.d. **quasi reato** (in cui,

cioè, la misura di sicurezza è disposta, nei confronti di un soggetto imputabile, senza la commissione di un reato), al pari di quanto previsto dall'**art. 115 c.p.**, che sancisce in materia di concorso di persone la non punibilità, salvo eccezioni legislative esplicite (p. es., all'art. 304 c.p.), del **mero accordo**: pure in tal caso infatti, come altresì in quello dell'**istigazione** accolta senza commissione del reato, o anche *non accolta* ove si tratti di delitto, è applicabile una **misura di sicurezza**.

Si ricordi inoltre (v. *supra*) l'utilizzazione che s'è proposta dell'art. 49 c.p. quale ancoramento di diritto positivo del **principio di offensività**, intendendosi in tal senso l'inidoneità come *inoffensività* rispetto al bene tutelato.

Una norma molto importante, infine, anche dal punto di vista sistematico risulta espressa dall'**art. 49, co. 1, c.p.**, che prevede la non punibilità del **reato putativo**, cioè *erroneamente supposto* (art. 49, co. 1, c.p.), così come altresì previsto per l'aggravante putativa (art. 59, co. 3): non si è puniti se si ritiene erroneamente – sia per ragioni di diritto che per ragioni di fatto – di aver commesso un reato, o di aver dato luogo a un'aggravante, che invece non sussistono.

In questo senso si conferma che il diritto penale non può colpire un mero atteggiamento soggettivo disponibile alla violazione della legge (o a una violazione più grave della legge), in assenza di una corrispondente offesa di beni tutelati che si realizzi attraverso la commissione effettiva di un reato (o la effettiva integrazione di una circostanza aggravante).

11.2.2. Il concorso di persone.

È ben noto come la definizione codicistica del **concorso di persone** (**art. 110 c.p.**), oltre che molto rigida in quanto **non differenzia sul piano edittale** (come invece altri codici europei) **fra diverse tipologie del contributo**, risulti estremamente generica, limitandosi all'espressione «*quando più persone concorrono nel medesimo reato*». Il che si manifesta tanto più delicato in quanto rilevano, ai fini del concorso, anche contributi c.d. atipici, cioè non riconducibili, se riguardati di per sé soli, ad alcuna fattispecie incriminatrice: con l'evidente esigenza che ne consegue di delimitare l'ambito del concorso rilevante.

Preliminarmente, va ricordato che sussistono **reati a concorso eventuale** (che possono essere realizzati sia da una persona singola, sia da più persone) e **reati a concorso necessario** (che possono essere realizzati solo attraverso la condotta di più persone).

I reati a concorso necessario prevedono, in alcuni casi, la punibilità di tutti i concorrenti (così, per esempio, la corruzione e l'associazione per delinquere), mentre in altri casi prevedono la punibilità esclusiva dell'autore o degli autori di una tra le condotte considerate rilevanti, ai fini del reato, dalla fattispecie incriminatrice, essendo considerati l'autore, o gli autori, dell'ulteriore condotta necessaria come vittime (così la concussione e l'estorsione). Il che lascia ben comprendere che le problematiche relative all'individuazione delle condotte rilevanti *ex art. 110 c.p.* riguardano, in questi ultimi casi, la sola partecipazione alle condotte implicanti responsabilità penale.

Il **contributo** del partecipe ai fini dell'art. 110 c.p., inoltre, può essere o **di tipo materiale** (incidente, cioè, sulle modalità di realizzazione del fatto) o **di tipo morale** (incidente, cioè, sulla determinazione a tenere la condotta illecita, in termini di *istigazione*).

Date queste premesse, l'elemento fondamentale per identificare una certa **condotta** come partecipativa *ex art. 110 c.p.* alla commissione di un reato è costituito dal fatto **che essa sia risultata causale** (in conformità alla regola di rilievo generale prevista dall'art. 40, co. 1, c.p.) rispetto al determinarsi in concreto del medesimo (un argomento testuale può anche essere desunto, in questo senso, dal disposto dell'art. 113, co. 1, c.p. in tema di cooperazione colposa, che parla di evento «cagionato» dalla cooperazione di più persone).

Appaiono molto chiari, d'altra parte, i rischi che deriverebbero (sotto il profilo dell'incertezza valutativa, in contrasto con il principio di legalità) dal ritenere adeguati ai fini di cui sopra criteri meno stringenti, fondati sulle nozioni generiche di *agevolazione* o *rinforzo*, come alcuni indirizzi hanno ritenuto: si finirebbe per considerare rilevanti, ai fini dell'art. 110 c.p., condotte ampiamente indefinite sia nel contenuto, in quanto atipiche (salvo ciò che poco oltre si dirà), sia nelle caratteristiche che conducano a considerarle partecipative alla commissione di un reato.

Né potrà farsi riferimento, in contrario, all'**art. 114 c.p.**, il quale prevede l'applicabilità di una circostanza attenuante facoltativa nel caso del **contributo di minima importanza**. Anche tale contributo, infatti, dovrà essersi rivelato *ex post* necessario, cioè causale: ma potrà caratterizzarsi, per esempio, dal configurarsi, ad un giudizio *ex ante*, come facilmente sostituibile e tale da non aver prodotto, già di per sé, un rischio elevato di verifica del fatto criminoso.

Nondimeno, si deve riconoscere che l'**accertamento dell'apporto causale** di una condotta **nel caso di un reato plurisoggettivo** risulta più complesso di quanto non accada nel caso di reato monosoggettivo. Se, infatti, in quest'ultimo caso applicare la formula della *condicio sine qua non* significa semplicemente accertare che in assenza della condotta di cui si discute l'evento non si sarebbe storicamente verificato, nel caso del reato plurisoggettivo (o supposto tale) l'evento si sarebbe potuto pur sempre realizzare anche in assenza della condotta summenzionata, ad opera degli altri concorrenti, ma con modalità e tempi almeno in parte diversi. Per cui si dirà che un apporto al reato plurisoggettivo (o supposto tale) realizzatosi è causale se senza quell'apporto il fatto o non si sarebbe realizzato, o si sarebbe sì potuto realizzare, ma solo secondo modalità e tempi significativamente diversi; mentre quell'apporto non è causale se, anche senza di esso, il fatto si sarebbe egualmente prodotto secondo gli elementi essenziali che, dal punto di vista situazionale e temporale, lo abbiano caratterizzato nel caso concreto (per cui la risposta viene in certa misura a dipendere dalla maggiore o minore specificazione descrittiva del fatto medesimo).

Resta ferma, in ogni caso, l'esigenza che la condotta rilevante ai fini del concorso di persone, sebbene possa risultare *atipica* (cioè, come s'è detto, non ricompresa, per sé, in una data fattispecie incriminatrice), abbia pur sempre attivato un **rischio non consentito**, o un incremento di tale rischio, in relazione al realizzarsi del fatto offensivo: in altre parole, che essa si configuri pur sempre, *ex ante*, come violazione di una regola rivolta a evitare il prodursi di quel fatto (al pari di quanto s'è illustrato circa la condotta nei reati monosoggettivi).

Occorrerà altresì, peraltro, che sia accertato, in tutti i concorrenti, il dolo relativo al realizzarsi del fatto tipico, ove si tratti di un reato doloso. Ma eventuali derive presuntive circa l'accertamento relativo ai requisiti oggettivi (v. *supra*) di una partecipazione penalmente rilevante rischiano di trasferire sul piano del mero accertamento del dolo,

troppo spesso soggetto per parte sua a presunzioni (v. *supra*), l'affermazione del sussistere di un concorso.

Si rammenti che per quanto concerne il contributo causale a un delitto colposo vale quanto prevede l'**art. 113, co. 1, c.p.** in tema di **cooperazione colposa**, circa la quale deve ritenersi che la condotta rilevante del compartecipe debba costituire comunque, già di per sé, la violazione di una regola cautelare finalizzata a evitare l'evento.

Da ultimo va richiamata l'irrilevanza ai fini del concorso di persone, salvo eccezioni normative esplicite (v. *infra*), del **mero accordo**, come pure dell'istigazione, ove il reato non sia stato commesso, ai sensi dell'**art. 115 c.p.** Già abbiamo ricordato che in tali casi, come altresì in quello dell'istigazione *non accolta*, è applicabile una misura di sicurezza, la quale, ai sensi dell'art. 215, co. 4, c.p., sarà costituita dalla libertà vigilata (ipotesi, queste, di c.d. "quasi reato", che si affiancano all'ulteriore ipotesi prevista dall'art. 49, co. 4, c.p.).

Circa le disposizioni particolari di cui agli **artt. 116 e 117 c.p.** v. *supra*.

11.2.3. Reato omissivo improprio.

L'**art. 40, co. 2, c.p.**, ai sensi del quale, come sappiamo, « non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo», costituisce **una delle norme più problematiche della parte generale del codice penale**. Gli interrogativi che emergono rispetto ad essa sono, infatti, molteplici, riguardando fra l'altro:

- Le tipologie di reato, non specificate, rispetto alle quali il reato omissivo improprio debba ritenersi configurabile (tenuto conto che, in origine, era stato concepito avendo presenti, essenzialmente, i delitti contro la vita e contro l'incolumità personale).

- Il fatto che, secondo la formulazione codicistica e l'impianto stesso del codice Rocco, l'art. 40, co. 2, c.p. dovrebbe riferirsi ai soli reati con evento naturalistico e altresì, tra di essi, ai soli illeciti caratterizzati da una condotta libera (posto che, diversamente, si finirebbe per punire in assenza degli specifici requisiti comportamentali richiesti da una determinata fattispecie incriminatrice). Sebbene si constatino applicazioni giurisprudenziali dell'art. 40, co. 2, c.p. anche rispetto a reati di pura condotta, specie nell'ambito del diritto penale economico.

- Il fatto che, in base all'impostazione del codice, il disposto dell'art. 40 dovrebbe ritenersi riferibile, altresì, soltanto a condotte meramente impeditive di un accadimento lesivo, e non a condotte che richiedano il contrasto diretto di una condotta causale altrui (salvo il caso in cui ciò costituisca contenuto esplicito dell'obbligo): posto che nel secondo caso si richiederebbe a un dato soggetto qualcosa di molto diverso e, potenzialmente, di assai più oneroso rispetto al primo.

- La ricostruzione delle **fonti dell'obbligo di impedire**, che deve essere un **obbligo giuridico**: in proposito, vi sono ottimi motivi, attinenti alla salvaguardia del principio di determinatezza, che consigliano di mantenere, per ragioni di legalità, l'individuazione delle **fonti dell'obbligo** nella **legge o nel contratto**, evitando il mero riferimento troppo generico a c.d. *posizioni di garanzia*, siano esse di *protezione* generale in favore di qualcuno o di *controllo* rispetto a determinate fonti di pericolo (lo stesso ulteriore riferimento, presente nella letteratura meno recente, a una propria attività pericolosa pregressa quale generica fonte

dell'obbligo è oggi giustamente criticato, dovendo l'obbligo di impedire eventi lesivi, anche in quel caso, trovare una fonte specifica, come sopra descritto). Si consideri, a tal proposito, che il **passaggio da un approccio formale a un approccio sostanziale nella lettura di una data fattispecie** non risulta accettabile quando viene a costituire un'*estensione* dell'ambito del punibile, in contrasto con il principio di legalità (sia rispetto alla riserva di legge, sia al canone della determinatezza, sia al divieto di analogia *in malam partem*): come può accadere mediante il passaggio da una definizione delle fonti dell'obbligo di impedire fondata, per l'appunto, sulla legge o sul contratto a una definizione fondata su meno precisabili *posizioni di garanzia*. Ben diverso, invece, è il caso nel quale il passaggio dall'approccio formale a quello sostanziale comporta una *restrizione* in senso garantistico dell'ambito del punibile, come avviene (v. *supra*) attraverso il riconoscimento del **principio di offensività**, non previsto in modo esplicito nel codice penale vigente.

- **L'esigenza**, del tutto fondamentale, **che non si configuri ogni obbligo avente significato di prevenzione come un obbligo di impedire l'evento** rilevante ai sensi dell'art. 40, co. 2, c.p.: perché ciò avvenga occorre infatti che simile finalità emerga in modo chiaro dalla fonte istitutiva dell'obbligo e che siano attribuiti al soggetto obbligato i poteri e i mezzi necessari a impedire. Non sarebbe di certo accettabile, del resto, che la moltiplicazione, negli ultimi anni, dei soggetti cui vengono attribuiti doveri *finalizzati a prevenire* (lo abbiamo già visto e vi ritorneremo) finisca per dilatare la sfera applicativa dei reati omissivi impropri.

Si rammenti che la prova della **causalità nei reati omissivi** esige di accertare oltre ogni ragionevole dubbio, in base alla consueta formula della *condicio sine qua non*, che, si fosse tenuta la condotta doverosa omessa, l'evento non si sarebbe verificato (si tratta di una nozione della causalità avente carattere normativo, posto che sul piano naturalistico, ovviamente, *ex nihilo, nihil fit*).

Anche nel reato omissivo improprio, affinché sussista il **dolo**, necessità la volontà di vedere prodursi l'evento a seguito dell'omissione (ragione, questa, perché in un numero consistente di casi il reato omissivo improprio risulterà colposo). Sul rapporto tra reato omissivo improprio e dolo eventuale v. *supra*.

11.3. Il concorso di reati.

La disciplina del concorso di reati, cioè relativa al compimento di più reati da parte di un medesimo soggetto agente, è contenuta negli **artt. 71 ss. c.p.**

In proposito, si tratta innanzitutto di distinguere tra **unità e pluralità delle condotte**: si ritiene che la condotta resti unica, e dunque unico il reato, nel caso in cui i singoli comportamenti posti in essere si realizzino in un medesimo contesto spazio-temporale (si pensi al caso di una persona che nottetempo sottragga più cose essendosi introdotta in un centro commerciale, caricandole l'una dopo l'altra su un automezzo).

Si ha altresì un unico illecito quando una medesima condotta che realizza un reato incida su cose diverse (per esempio la sottrazione di più cose, nell'ambito di un furto, ed anche se tali cose appartengano a soggetti diversi). Nel caso in cui, però, una medesima condotta provochi più lesioni del bene vita o dell'incolumità personale (cioè nei confronti di più persone) si è da sempre ritenuto che vengano a configurarsi più reati.

Ciò premesso, si ha **concorso materiale** quando con più azioni si commettono più reati, *omogeneo* se si tratta dello stesso reato, *eterogeneo* se si tratta di reati diversi.

Se tuttavia diversi reati di un concorso materiale sono fra loro collegati da un medesimo disegno criminoso si ha il **reato continuato**, esso pure *omogeneo* o *eterogeneo* (**art. 81, co. 2, c.p.**): intendendosi per **medesimo disegno criminoso** l'unità dello scopo perseguito con i reati commessi.

S'è detto che tale unicità di scopo dovrebbe emergere in termini di ragionevolezza oggettiva, ma invero non si vede perché un'unità di scopo del tutto soggettiva o illogica, poniamo dettata da superstizione, non dovrebbe avere valore ove abbia effettivamente operato. Il problema, semmai, atterrà alla prova: tuttavia non bisogna trasformare questioni di accertamento probatorio in preclusioni aprioristiche operanti sul piano sostanziale.

Si avrà invece **concorso formale** quando con una sola azione si realizzano più reati: esso pure *omogeneo* se si tratta dello stesso reato ed *eterogeneo* se si tratta di reati diversi.

Sul piano sanzionatorio, è previsto il **cumulo materiale** (*tot crimina, tot poene*) – secondo i criteri previsti agli artt. 73 ss. c.p. e salvi i livelli massimi di aumento previsti dagli artt. 78 s. c.p. – nel solo caso di concorso materiale che non dia luogo a un reato continuato.

Mentre in tutti gli altri casi (concorso formale e reato continuato) si applicherà l'assai più favorevole **cumulo giuridico**, consistente nella «pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo» (art. 81, co. 1, c.p.), purché non si superi la sommatoria delle pene applicabili per i singoli reati (art. 81, co. 3, c.p.).

Fino al 1974, peraltro, il cumulo giuridico era applicabile al solo reato continuato omogeneo: essendosi prodotta l'estensione al concorso formale e al reato continuato eterogeneo (di cui all'art. 81, commi 1 e 2, c.p.) con il già citato d.l. n. 99/1974, inteso a realizzare una mitigazione delle pene suscettibili di essere inflitte in concreto ai sensi del codice Rocco facendo leva sull'estensione, in materia, della discrezionalità giudiziaria.

Infine, va rammentata la complessa problematica del **concorso apparente di norme penali**, riferito ai casi in cui un concorso a prima vista formale, o anche materiale, deve essere considerato soltanto apparente, così che sia da applicarsi un'unica disposizione penale: problematica, questa, in larga misura causata dal numero elevato delle fattispecie incriminatrici previste nel nostro sistema penale, e non di rado applicabili a medesimi contesti di fatto.

L'unico criterio fornito dal codice per identificare un concorso apparente è dato dal **principio di specialità**, di cui all'**art. 15 c.p.**, ai sensi del quale «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

L'ambito applicativo di tale norma dipende peraltro, in larga misura, dall'interpretazione del concetto di «**stessa materia**», che dovrebbe essere riferito, secondo l'orientamento prevalente in dottrina, a medesime situazioni di fatto: posto che nel caso in cui si richiedesse che le norme in rapporto di specialità attengano altresì alla tutela del medesimo bene giuridico l'ambito di rilevanza del principio di specialità ne risulterebbe fortemente ridotto.

È tuttavia lo stesso **concetto di specialità** che si rivela, in proposito, alquanto limitativo, dato che, nella sua accezione letterale, atterrebbe esclusivamente ai casi, di soluzione ovvia,

in cui una determinata fattispecie ricomprenda tutti gli elementi di un'altra, più elementi ulteriori (in analogia a quanto disposto dall'**art. 84**, in tema di **reato complesso**).

Ed è per questo che la stessa giurisprudenza ha utilizzato anche altri percorsi al fine di individuare un concorso apparente, utilizzando gli **ulteriori criteri** non positivizzati **di sussidiarietà, assorbimento o consunzione**, riferiti a un giudizio sostanziale di ricomprensione dell'offesa insita in un certo reato in quella di un reato diverso.

Proprio in tale prospettiva si ammette, per esempio, la non punibilità, rispetto al medesimo soggetto agente, del c.d. **antefatto o postfatto non punibile**, vale a dire di un reato che costituisca presupposto o conseguenza ordinariamente necessaria circa il compimento di un altro reato (si pensi al rapporto fra i delitti di falsificazione e di spendita di monete falsificate, previsti agli artt. 453 e 455 c.p.): per cui costituirebbe una forzatura parlare, in tal caso, di una violazione duplice dell'ordinamento penale, la quale finirebbe per porsi in contrasto (v. *supra*) con il **principio del *ne bis in idem*** sostanziale.

BENI PENALMENTE RILEVANTI E BIUGIURIDICA.

12.1. Caratteristiche della vita umana in quanto bene giuridico: inizio e fine vita.

Le problematiche di ordine bioetico e, segnatamente, biogiuridico attengono, sotto diversi profili, a modalità di intervento sulla vita umana o a condotte che incidono sulla qualità della vita umana stessa. Ai nostri fini, ci occuperemo essenzialmente delle questioni che riguardano l'inizio e la generazione della vita, il rapporto tra medico e paziente, nonché le problematiche del fine vita: specie per gli aspetti di rilievo penalistico.

Tenendo conto del fatto che la nostra materia non attiene soltanto allo studio delle norme penali, bensì anche alla gestione, nel suo insieme, delle condotte che si riferiscono a beni penalmente rilevanti.

E rimanendo chiaro che la premura nei confronti del bene vita umana, per essere coerente, non può attenersi soltanto alle sue fasi iniziale e finale, bensì deve investire tutte le forme di mancata salvaguardia dei diritti umani nel corso del suo svolgersi.

Anzitutto, appare dunque importante interrogarsi su ciò che identifica il sussistere di una vita umana, o comunque della vita di un qualsiasi singolo appartenente a una determinata specie: un **concetto**, quello **di vita umana**, dato spesso per ovvio, ma che invece richiede un'attenta riflessione, anche in rapporto alle questioni nuove insorte, dalla metà del novecento, con riguardo all'inizio e al fine vita.

Risulta evidente, in primo luogo, che non potrebbe sussistere un concetto meramente giuridico, cioè *convenzionale*, della vita umana, specie ove venga in considerazione, come accade dal punto di vista penalistico, la problematica della sua tutela. Come abbiamo visto, infatti, per altri concetti aventi rilievo penale (la causalità, il dolo, ecc.), se il diritto vuole costituire strumento di una gestione razionale ed eticamente motivata della realtà umana, non può muovere da una ricostruzione fittizia della medesima. Dunque, anche il concetto di vita umana necessiterà di rimanere ancorato a una riflessione razionale sui dati che derivano dalle conoscenze scientifiche.

In questo senso, il darsi di una vita individuale – e pertanto **il bene giuridico vita umana** – **consiste nell'essere in atto** una sequenza (o, se si vuole, un percorso) esistenziale avente tre caratteristiche: quelle la contraddistinguono come una **sequenza esistenziale autonoma, continua e coordinata**.

Il concetto di **autonomia** indica che tale sequenza, da quando è in atto, **non necessita, per proseguire nel suo svolgimento, di alcun ulteriore impulso** (o stimolo) **dall'esterno**. Simile sequenza esistenziale, in altre parole, procede, dal momento in cui ha inizio, per forza propria e secondo un programma a essa interno (espresso dall'informazione genetica caratterizzante ciascun individuo ed egualmente presente in ciascuna delle sue cellule fin dalla prima di esse, cioè dallo zigote). Per cui da quando la sequenza è in atto può essere soltanto *interrotta* (per ragioni patologiche o per un'azione cruenta, per il venir meno delle condizioni ambientali o di alimentazione che ne rendono possibile la prosecuzione, ovvero

per l'esaurirsi della sua capacità di svolgersi ulteriormente).

Ciò rende chiaro, altresì, che **nessun individuo dà impulso alla propria vita**, né al suo inizio, né in qualsiasi momento successivo, bensì *si ritrova in vita*, e nel corso della medesima può solo curare che non intervengano le condizioni di un'interruzione della vita (potendo in ciò essere supportato, ovviamente, dall'aiuto altrui, come accade nella prima fase dell'infanzia o attraverso l'attività medica).

Il concetto di **continuità** indica, a sua volta, che lo svolgersi della suddetta sequenza è unitario: non può interrompersi e riprendere, e non consente di individuare, in essa, 'salti' cui, in quanto tali, possa attribuirsi il ruolo di passaggi qualitativi.

Il concetto di **coordinamento** attiene invece all'interazione unitaria fra le diverse tipologie cellulari (attivate dalle cellule staminali preposte alla generazione e alla riproduzione di ciascuna fra di esse) e, dunque, tra i diversi organi del corpo, assicurata dell'informazione genetica.

E proprio quest'ultimo concetto consente di definire la nozione di **morte** (cioè di **fine della vita**) come cessazione del coordinamento sistemico dell'organismo: momento che viene identificato (dopo la prima fase della vita embrionale in cui esso coincide col venir meno del metabolismo cellulare), nella **morte cerebrale** (o encefalica) **completa**, cioè relativa sia agli *emisferi* che al *tronco-encefalo*.

Tradizionalmente la morte è stata accertata e viene tuttora accertata attraverso la constatazione del definitivo venir meno dell'attività cardiaca e respiratoria, ma ciò non individua affatto un criterio diverso di accertamento della morte: dopo venti minuti, infatti, di totale assenza di tale attività (accertabile mediante un elettrocardiogramma) il cervello, inevitabilmente, muore per mancanza di ossigenazione (mentre un arresto breve di quella attività, che non abbia ancora inciso sul piano cerebrale, può essere superato, in date condizioni, attraverso un massaggio cardiaco o un defibrillatore).

L'essersi resi disponibili, dalla metà del novecento, gli strumenti di terapia intensiva (impropriamente definiti di rianimazione) – i quali sono in grado di sostenere, nella misura del possibile, tutte le funzioni vitali tranne quelle cerebrali, la cui cessazione è del tutto irreversibile – ha fatto sì, tuttavia, che la morte del cervello possa intervenire (interrompendosi pur sempre, a livello di carotidi, l'ossigenazione del medesimo) *prima* della cessazione dell'attività cardio-respiratoria, sostenuta nel resto del corpo dai presidi di terapia intensiva. Per cui la morte cerebrale, in tal caso, viene accertata, con larga convergenza sul piano internazionale e sul piano etico, riscontrando per sei ore la totale assenza di un'ampia serie di parametri dell'attività cerebrale stessa (non basta un elettroencefalogramma piatto, che può avere anche altre cause), come indicato, per l'Italia, dalla **l. n. 578/1993**, integrata circa le procedure da successivi decreti ministeriali.

Una volta accertata la morte cerebrale i presidi di terapia intensiva possono essere disattivati, salvo per il tempo necessario nel caso in cui si proceda, sussistendo il consenso in vita della persona deceduta o, in mancanza, quello dei familiari, al prelievo di uno o più organi a scopo di **trapianto** (cfr. le leggi n. 644/1975 e n. 91/1999): posto che gli organi (cornee e cartilagini a parte) necessitano per quello scopo che sia mantenuta in essi la circolazione del sangue fino al momento del prelievo; e salvo altresì il caso in cui la morte cerebrale sia intervenuta in una donna durante la gravidanza e risulti possibile, mantenendo l'attività

cardio-circolatoria, permettere lo sviluppo del feto in utero fino al momento in cui possa procedersi, con buon esito, al parto.

Risulta evidente, pertanto, la differenza tra la nozione di morte cerebrale e quella di **coma, in quanto stato**, più o meno profondo, **di non responsività** del paziente: posto che il paziente in coma, ovviamente, è vivo: così che ci si adopera, in tali situazioni, per valorizzare ogni possibilità di recupero della responsività stessa (altra cosa, è ovvio, sono i casi in cui il coma venga temporaneamente indotto per via per via farmacologica, a fini terapeutici).

Sono noti, del resto, gli studi degli ultimi anni, che hanno portato a riscontrare, soprattutto per il tramite della risonanza magnetica funzionale, la complessa attività cerebrale (nonché di risposta a determinati stimoli) sussistente anche nei casi più gravi di coma, qual è di c.d. stato vegetativo, e la frequente fluttuazione, nello stesso paziente, tra questo medesimo stato e quello di c.d. minima coscienza.

Studi, quelli sul coma, i quali hanno condotto, in ogni caso, a migliorare le tecniche intese a favorire il *risveglio* e a migliorarne, nelle diverse condizioni, i tassi di possibilità.

Appaiono quindi del tutto equivoche espressioni come quella (da non utilizzare) di *coma irreversibile*, con cui non di rado, negli organi di comunicazione, si identificano talvolta la morte cerebrale e talaltra stati di coma circa i quali si ritiene improbabile il *risveglio*.

Non dimenticando, in ogni caso, che un giudizio sicuro circa il sussistere di stati soggettivi di coscienza, eventualmente minimi, non lo possiamo dare: ciò che possiamo verificare, infatti, è soltanto il tipo di responsività del paziente a determinati stimoli.

E non dimenticando altresì – problema questo del tutto diverso – che vi sono malati del tutto coscienti (dunque, non in coma) che per ragioni patologiche non sono più in grado di comunicare se non attraverso minimi movimenti (per esempio degli occhi, delle palpebre o delle labbra): movimenti i quali, oggi, possono essere efficacemente valorizzati, ristabilendo valide possibilità comunicative, attraverso supporti informatici (è il caso, per esempio, della c.d. *locked-in syndrome* o di alcune c.d. malattie degenerative).

Per quanto concerne, invece, l'**inizio della vita**, l'instaurarsi della sequenza autonoma, continua e coordinata si ha indubbiamente dalla **fecondazione**, o *concepimento* (ma, si noti, potrebbe avvenire anche diversamente: si pensi al separarsi dall'embrione in fase precocissima di una cellula o di un piccolo gruppo di cellule ancor totipotenti, quali sono le prime otto cellule dall'embrione stesso: con il che prende avvio la vita di un gemello monozigote; oppure si pensi – procedura, questa, vietata e, comunque, eticamente inaccettabile in ambito umano – al momento in cui venisse attivato un processo di clonazione).

Dalla fecondazione, e in particolare dal momento della penetrazione del nucleo dello spermatozoo nel citoplasma dell'ovulo femminile, si attiva infatti un processo che, presenti le condizioni ambientali adatte, può essere solo interrotto e che si svolge secondo una progettualità e un coordinamento tutti interni al nuovo sistema (al nuovo *organismo*), fin dalla prima cellula (lo zigote), con la quale prende avvio l'embrione umano secondo un iter continuo che darà luogo, via via, a ulteriori denominazioni (morula, blastula, gastrula, feto, ecc.).

Si tratta, da quel momento, di una **vicenda esistenziale unitaria**, che non consente di scindere lo svolgersi di una dimensione biologica (meramente corporea) e di una dimensione metabiologica: come se la psiche fosse una realtà svincolata dal corpo e *calata*

successivamente in esso dall'esterno, secondo quanto ritenevano le antiche impostazioni dualiste (si pensi a Platone, o anche a Cartesio).

In realtà, la sequenza esistenziale è unitaria ed esprime nel corso del tempo sia capacità fisiche che psichiche: alcune si perfezionano solo a una certa epoca, altre si perdono precocemente (si pensi alla capacità di costruire organi e tessuti in fase prenatale o alla capacità di elaborazione linguistica nei primi anni di vita).

In questo quadro, la tutela giuridica della **vita umana prenatale** costituisce espressione della **tutela dei diritti inviolabili dell'uomo**, che, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., risulta **correlata all'esistenza in vita**. Si rammenti, in proposito, l'art. 3, co. 1, Cost., che sancisce l'irrilevanza, già richiamata *supra*, di un giudizio sulle «condizioni personali e sociali» di ciascun singolo individuo (fra le quali rientra anche l'epoca più o meno avanzata della sua vita) ai fini del rispetto dei suoi diritti inviolabili. Il che implica l'irrilevanza, altresì, di qualsiasi giudizio sulle *capacità* o *qualità* che il medesimo sia in grado di manifestare in un dato momento della vita.

Il rilievo giuridico della vita umana anche prenatale risulta del resto sancito anche sulla base del *Preambolo* (punto 3) alla **Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo** («considerato che il fanciullo, a causa della sua immaturità fisica e intellettuale, ha bisogno di una particolare protezione e di cure speciali, compresa una adeguata protezione giuridica, sia prima che dopo la nascita»). Il fatto, dunque, che un individuo nella parte iniziale della sua vita non abbia ancor acquisito talune capacità dell'adulto non lo rende *minore* nella dignità, ma anzi lo rende titolare di un maggior diritto alla tutela.

12.2. Gli illeciti previsti in materia di interruzione della gravidanza.

Passando a considerare il tema dell'interruzione di una gravidanza, muoviamo dalla constatazione del permanente sussistere di delitti che attengono a simile materia: già previsti dalla legge n. 194/1978 e reinseriti nel codice penale – al nuovo capo 1-*bis* («**Dei delitti contro la maternità**») del titolo XII del libro II – con il cit. d.lgs. n. 21/2018. Questi, dunque, tali delitti:

- L'**art. 593-bis c.p.** (già art. 171. n. 194/1978), che punisce, solo con riguardo alla condotta di un soggetto diverso dalla madre, l'**aborto colposo** («Chiunque cagiona a una donna per colpa l'interruzione della gravidanza è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. Chiunque cagiona a una donna per colpa un parto prematuro è punito con la pena prevista dal primo comma, diminuita fino alla metà. Nei casi previsti dal primo e dal secondo comma, se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro la pena è aumentata»). La scelta di non punire condotte colpose della donna – che in sé possono ben sussistere, creando un pericolo per la gestazione – appare condivisibile in forza dell'orientamento a privilegiare, per fini di tutela della gravidanza, un approccio informativo ed educativo, e dunque di *alleanza*, rispetto alla madre del concepito, data la simbiosi, durante la gravidanza, delle relative vite.

- L'**art. 593-ter c.p.** (già art. 181. n. 194/1978), che punisce l'**interruzione della gravidanza su donna non consenziente** (co. 1) e l'**aborto preterintenzionale** («Chiunque cagiona

l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna è punito con la reclusione da quattro a otto anni. Si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno. – La stessa pena si applica a chiunque provochi l'interruzione della gravidanza *con azioni dirette a provocare lesioni alla donna*. – Detta pena è diminuita fino alla metà se da tali lesioni deriva l'acceleramento del parto. – Se dai fatti previsti dal primo e dal secondo comma deriva la morte della donna si applica la reclusione *da otto a sedici anni*; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da sei a dodici anni; se la lesione personale è grave quest'ultima pena è diminuita. – Le pene stabilite dai commi precedenti sono aumentate se la donna è minore degli anni diciotto»). Si noti, rispetto al co. 4, l'incongruenza per cui se si provoca la morte preterintenzionale della gestante a seguito di una condotta di aborto sulla medesima, ove non consenziente, o a seguito di un aborto preterintenzionale, la pena editale prevista risulta inferiore a quella di cui alla fattispecie generale in tema di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.).

Permangono altresì, tuttavia, gli illeciti che riguardano **l'aborto relativo a donna consenziente**:

- L'**art. 19 l. n. 194/1978** ricomprende in proposito, al suo inizio, due fattispecie (co. 1: «Chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate negli artt. 5 o 8 [della l. n. 194/1978: v. *infra*] è punito con la reclusione sino a tre anni» – co. 2: «La donna è soggetta alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5000 a euro 10.000»).

La prima fattispecie costituisce, dunque, un delitto e si applica nei confronti di chi pratici un aborto su donna consenziente ove posto in essere **nei primi novanta giorni** di gravidanza (v. *infra*), ma al di fuori dei requisiti richiesti ai fini della non punibilità del medesimo dalle norme ivi indicate (come altresì dei requisiti di cui all'art. 4, in quanto richiamati dall'art. 5: v. *infra*).

La seconda fattispecie rende **sanzionabile anche la donna**, nel medesimo caso, ma **sul piano amministrativo**, secondo una curiosa vicenda di successione di leggi.

Il testo originario dell'art. 19, co. 2, l. n. 194/1978 prevedeva infatti, anche in questo caso, un delitto, sebbene punito con la mera multa di euro 51 (traduzione della pena prevista all'origine in lire 100.000). Ma il provvedimento generale di trasformazione in illeciti amministrativi (cioè di *depenalizzazione*), salve esplicite eccezioni, dei reati esterni al codice penale puniti con la sola pena pecuniaria posto in essere dal cit. **d.lgs. n. 8/2016** ha fatto sì che simile trasformazione si realizzasse – senza che il legislatore, è da ritenersi, ne abbia avuto consapevolezza – anche con riguardo al delitto summenzionato di cui all'art. 19, co. 2 (nessuno probabilmente aveva pensato, nel valutare le materie da sottrarre alla depenalizzazione, che esistesse un reato punito con sola pena pecuniaria pure tra i delitti contro la vita). Così che fra l'altro, stanti i criteri di conversione tra pena pecuniaria e sanzione amministrativa previsti dal d.lgs. n. 8/2016, l'illecito risulta ora sanzionato, rispetto alla donna, con una sanzione pecuniaria amministrativa da 5000 a 10000 euro, alquanto superiore all'entità della multa precedentemente prevista.

Ne deriva, dunque, **l'incongruenza**, in termini sistematici, **di una fattispecie dolosa afferente alla tutela della vita umana che ha rilievo amministrativo e non penale**, al di là del tipo di sanzione applicabile.

Ma proprio con riguardo alla sanzione pecuniaria prevista (sia in precedenza sul piano penale, sia ora sul piano amministrativo) va segnalata, altresì, **l'incongruenza della monetizzazione di una condotta abortiva**. Il che non significa auspicare la previsione, in materia, di una pena detentiva (sul punto, v. anche *infra*), bensì ritenere necessario, anche sul piano del messaggio sociale, pensare a obblighi di tipo diverso (per esempio di ordine educativo e formativo).

- L'art. 19 l. n. 194/1978 si occupa inoltre, nei due commi successivi, dell'**aborto praticato su donna consenziente dopo il novantesimo giorno** (v. *infra*), ma al di fuori dei requisiti richiesti dalla legge n. 194/1978 circa l'esclusione della punibilità del medesimo: e ciò attraverso una fattispecie delittuosa punibile, in questo caso (sebbene in modo differente), anche nei confronti della donna («Se l'interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l'accertamento medico dei casi previsti dalle lettere *a*) e *b*) dell'art. 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'art. 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da uno a quattro anni. – La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi»).

Queste, infine, le previsioni ulteriori del medesimo articolo 19, inerenti, fra l'altro, al coinvolgimento di donna consenziente minorenni o interdetta (entrambe non punite) e alle conseguenze preterintenzionali: «Quando l'interruzione volontaria della gravidanza avviene su donna minore degli anni diciotto, o interdetta, fuori dei casi o senza l'osservanza delle modalità previste dagli artt. 12 e 13, chi la cagiona è punito con le pene rispettivamente previste dai commi precedenti aumentate fino alla metà. La donna non è punibile. – Se dai fatti previsti dai commi precedenti deriva la morte della donna, si applica la reclusione da tre a sette anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da due a cinque anni; se la lesione personale è grave questa ultima pena è diminuita. – Le pene stabilite dal comma precedente sono aumentate se la morte o la lesione della donna derivano dai fatti previsti dal quinto comma».

12.3. Le ipotesi di non punibilità dell'aborto ai sensi della legge n. 194/1978 e le problematiche relative alla prevenzione del fenomeno abortivo.

È ben noto che la **l. n. 194/1978** prevede ipotesi di non punibilità di un'interruzione volontaria della gravidanza.

Simile normativa si apre peraltro, all'**art. 1**, con l'affermazione di due principi attinenti al bene vita. Innanzitutto, quello secondo cui «**lo Stato...** riconosce il valore sociale della maternità e **tutela la vita umana dal suo inizio**» (co. 1). Norma, questa, cui va affiancato quanto afferma il posteriore **art. 1, co. 1, l. n. 40/2014** in tema di procreazione medicalmente assistita, secondo il quale tale legge «assicura i diritti di tutti i *soggetti* coinvolti, compreso il *concepito*»: con ciò, da un lato, riconoscendo il **concepito** non soltanto come oggetto di tutela,

ma anche **come soggetto di diritti** (in conformità con l'art. 2 Cost., secondo quanto costantemente ribadito dalla stessa Corte costituzionale) e, dall'altro lato, esplicitando attraverso il participio passato 'concepito' il momento dal quale sussiste la vita umana in quello del concepimento e, dunque, della fecondazione

Mentre l'ulteriore principio di fondo enunciato dall'art. 1 l. n. 194/1978 (co. 2) è quello secondo cui **l'interruzione volontaria della gravidanza** di cui alla medesima legge «**non è mezzo per il controllo delle nascite**».

Ciò premesso, il problema dell'atteggiamento del diritto verso l'interruzione volontaria della gravidanza non è dato dalla rinuncia a utilizzare, per prevenire gli aborti, la previsione di una pena detentiva nei confronti della donna: aspetto, questo, sul quale può esservi ampio consenso. Si tratta, piuttosto, di domandarsi se sussista effettivamente un intento di prevenzione dell'aborto. Che l'aborto sia rimasto, dopo l'entrata in vigore nel 1978 della legge in esame, un fenomeno molto consistente emerge dai dati relativi al numero degli aborti eseguiti in conformità a tale legge riportati nelle relazioni ministeriali annuali sull'applicazione della medesima, dati che portano a un totale, nel quarantennio, che supera con il 2019 il numero di sei milioni (il numero tiene conto anche delle interruzioni ripetute da parte della medesima donna). L'anno con il maggior numero di interruzioni volontarie della gravidanza fu il 1984, con 234.801 casi, poi diminuiti (80.733 nel 2017, con un'incidenza, in quell'anno, del 17.7% rispetto ai nati vivi): una diminuzione sulla quale incide, peraltro, il forte decremento, negli ultimi decenni, del numero complessivo delle donne in età fertile e, probabilmente, l'estensione dell'utilizzo della c.d. pillola del giorno dopo (o dei cinque giorni dopo), sulla cui problematica v. *infra*.

Ora, nella maggior parte dei Paesi occidentali si è addivenuto a creare, intorno agli anni settanta del secolo passato e secondo impianti normativi in parte diversi, ambiti di interruzioni volontarie della gravidanza legalmente praticabili, sebbene, per lo più, affermando pur sempre un intento preventivo di fondo. È rimasta invece inadeguatamente percorsa la strada alternativa costituita dalla promozione di un sistema normativo orientato a un massiccio rafforzamento delle forme di aiuto nei confronti della donna in gravidanza.

L'esame di simili leggi orienta fra l'altro a comprendere che **ogni legge** – non soltanto, quindi, in ambito biogiuridico – **richiede di essere riguardata da almeno tre punti di vista: quali principi afferma?, quali comportamenti, al di là dei principi suddetti, in concreto consente?, quale risulta essere la sua applicazione nella prassi?**

Sul piano comparato, e con riguardo al mondo occidentale, solo alcuni ordinamenti in ambito anglosassone hanno autorizzato l'interruzione volontaria della gravidanza sulla base di una mera **soluzione** c.d. **dei termini**, vale a dire fissando, semplicemente, un'epoca della gravidanza prima della quale il ricorso alla medesima è discrezionale (impostazione, questa, che annulla totalmente il rilievo giuridico della vita del concepito).

La maggior parte degli ordinamenti, fra i quali quello italiano, si è orientata, invece, alla **soluzione** c.d. **delle indicazioni**, cioè a un modello misto che richiede per l'ammissibilità legale di un aborto sia che il medesimo venga effettuato entro determinati **termini**, sia che sussistano determinati **requisiti**, sia che vengano rispettate determinate **procedure**.

Ai fini della non punibilità di un'interruzione legale della gravidanza **la legge n. 194/1978** distingue tre fasi della gravidanza stessa, come subito diremo. In ogni caso

subordina sempre la praticabilità dell'interruzione medesima – a parte le ipotesi molto rare di pericolo per la vita della donna – **al pericolo (serio o grave) per la salute fisica o psichica della donna** medesima:

a) circa i primi novanta giorni di gravidanza, l'**art. 4 l. n. 194/1978** richiede che quel pericolo sia *serio* e che sia cagionato da uno dei quattro sotto-requisiti cui l'articolo attribuisce rilievo: «stato di salute», «condizioni economiche, o sociali o familiari», «circostanze in cui è avvenuto il concepimento», «previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» («per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera *a)*, della l. n. 405/1975, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia»).

b) circa il periodo tra il novantesimo giorno di gravidanza e il momento in cui il feto potrebbe sopravvivere a un parto prematuro l'**art. 6 l. n. 194/1978** richiede, a parte il caso di pericolo per la vita, che il suddetto pericolo per la salute della donna sia *grave* e sia causato da «**accertati processi patologici**, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro» («l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: *a)* quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; *b)* quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»).

Tutto questo significa che **i sotto-requisiti, nei primi novanta giorni, e i processi patologici** inerenti alla donna o al concepito, **dopo il novantesimo giorno, non assumono rilievo in modo autonomo, ma solo se ne deriva un pericolo (serio o grave)**, a parte la vita, **per la salute fisica o psichica della donna**.

c) la terza fase della gravidanza si ha, poi, dal **momento in cui il feto potrebbe sopravvivere a un parto prematuro** (art. 7, co. 3, l. n. 194/1978), possibilità che inizia a darsi, oggi, dalla ventunesima settimana di gestazione. In tale fase, e fino al termine della gravidanza, può essere indotto un parto pretermine nel **solo caso di pericolo di vita per la donna, adottando**, tuttavia, «**ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto**».

Circa questo assetto di fondo della disciplina in materia di aborto, risultano interessanti alcune considerazioni penalistiche, che riguardano, in particolare, il ruolo assegnato al pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Esso ha per presupposto la **sentenza n. 27/1975 della Corte costituzionale**, che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art 546 c.p. in materia di aborto (nell'ambito dell'abrogato titolo X del libro II c.p., incredibilmente denominato dal codice Rocco «delitti contro la integrità e la sanità della stirpe»), attraverso un riferimento estensivo allo stato di necessità (art. 54 c.p.: v. *infra*) e, pertanto, «nella parte in cui non prevede[va] che la gravidanza po[tesse] venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implic[asse] un danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre». Costituendo quella sullo stato di necessità

l'unica norma che consente di non punire un atto deliberatamente offensivo, e in sé rilevante ai fini penali, posto in essere nei confronti di un soggetto non aggressore.

Dello stato di necessità, tuttavia, manca nel caso in esame (oltre all'elemento meno significativo dell'*attualità del pericolo*) il requisito fondamentale della **proporzionalità** (di cui all'art. 54 c.p.) fra quanto si sacrifica e quanto si tutela: non sussistendo proporzione tra il bene vita (del concepito) e il bene salute (della madre, divenuto poi, nella l. n. 194/1978, anche salute «psichica»).

Questo problema fu ben presente nella redazione di **Corte cost. n. 27/1975**, tanto più alla luce del fatto che, proprio in tale sentenza, la Corte **precisa come «la tutela del concepito abbia fondamento costituzionale»**, sia ai sensi dell'art. 31, co. 2, cost., sia in quanto, «più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito».

E, tuttavia, la Corte costituzionale ritenne di poter superare simile nodo proponendo una discriminazione, invero priva di base scientifica, tra il rango del bene vita prima e dopo la nascita, e dunque affermando che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Ciò sulla base di un palese riferimento implicito, del tutto improprio, all'art. 1 cod. civ. (concernente l'acquisto dalla nascita della capacità giuridica, di cui è sinonimo il concetto di personalità giuridica): tale norma, infatti, non ha riguardo ai diritti inviolabili dell'uomo (che ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., come più volte s'è detto, sussistono in base alla mera esistenza in vita di un dato individuo), bensì all'insieme, per l'appunto, dei diritti *diversi* da quelli inviolabili, che sono soprattutto quelli di natura patrimoniale.

Si tratta, peraltro, di un orientamento alquanto pericoloso sul piano teorico (che non consta esser stato ripreso in altri Paesi), in quanto apre, ben oltre la stessa problematica concernente l'interruzione volontaria della gravidanza, a una **c.d. flessibilizzazione dei diritti inviolabili**: tema molto discusso tra i costituzionalisti, in quanto suscettibile di minare l'impianto complessivo, concepito dopo il secondo conflitto mondiale, inerente alla tutela intangibile dei diritti umani (si pensi alle discussioni americane, alcuni anni orsono, circa la praticabilità di certe forme di tortura nei confronti dei sospettati di terrorismo reclusi a Guantanamo, in quanto ritenuti sì titolari dei diritti inviolabili, ma in maniera differenziata rispetto agli altri cittadini, secondo l'ottica propria del *diritto penale del nemico*; oppure a certe ipotizzate distinzioni tra la titolarità di quei diritti da parte dei cittadini o da parte degli immigrati irregolari).

Da ultimo si tenga presente che la non punibilità dell'aborto nei casi, fortunatamente molto rari, di effettivo pericolo grave e non altrimenti evitabile per la vita della donna in caso di prosecuzione della gravidanza rientrerebbe comunque, come anche prima dell'entrata in vigore della legge n. 194/1978, nella sfera applicativa dell'art. 54 c.p. sullo stato di necessità (ferma la grande ammirazione per le madri che hanno preferito esporsi a gravi rischi pur di consentire la nascita del figlio, l'ordinamento giuridico non ha mai dettato divieti rilevanti a tal proposito).

Rispetto a questo quadro normativo, il perseguimento di finalità orientate alla

prevenzione dell'aborto non si sostanzia soltanto, ai sensi della l. n. 194/1978, nel generico riferimento iniziale a quella che costituisce la dimensione preventiva *a monte*, attraverso l'affermazione dell'impegno dello Stato in favore di una «procreazione cosciente e responsabile» (co. 1), bensì investe anche il rapporto diretto con la gestante stessa che ipotizzi un'interruzione della gravidanza.

Rispetto al caso in cui ciò riguardi la casistica di cui al cit. art. 4 e, dunque, i primi novanta giorni della gravidanza, l'art. 5 l. 194/1978 prevede infatti un requisito procedurale dell'iter che potrebbe condurre all'interruzione stessa, consistente in quello che viene generalmente definito come il **colloquio** con la donna: rivolto a offrirle supporto di riflessione e di aiuto circa i fattori che la spingerebbero all'aborto, affinché quest'ultimo possa essere evitato (tenuto conto, altresì, del fatto che l'esperienza abortiva incide negativamente anche sul vissuto futuro della donna). Il che configura, pertanto, un approccio di **prevenzione primaria**.

Questo dunque ciò che afferma l'**art. 5, co. 1, l. n. 194/1978** (da leggersi in continuità con il suesposto art. 4): «il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, **hanno il compito** in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, **di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza**, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, **offrendole tutti gli aiuti necessari** sia durante la gravidanza sia dopo il parto».

S'è già detto che, dal punto di vista contenutistico, il colloquio ha sia una dimensione dialogica e psicologica, sia un profilo di implementazione dell'aiuto sul piano materiale.

Circa il primo aspetto, si tratta, soprattutto, di lasciar percepire alla donna, specie con riguardo a messaggi in altro senso che possano provenire dal suo ambiente di vita, che la prosecuzione della gravidanza sarebbe comunque *stimata* (e supportata) dalle istituzioni pubbliche. Come pure si tratta di evitare che la donna identifichi emotivamente nell'aborto uno strumento idoneo, per così dire, a *riportare indietro le lancette dell'orologio*, aiutandola a prendere atto, realisticamente e senza rimozioni, della realtà nuova costituita dalla gravidanza, anche quale possibile opportunità, come del fatto che la stessa scelta abortiva inciderà sul suo futuro. Dunque non trascurando la considerazione delle **conseguenze psichiche negative dell'aborto** per la donna, rilevabili anche a lunga distanza (come veniva evidenziato espressamente nella terza edizione del Manuale internazionale diagnostico e statistico dei disturbi mentali [DSM], che identificava una c.d. *post-abortion syndrome*).

Andrà data inoltre informazione circa il **diritto fondamentale della donna di poter partorire nell'anonimato**, in modo da non assumere il ruolo genitoriale (ai sensi dell'**art. 30, co. 1, d.P.R. 396/2000, ord. st. civile**), così che il neonato – salvo un breve spazio temporale per l'eventuale ripensamento – potrà fruire dell'adozione (con l'esigenza che la donna sia rispettata e stimata in tale sua scelta, poiché attraverso di essa ha consentito al figlio di vivere, senza nulla chiedere in cambio). Si noti che un simile diritto è importante non solo per la prevenzione dell'aborto, ma anche per quella di pericolosissimi parti effettuati in casa, seguiti

da infanticidio (è vero che per evitare tutto questo, il neonato può essere lasciato anonimamente nelle culle protette – le c.d. “ruote” – presenti ormai nel perimetro esterno di moltissimi ospedali, ma il ricorso al parto anonimo eviterebbe in radice il problema).

Per quanto riguarda, poi, la dimensione dell’aiuto **alla donna sul piano sociale**, vi è la necessità che gli operatori del consultorio o del centro socio-sanitario (nei quali è presente anche la figura dell’assistente sociale), si facciano carico attraverso un impegno concreto e immediato (che non si limiti, cioè, a dare mere informazioni, che la donna, in quel contesto, non sarebbe in grado di gestire) dei problemi della donna stessa: dal punto di vista abitativo, economico, familiare, ecc.. Anche attraverso la collaborazione con il volontariato sociale, che può rivelarsi importante pure per offrire, o incrementare, per un certo tempo un sostegno in denaro, considerato il numero delle donne, italiane o immigrate, che si rivolgono ai consultori trovandosi in situazioni di povertà.

La finalità preventiva del *colloquio*, e la sua stessa credibilità, finiscono peraltro per essere depotenziate, di fatto, dalla possibilità per la donna di potersi rivolgere direttamente a un medico di fiducia (**art. 5, co. 2, l. 194/1978**), col rischio del venir meno, in tal modo, di qualsiasi effettivo impegno di aiuto alla donna e di prevenzione dell’aborto: sebbene il medico stesso debba valutare con la donna le circostanze che la porterebbero a interrompere la gravidanza e a informarla sugli aiuti sociali che potrebbe ricevere. Anche perché ai fini di tale interazione col medico di fiducia non risultano essere state definite delle linee guida, né di essa risulta richiesta una verbalizzazione.

Si consideri, rispetto al colloquio, anche la posizione in cui si viene a trovare il **padre del concepito**, che partecipa al medesimo solo se la donna lo permette. Ciò ha un effetto ambivalente: da un lato il padre può trovarsi nella condizione di non poter neppure esprimere un parere o fornire aiuto, mentre dall’altro gli è consentita in tal modo una facile deresponsabilizzazione rispetto all’aborto, che può riferire a una mera decisione della donna.

Va segnalata, poi, la mancata previsione, non comprensibile, di una specifica fase di colloquio (che dunque vada oltre le modalità ordinarie della relazione sanitaria) in relazione ai casi di interruzione della gravidanza non punibile **dopo il novantesimo giorno** di gravidanza. In tal caso, infatti, la donna si rivolge direttamente alla struttura sanitaria, ove devono essere accertati i processi patologici rilevanti e la loro incidenza in termini di pericolo grave per la salute della donna (**art. 7, co. 1, l. n. 194/1978**). Posto, tuttavia, che l’aborto dopo il novantesimo giorno risulta essere riferito, nella quasi totalità dei casi, a riscontri patologici da diagnosi prenatale, il rischio è quello di un messaggio che dia per scontato l’aborto stesso in tali situazioni (in contrasto, fra l’altro, con l’importante documento approvato dal Comitato nazionale per la bioetica nel 2005 sull’aiuto alla donna in gravidanza).

Ciò orienta a una riflessione di fondo sul **problema eugenetico** (che costituisce, anche per il futuro, uno dei problemi culturali di maggior spessore), inerente all’utilizzazione per finalità abortive (ma v. anche *infra*) di dati genetici acquisiti precocemente, a vita già in atto.

Va segnalata infatti **l’esigenza che l’enorme incremento della possibilità di acquisizione di dati genetici, anche in un’epoca esistenziale molto precoce, resti utilizzata per fini terapeutici e non per fini di selezione** (vale a dire di *screening* eugenetico). Vi è del resto contraddizione, come segnala la più grande organizzazione internazionale (DPI) per la tutela

delle persone diversamente abili, tra il giusto riconoscimento di una eguale dignità umana in chi, a seguito di un problema congenito, oggi chiamiamo non a caso *diversamente abile* piuttosto che portatore di handicap, e l'impossibilità di continuare a vivere per una di tali persone, ove altri avesse deciso in tal senso, per lui, sulla base di uno screening genetico precoce.

Se, dunque, da un lato è positiva la possibilità, che va diffondendosi, di effettuare indagini genetiche sul feto attraverso il sangue materno, senza ricorrere all'amniocentesi, data l'incidenza statistica nient'affatto trascurabile della medesima rispetto all'induzione di un aborto spontaneo, dall'altro lato essa può facilitare una diffusione di riscontri, anche senza un'adeguata consulenza medica, con l'enfatizzarsi del problema sopra segnalato. Posto, altresì, che un genoma esente da ogni imperfezione non esiste in alcun individuo.

Per quanto concerne, invece, i **primi novanta giorni** di gravidanza la procedura autorizzativa circa l'interruzione della medesima, ove la donna non abbia desistito a seguito del colloquio dal suo proposito, richiede, ai sensi dell'art. 5, co. 4, l. n. 194/1978, il rilascio di un documento da parte del medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o del medico di fiducia (il quale per l'appunto, «di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'art. 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni»; per cui, «trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere l'interruzione della gravidanza [...] presso una delle sedi autorizzate», salve le non meglio precisate condizioni di urgenza, di cui al comma precedente).

Nonostante alcune discussioni in materia, resta evidente che **il medico**, in quanto pubblico ufficiale, **dovrà accertare**, per il rilascio di un documento che li presuppone, **il sussistere dei requisiti di cui all'art. 4** della legge in esame: considerato, d'altra parte, che il riscontro del «serio pericolo per la salute fisica o psichica» della donna non può che costituire oggetto di una valutazione medica, e non di un'allegazione soggettiva.

Resta il fatto, in ogni caso, che l'estensione del concetto di salute a quello di **salute psichica** ha facilitato una marcata estensione applicativa del concetto medesimo (nonostante i riscontri, già segnalati, circa l'incidenza psichica dell'esperienza abortiva).

Si deve d'altra parte constatare che, nell'ambito delle procedure di cui alla l. n. 194/1978, **il concepito** finisce per configurarsi come un (particolare) soggetto titolare di diritti (v. *supra*), privo, evidentemente, della capacità di farli valere e, nondimeno, **privo altresì di una figura che lo rappresenti**, a garanzia di valutazioni corrette in rapporto alla normativa vigente.

L'**art. 12 l. n. 194/1978** attiene, poi, al caso in cui la donna coinvolta sia **minorenne**. Al co. 1 viene innanzitutto precisata una regola generale, che esclude qualsiasi possibilità di obbligare una donna ad abortire: «la richiesta di interruzione della gravidanza secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna» (lo stesso concetto è ripreso anche con riguardo alla donna interdetta, ai sensi dell'art. 13, co. 2).

La norma prevede in linea di principio (co. 2) che la minorenne, essendo tale, necessiti per interrompere la gravidanza dell'assenso dei genitori, il cui dissenso, tuttavia, può essere superato attraverso un'autorizzazione del giudice tutelare, sulla base di una relazione del medico che ha effettuato la procedura di colloquio, valutata la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge. Si noti che ciascuno dei due genitori ha comunque diritto all'informazione, per cui l'ipotesi, di cui alla norma in esame, di «seri motivi che impediscano

o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la responsabilità genitoriale» va riferita solo a casi eccezionali in cui l'informazione possa compromettere, essenzialmente, la vita o l'incolumità.

La situazione in materia della minorenni risulta, tuttavia, più complessa. In particolare, vi è l'esigenza di evitare che la ragazza giovane subisca un'induzione di fatto, da parte della sua stessa famiglia o del suo contesto di vita, a un'interruzione della gravidanza che non corrisponda, in profondità, al suo volere, il che implica un dialogo in sede di colloquio con la minorenni, o presso il giudice tutelare, particolarmente accurato. Si consideri del resto l'estrema problematicità, anche rispetto al vissuto futuro della ragazza, di una negazione di valore, orientativa verso l'aborto, dell'esperienza esistenziale ed affettiva vissuta dalla minorenni stessa.

Un cenno va dedicato, inoltre, al c.d. **aborto farmacologico**, praticabile solo in sede ospedaliera attraverso la c.d. pillola RU 486 nelle prime settimane di gestazione (risultando molto pericolosa per la donna ove utilizzata successivamente). Se, infatti, le modalità esecutive dell'interruzione volontaria di una gravidanza sono equipollenti quanto all'effetto, la modalità in oggetto presenta alcuni aspetti da evidenziare: in primo luogo essa comporta una radicale riduzione dell'impatto psicologico dell'induzione di un aborto per il medico e per gli altri operatori sanitari (ridotta alla prescrizione e alla somministrazione di due pastiglie), nonché una minore percepibilità dell'evento abortivo da parte della donna; in secondo luogo vanno segnalati i forti rischi, per la donna stessa, connessi a una diffusione e a un utilizzo illegale extra-ospedaliero del farmaco.

Un ulteriore aspetto, di interesse penalistico, riguarda l'**obiezione di coscienza** prevista dall'art 9 l. n. 194/1978 (uno dei quattro casi previsti in modo espresso nel nostro ordinamento), che «esonera il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza», cioè tali che non si porrebbero in essere se non si trattasse di addivenire all'interruzione medesima. Si noti che la legge italiana in oggetto, a differenza, per esempio, di quella tedesca, non riferisce l'obiezione a ciascun singolo caso, ma prevede la configurazione, sulla base della scelta personale, di due categorie distinte *a priori* – non obiettori e obiettori – tra il personale sanitario operante nell'ambito del servizio sanitario pubblico.

Ciò consente di riflettere sulla collocazione giuridica dell'obiezione di coscienza, da intendersi come **causa di giustificazione**. Corte cost. n. 467/1991, infatti, ha riconosciuto rango costituzionale alla tutela della coscienza del singolo, ritenendo dunque che il legislatore possa provvedere a riconoscere ambiti legali di obiezione. Si tratta peraltro di individuare il criterio che rende costituzionalmente doveroso, e non meramente discrezionale, il riconoscimento del diritto di obiezione (anche quando, dunque, non sussista, com'è invece nel nostro caso, un riconoscimento legale espresso): criterio da reperirsi nel fatto per cui **quando l'ordinamento giuridico richieda**, per qualsiasi motivo, a chi rivesta un certo ruolo **la disponibilità a tenere condotte lesive di un diritto inviolabile dell'uomo**, qual è la vita umana, **non lo può obbligare**. In ciò ravvisandosi nella natura di tali diritti un nocciolo di resistenza insuperabile al dovere di agire compromettendoli.

Per cui l'ordinamento giuridico non può imporre di svolgere un'attività che abbia come elemento caratterizzante la possibilità di agire nel senso descritto (è stato il caso del servizio

militare obbligatorio). Come altresì, quando si tratti invece di un'attività o professione – è il caso di quelle sanitarie – per le quali la suddetta possibilità non costituisce affatto elemento caratterizzante, dovrà sempre ammettersi, per specifici atti i quali comportino la compromissione di uno dei suddetti diritti (e segnatamente della vita umana), l'obiezione di coscienza.

Il che manifesta come l'obietto non costituisca affatto una persona che si pone *contro* l'ordinamento giuridico, bensì una persona che non ritiene, in coscienza, di poter derogare in dati casi alla salvaguardia di quegli stessi beni sui quali si fonda l'impianto costituzionale (e ciò a prescindere dalle ragioni giustificative di quella deroga, la cui operatività sarà assicurata, se lo ritiene, dall'ordinamento giuridico senza far leva sui soggetti obiettori).

Un ultimo aspetto da considerare, con riguardo alla materia presa in esame, riguarda la **possibile incidenza abortiva precoce della c.d. pillola del giorno dopo** e della pillola *dei cinque giorni dopo* (come altresì l'analoga incidenza da tempo nota, della **spirale** o *iud*).

A seconda del momento del ciclo femminile in cui si trova la donna quando vengono assunte, tali pillole, infatti, possono bloccare l'ovulazione, ove questa non sia ancora avvenuta, oppure possono agire dopo che l'ovulazione sia avvenuta e l'ovulo sia stato fecondato dallo spermatozoo, impedendo che l'embrione in tal modo formatosi riesca ad annidarsi nella parete dell'utero (ciò in quanto tali pillole provocano un'irritazione della parete uterina, oltre a una riduzione nella motilità delle tube): così da agire, in questo caso, non come contraccettivi, ma come strumenti antidinatori, impedendo l'impianto dell'embrione nell'utero della donna, cioè come abortivi precoci.

La percezione sociale del problema è stata ampiamente offuscata attraverso il diffondersi di una modifica puramente terminologica, e fuorviante, circa la definizione della gravidanza. Quest'ultima, infatti, viene sovente definita, da alcuni anni, non più come il periodo temporale ricompreso fra il concepimento e il parto, ma come il periodo temporale ricompreso tra l'annidamento dell'embrione in utero e il parto stesso. Per cui s'è potuto affermare che la *pillola del giorno dopo* e quella *dei cinque giorni dopo*, come pure la *spirale*, non interromperebbero mai la gravidanza in tal senso definita, lasciando intendere che il suo effetto risulterebbe sempre contraccettivo, come invece non è. L'embrione, infatti, esiste dalla fecondazione e, anzi, alla conclusione dell'annidamento manifesta già una struttura estremamente complessa, con tre strati cellulari e con la visibilità delle strutture nervose proprie della c.d. *stria primitiva*.

Un'annotazione, da ultimo, concerne la procreazione responsabile e, in particolare, attiene alla scarsa informazione che può riscontrarsi, in genere, circa la **rilevazione naturale della fertilità** femminile, non complessa nelle sue modalità e circa la quale, fra l'altro, esiste un apposito Centro studi e ricerche presso la Facoltà di medicina della nostra Università, a Roma. Si consideri a tal proposito, per un verso, che l'atteggiamento verso simile modalità di conoscenza su base scientifica del sussistere o meno, in dati giorni, della fertilità finisce per essere condizionato dal modo di concepire la relazionalità sessuale: se come espressione di un rapporto stabile, o come correlata a incontri occasionali e imprevedibili. Per altro verso, si consideri altresì che la suddetta conoscenza può essere utilizzata non soltanto per evitare una gravidanza quando non si desidera il suo instaurarsi, ma anche per individuare il momento di massima fertilità nei casi in cui, al contrario, si siano constatate difficoltà nel concepire.

12.4. La fecondazione extracorporea.

La possibilità, sussistente dalla fine degli anni settanta del novecento, di attivare una fecondazione, e dunque una nuova vita umana, *in vitro*, vale a dire, in modo autonomo da un atto sessuale, ha sollevato interrogativi nuovi anche sul piano giuridico. Essi attengono a **due nuclei problematici** fra loro strettamente connessi, l'uno meno distante da temi classici, l'altro, in precedenza, pressoché sconosciuto.

Il primo aspetto attiene all'essersi resa presente una forma di manifestazione inedita del bene vita, costituita, per l'appunto, dall'esistenza di embrioni umani fuori dal corpo femminile: da cui la questione relativa alla **tutela dell'embrione umano** in tale condizione.

L'altro aspetto, antecedente al primo dal punto di vista temporale, riguarda i **criteri che debbano presiedere alla generazione di una vita** umana, in rapporto alle caratteristiche della procedura in esame e al fatto che la praticabilità di una fecondazione *in vitro*, attraverso la scissione dell'atto fecondativo da quello sessuale, consente, per sé, ai laboratori che dispongano di gameti maschili e femminili, nonché delle tecniche adeguate, di generare embrioni, in teoria, per qualsiasi scopo e (pur quando lo scopo fosse solo quello procreativo) attraverso qualsivoglia modalità.

Circa le caratteristiche della procedura, il ricorso alla quale è ampiamente diffuso nel mondo, oggi non è (ancora) possibile far sì che la sequenza esistenziale iniziata con la generazione dell'embrione *in vitro* prosegua fuori dal corpo femminile fino al momento che corrisponde a quello del parto. Infatti, per giungere a tale momento è necessario trasferire nell'utero della donna, entro circa tre giorni, l'embrione generato e sviluppatosi *in vitro* (da cui *fivet*, fecondazione *in vitro* con *embryo transfer*): trasferimento il cui successo non è affatto automatico. Per cui, di solito, sono trasferiti contemporaneamente in utero due o, al massimo, tre embrioni e, spesso, sono necessari più cicli di trasferimento affinché un embrione si impianti nell'utero medesimo dando luogo all'instaurarsi, ritardato rispetto al caso ordinario della fecondazione avvenuta nel corpo femminile, di una gravidanza (anche in tale caso ordinario, e secondo un'incidenza statistica circa la quale c'è una certa discussione, non sempre l'embrione generato riesce ad annidarsi, per causa di patologie dell'embrione stesso o della parete uterina: tuttavia, l'entità della perdita di embrioni a seguito di *fivet* appare connessa alle modalità della procedura e porta a un rapporto tra embrioni generati *in vitro* ed embrioni che riescono a procedere nell'iter esistenziale fino al momento della nascita effettivamente molto basso).

Si aggiunga, in proposito, che la fecondazione *in vitro* avviene o attraverso la messa in contatto dell'ovulo maturo (prelevato dall'ovaio della donna dopo una stimolazione ormonale intesa portare a maturazione più ovociti) con gli spermatozoi maschili adeguatamente preparati, oppure inserendo direttamente in quel medesimo ovulo un singolo spermatozoo: tecnica, quest'ultima (la c.d. *icsi*), che da un lato rende pressoché certa la fecondazione, ma dall'altro sembra accentuare la possibilità, pur contenuta, di inconvenienti per l'embrione, data, potrebbe ritenersi, la mancata selezione naturale tra gli spermatozoi candidati alla fecondazione.

Appare interessante considerare, peraltro, come sia probabile che, in futuro, si arriverà a poter accompagnare l'embrione fino all'autonomia respiratoria (la nascita) senza trasferirlo nell'utero di una donna (la c.d. *ectogenesi*). Il che, per un verso, renderebbe più certo lo svolgersi dell'iter esistenziale di un nuovo individuo evitando la perdita di embrioni nella fase del loro trasferimento in utero, ma, per l'altro, porrebbe l'interrogativo sul ruolo della donna in sede generativa: solo quello, sostituibile, dell'avere un utero?

E proprio questo interrogativo ci riporta alla questione di come atteggiarsi rispetto all'estremo dilatarsi, con la *fivet*, delle modalità del generare: posto che la *fivet* consente, per esempio, la separazione tra i soggetti da cui provengono i gameti coinvolti nella fecondazione e chi desidera l'esistenza di un nuovo bambino (sovrapponendo profili della procreazione e dell'adozione), come altresì la surrogazione di maternità (il c.d. utero in affitto, ovvero, secondo un'altra espressione, la gravidanza per altri), o il programmare una selezione *in vitro* tra gli embrioni generati prima di procedere al trasferimento, o, in prospettiva, come s'è detto, un'ectogenesi, oppure, ancora, una clonazione, in cui il procreare non comporta più, a parte i geni mitocondriali, l'apporto genetico di due gameti (sessualmente diversi), posto che essa si realizza sostituendo il nucleo dell'ovulo femminile maturo, e quindi dotato di sedici cromosomi a seguito della meiosi, con il nucleo di una qualsiasi cellula somatica, cioè diversa dai gameti, dotata di trentadue cromosomi tutti provenienti, pertanto, da un medesimo individuo (ma la clonazione potrebbe avvenire anche operando una scissione precocissima dell'embrione generato, il c.d. *splitting*, quando l'embrione non abbia ancora superato lo stadio di otto cellule, a quell'epoca ancor tutte totipotenti – cioè in grado di dar vita a una autonoma sequenza esistenziale –, dando luogo a una gemellanza monozigote), ecc.

Il che pone, oggi, il problema di fondo se la generazione umana debba identificarsi sempre più con la mera facoltà di chiedere, da parte di chiunque (coppia eterosessuale od omosessuale, persona singola), l'attivazione di una tecnica generativa, quale essa sia e quale che sia la provenienza dei gameti coinvolti, in base al mero desiderio di assumere la responsabilità genitoriale rispetto al nuovo nato, oppure se il procreare umano, che pure necessita della dimensione biologica, costituisca *in primis*, come riterremmo, un atto relazionale di due persone generanti, necessariamente di sesso diverso, che le coinvolga anche dal punto di vista biologico.

Il quesito circa i criteri della generazione umana si rivela, dunque, di carattere generale e non riguarda soltanto specifiche sensibilità di carattere etico o religioso. Ben pochi, del resto, sarebbero disposti a ritenere accettabile che possano generarsi embrioni umani per qualsiasi fine (industriale, didattico, di ricerca, ecc.) diverso da quello di consentire l'integrale sviluppo di una vita umana (il c.d. fine procreativo) oppure, sebbene entro l'ambito di tale fine, attraverso qualsiasi modalità.

Del resto, da sempre cerchiamo di discernere, rispetto agli interventi sulle dinamiche naturali resi possibili dal progredire delle conoscenze, che cosa in quelle dinamiche abbia un carattere solo contingente, e dunque suscettibile di trasformazione, o addirittura patologico (si pensi alle malattie o agli eventi catastrofici), e che cosa in esse sia da rispettarsi in quanto conforme a ciò che caratterizza l'umano e a ciò che esige, per utilizzare le parole della Costituzione, «il pieno sviluppo della persona umana» (si pensi al rispetto dell'ambiente, al

divieto di manipolare l'altrui personalità, ai limiti che dovranno porsi in merito a incipienti tecniche disponibili per il c.d. potenziamento genetico, ecc.).

La **l. n. 40/2004**, collocandosi, al pari di quanto avvenuto in altri Paesi, entro simile quadro problematico, ha conseguentemente operato delle scelte, circa la praticabilità di quella che definisce come **procreazione medicalmente assistita (pma)**, sulle quali s'era trovato, nel 2004, un ampio punto d'incontro maggioritario in sede parlamentare (scelte intervenute dopo che per anni il ricorso alla *fivet* era stato praticato, nel nostro Paese, senza una normazione specifica).

Un dato, questo, che rimanda peraltro a una considerazione generale, valida ben al di là della materia in esame: quella per cui la legge ha per oggetto la salvaguardia di esigenze significative, sulla quale s'è realizzata, come si diceva, una convergenza parlamentare e che, comunque, non investe, di regola, l'intera gamma dei profili rilevanti sul piano etico di una data materia: per cui va sempre mantenuto il distinguo tra ciò che attiene al rispetto della legge e ciò che resta affidato alla riflessione personale, secondo coscienza, di ciascun individuo.

Com'è noto, la riflessione morale della Chiesa cattolica, per esempio, ravvisa come elemento proprio della generazione umana il suo non essere scissa dall'atto sessuale (ancorché adjuvato sul piano medico, ma non sostituito), e pertanto dalla corporeità, di una coppia che intenda procreare. E, nondimeno, la stessa Chiesa cattolica, nel contesto in cui si discusse della l. n. 40/2004, ritenne di limitarsi ad auspicare, circa la legislazione statale su una tecnica, la *pma*, già ampiamente praticata, che fossero salvaguardate alcune esigenze considerate fondamentali pur nell'ambito del ricorso a simile tecnica (per esempio, il ricorso a gameti della stessa coppia che intenda procreare e l'esclusione di scelte volte a escludere deliberatamente un embrione dalla possibilità dell'impianto in utero), vale a dire pur in un quadro legislativo non sovrapponibile al suo insegnamento morale.

Rispetto ai due nuclei problematici suesposti, la l. n. 40/2004 – presupposto il riconoscimento dell'**embrione** come **soggetto di diritti**, tutelato **dal concepimento**, ai sensi dell'art. 1, co. 1 (v. *supra*) – prevede per un verso il **divieto della soppressione di embrioni umani**, penalmente sanzionato ai sensi degli artt. 14, co. 1 e 6, l. n. 40/2004 (per cui si completa la tutela penale della vita umana: i delitti di omicidio, di cui all'art. 575 ss. c.p., e di infanticidio, di cui all'art. 580 c.p., per la fase postnatale; i delitti suesposti di aborto, per la fase gestazionale; il divieto di soppressione di embrioni appena richiamato, per l'eventuale fase di esistenza dell'embrione umano al di fuori del corpo femminile).

Quanto invece ai **criteri del generare**, la l. n. 40/2004, almeno della sua stesura originaria, intendeva garantire a ogni embrione generato (non più di tre per ogni ciclo di stimolazione ovarica) quantomeno la possibilità di proseguire, col trasferimento in utero, il suo iter esistenziale, evitando la generazione di embrioni c.d. sovrannumerari in quanto non trasferiti in utero (il cui destino è la crioconservazione o la morte) e, nel contempo, evitando stimolazioni ormonali pesanti, che possono risultare dannose per la donna interessata. Inoltre, intendeva mantenere il ricorso alla *pma* nell'ambito di una coppia stabile, limitatamente al caso di sterilità o infertilità, e dell'utilizzo di gameti provenienti da quella stessa coppia. Precisando altresì (art. 5) il dovere, che permane, di un'accurata informazione alla coppia, in sede di rilascio del consenso informato, concernente fra l'altro i metodi adottati, i problemi bioetici connessi e le probabilità di successo della procedura.

Corte cost. n. 151/2009 ha peraltro inciso su questo impianto, e in particolare sull'art. 14, co. 2, dando luogo al venir meno di un'indicazione tassativa circa il numero degli **embrioni generabili**. Oggi, infatti, tale norma richiede che il ricorso alla *pma* non deve «creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario», essendo state abrogate le ulteriori parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»: senza che si sia chiarito in che termini debba avvenire la valutazione, affidata al medico, della suddetta necessità. Dai commi 1 e 3 dell'art. 14, in tema di **crioconservazione** degli embrioni, appare peraltro deducibile la non programmabilità *ex ante* della generazione di embrioni destinati alla crioconservazione. In ogni caso, secondo quanto costantemente precisato dalla stessa Corte costituzionale (v. anche *infra*), embrioni eventualmente non trasferiti in utero devono essere crioconservati (rimanendo legata la possibile prosecuzione della loro vita solo al caso in cui la donna coinvolta ne consenta, in futuro, il trasferimento nel suo utero o, diversamente, al caso di una c.d. adozione embrionaria).

A questo proposito deve annotarsi che gli embrioni non ancora impiantati, dato il tipo di metabolismo che li caratterizza, sopravvivono di regola, sebbene non nella totalità dei casi, alla crioconservazione (il congelamento in azoto liquido) e, in particolare, al successivo processo di scongelamento, senza che ciò risulti comprometterne le caratteristiche ai fini di un successivo impianto in utero (è in tal senso che l'art. 14, co. 3, parla della crioconservazione degli embrioni, «fino alla data del trasferimento» in utero, nel caso sia intervenuta, subito dopo la fecondazione *in vitro*, una «causa di forza maggiore relativa alla salute della donna»).

Ciò premesso, la l. n. 40/2004 prevede, oltre a quanto già richiamato, una serie di disposizioni, sanzionate sul piano amministrativo o sul piano penale. Fra queste ultime, il divieto di utilizzo della *pma* per finalità diverse da quella procreativa (art. 13, co. 3. lett. *a*), il divieto di clonazione (artt. 12, co. 7, e 13, co. 3. lett. *c*), il divieto di selezione a scopo eugenetico o manipolazione genetica rispetto a embrioni e gameti (art. 13, co. 3. lett. *b*), i divieti di ectogenesi (v. *supra*: art. 13, co. 3. lett. *c*), di maternità surrogata (art. 12, co. 6) e di ibridazione uomo-animale (art. 13, co. 3. lett. *d*).

Va segnalato altresì, in particolare, il divieto di «qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano» (art. 13, co. 1), fermo quanto precisa il successivo co. 2: «la **ricerca clinica e sperimentale** su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative» (finalità, tuttavia, per ora tecnicamente inattuali).

Il divieto di **fecondazione eterologa** (originariamente previsto dall'art. 4, co. 3, e richiamato dall'illecito amministrativo di cui all'art. 12, co. 1) è venuto meno a seguito di Corte cost. n. 162/2014, qualora nella coppia «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili». Emerge peraltro la ristrettezza dell'impianto argomentativo proposto, a tal proposito, dalla Corte costituzionale, che ha limitato la sua analisi al solo profilo dell'assenza di danni comprovabili per la salute del nuovo individuo.

Attraverso le tecniche di *pma* di tipo eterologo la fecondazione avviene attraverso il gamete, maschile o femminile, di un soggetto che non ha alcun rapporto con l'altro soggetto generante: sia nel caso in cui uno dei due gameti appartenga a uno dei due membri della

coppia che chiedono il ricorso a tale tecnica, il quale, dunque, sarà esso solo genitore anche in senso biologico, sia nel caso in cui entrambi i gameti non appartengano ai membri della coppia che chiede il ricorso a tale tecnica (il c.d. donatore, pertanto, consente il prelievo di gameti dal suo corpo, per fini generativi, al di fuori di qualsiasi proprio progetto genitoriale e di qualsiasi rapporto con l'altro generante biologico).

Sul piano internazionale il ricorso a tale tecnica si è tuttavia ridotto nel momento in cui s'è dovuto prendere atto dell'impossibilità di garantire il totale anonimato del 'donatore' biologico, data la possibile necessità di ricostruire le ascendenze genetiche del soggetto generato, per ragioni di ordine sanitario. Come altresì deve segnalarsi che il ricorso, in alcuni Paesi, al seme maschile di un medesimo 'donatore' anonimo per un numero elevato di fecondazioni eterologhe, tanto più se effettuate in un medesimo territorio, ha creato il rischio, che ha richiesto a sua volta necessarie limitazioni, di possibili procreazioni successive tra uomini e donne non consapevoli di essere, biologicamente, fratello e sorella.

Un'ulteriore questione estremamente problematica dal punto di vista etico attiene alla c.d. **diagnosi preimpianto su embrioni**, che implica la generazione di più embrioni e il successivo prelievo da ciascuno degli embrioni generati di una o due cellule ancor totipotenti (quando, cioè, l'embrione, come già s'è detto, non abbia ancora superato lo stadio di otto cellule e sia pertanto in grado di sopravvivere al prelievo, al fine di effettuare uno *screening* genetico tra gli embrioni suddetti: con successiva scelta, ai fini del trasferimento in utero, degli embrioni non portatori di caratteristiche genetiche indesiderate (con trascurando, fra l'altro, che cellule totipotenti sono per sé in grado di evolvere in un ulteriore individuo). Il che conduce a richiamare i rilievi già svolti con riguardo all'affermarsi della prospettiva eugenetica, che attraverso la possibilità di una tale diagnosi precocissima risulta ulteriormente accentuata.

Emerge proprio in questo senso la particolare problematicità di una simile procedura, anche ove riferita (v. *infra*) ai soli casi in cui una coppia che, procreando per via sessuale, rischierebbe di trasmettere una grave malattia ereditaria. La suddetta procedura comporta infatti, *ab initio*, la scelta di generare embrioni destinati a essere esclusi dal procedere nella loro vita, cioè la programmazione a priori di una selezione fra di essi (diversamente da quanto accade nel caso stesso dell'aborto): la diagnosi preimpianto, in altre parole, non consente di realizzare la generazione di un solo embrione sicuramente sano, bensì opera attraverso la generazione di più embrioni fra i quali si programma fin dall'inizio uno *screening*, che avviene a vita già iniziata. Tale tecnica, inoltre, comporta un certo numero di *falsi positivi* e di *falsi negativi*, stante la non totale stabilità dell'assetto genetico in fase precoce.

A tal proposito (e considerato come l'art. 14, co. 5, preveda che i membri della coppia coinvolti nella procedura di *pma* «sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero»), le linee guida, costituenti atto amministrativo, che integrano, *ex art. 7*, la l. n. 40/2004 consentivano, in origine, solo l'indagine *osservazionale* (e non quella *genetica*, attraverso il suddetto prelievo precocissimo, e particolarmente invasivo, di cellule totipotenti) sugli embrioni generati *in vitro* prima del loro trasferimento in utero, cioè l'osservazione al microscopio intesa a verificare il corretto svolgersi, negli stessi, delle divisioni cellulari: posto che non avrebbe senso trasferire in utero un embrione

comunque non in grado di procedere nel suo iter esistenziale. Simile limitazione venne peraltro a cadere ad opera della giustizia amministrativa, che ritenne, discutibilmente, tale limitazione non implicita, e dunque eccedente, rispetto al testo della legge.

A ciò ha fatto seguito Corte cost. n. 96/2015, la quale ha dichiarato illegittimi gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, co. 1, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di *pma* alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, co. 1, lett. *b*), l. n. 194/1978, accertate da apposite strutture pubbliche». Mentre Corte cost. n. 229/2015 ha dichiarato illegittimi il cit. art. 13, co. 3, lett. *c*) (divieto di selezione a scopo eugenetico degli embrioni), e il correlato co. 4, «nella parte in cui contemplanò come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nel caso in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili» rispondenti ai medesimi criteri di cui sopra.

Tutto questo secondo un iter aperto, di fatto, attraverso la prima sentenza in materia della Corte costituzionale, vale a dire la n. 151/2009 (v. *supra*), concernente il numero degli embrioni generabili.

La Corte, peraltro, ha pur sempre inteso operare, nella sent. n. 229/2015 poco sopra richiamata, un riconoscimento di principio della dignità degli stessi embrioni generati, riconosciuti portatori di anomalie genetiche, e non impiantati: «Anche con riguardo a detti embrioni, la cui malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani creati in 'numero [...] superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto', *ex art.* 14, co. 2, si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». Per cui la Corte medesima ha rigettato, circa tale medesimo contesto, una parallela questione di legittimità costituzionale riferita al divieto di crioconservazione e di soppressione di embrioni, prevista dall'art. 14, commi 1 e 6.

Come dunque s'è visto, la Corte costituzionale apre, attraverso le sue motivazioni, a procedure di diagnosi preimpianto. Anche se, invero, resta vigente il già citato divieto, *ex art.* 13, co. 2, di ricerca clinica e di sperimentazione su ciascun embrione (termini, questi, che appaiono specificare il riferimento alla sperimentazione di cui al co. 1), a meno che si perseguano finalità «volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso»: posto che le indagini genetiche a fini di diagnosi preimpianto su ciascun singolo embrione non rispondono a simili finalità. Né l'affermazione di tale art. 13, co. 2, avente portata generale, appare limitabile alle sole condotte (produzione e selezione di embrioni) descritte al co. 3 del medesimo articolo, sulla cui lett. *b*), concernente (non la *ricerca*, ma la mera) *selezione*, è intervenuta la pronuncia cit. della Corte costituzionale. Come, per sé, resta il fatto che con la procedura in esame si realizza, in pratica, la predeterminazione, che, come si diceva, dovrebbe essere evitata, della crioconservazione di embrioni non impiantati.

L'approccio complessivo alla l. 40/2004 da parte della Corte costituzionale lascia emergere **alcuni problemi di fondo**.

Per un verso la Corte costituzionale ha essenzialmente argomentato, in materia, soltanto con riguardo agli artt. 3 e 32 della Costituzione, riguardando la risposta al desiderio procreativo (che peraltro, con la fecondazione eterologa, può anche non investire la dimensione biologica di chi ne faccia richiesta) come aspetto della salute individuale, suscettibile di trovare un limite soltanto in un danno comprovato derivante dalla modalità procreativa per il nuovo nato. **La questione**, di cui sopra, **che attiene all'esigenza di identificare criteri della generazione umana** (potremmo dire, circa la salvaguardia di un bene giuridico individuabile nei profili di *umanità* della procreazione), **non è stata neppure sfiorata**.

Per altro verso, si pone sempre più un problema relativo al **ruolo** stesso **della giurisprudenza costituzionale rispetto** alla legislazione e, pertanto, **alle funzioni del potere legislativo**. Dinnanzi, infatti, a qualsiasi problematica, tanto più se complessa, appare normale la possibilità di soluzioni diverse, così che verrà adottata la soluzione sulla quale si formerà un consenso parlamentare maggioritario, secondo il metodo democratico: salvo solo l'eventuale controllo di chiusura affidato alla Corte costituzionale, nel caso in cui si sospetti che la soluzione presa fra le molte possibili, o un aspetto della medesima, contrasti con la Costituzione. Oggi, invece, pare assistere in alcune pronunce di tale Corte al progressivo affermarsi dell'idea che dalla Costituzione si debba univocamente trarre, anche rispetto a questioni molto articolate e dibattute, una e una soltanto possibile risposta legislativa, per iniziativa della Corte stessa: pur quando su una simile questione la carta costituzionale non si esprima affatto in maniera diretta o la medesima questione non fosse nemmeno immaginabile, nei termini del suo odierno manifestarsi, ai Costituenti.

Da ultimo va rimarcato come anche la l. n. 40/2004 preveda espressamente, all'art. 6, la possibilità dell'**obiezione di coscienza**, circa la partecipazione dei medici e degli esercenti le professioni sanitarie ausiliarie alle procedure di procreazione medicalmente assistita.

Fermo tutto quanto s'è detto, deve infine rilevarsi come la disponibilità dell'accesso alla *pma* pare aver ridotto, talora, l'impegno volto ad affrontare e risolvere in ambito medico o in ambito psicologico, problemi concernenti difficoltà a procreare per via naturale: tema, questo, circa il quale potrebbe avere un ruolo anche una migliore conoscenza dei ritmi della fertilità, come si richiamava al termine del paragrafo precedente.

12.5. Il rapporto tra medico e paziente e le problematiche del fine-vita.

Quanto all'attività medica, già ci si è occupati *supra* delle questioni che attengono alla responsabilità del professionista sanitario. Ora ci dedichiamo all'approfondimento dei criteri comportamentali afferenti al rapporto tra paziente e medico, tenuto conto dell'evoluzione normativa verificatasi negli ultimi anni. Dobbiamo muovere, tuttavia, da alcune premesse necessarie.

Va rimarcato, anzitutto, il permanere inalterato della **dignità della persona malata** – implicante la piena titolarità dei diritti costituzionali al pari di ogni altro individuo umano

(sulla base degli artt. 2, 3, co. 1, e 32 Cost.) – anche quando simile persona non possa più recuperare condizioni ordinarie di vita e rappresenti, sul piano economico, un costo per la società.

Deve tenersi presente, inoltre, come risulti, oggi, ampiamente condiviso il principio secondo cui l'attività sanitaria, e in particolare quella terapeutica, deve rispondere alla nozione di **proporzionalità** (cfr. l'art. 16 cod. deont. med.): con ciò intendendosi il rapporto tra l'entità (e la probabilità) del surplus di menomazioni e sofferenze, da un lato, e l'entità (e la probabilità) dei benefici, dall'altro, suscettibili di essere prodotti dall'attivazione di un dato trattamento sanitario.

A meno che tale trattamento risulti inutile o addirittura dannoso rispetto alla condizione patologica del malato, oppure del tutto temerario, il giudizio di sproporzione relativo al medesimo trattamento sanitario non potrà essere effettuato, tuttavia, in contrasto con la valutazione, in merito, del paziente stesso (v. anche *infra*).

Non fanno dunque parte della corretta prassi medica, anche a prescindere dai profili inerenti alla necessità del consenso nei confronti dell'attività sanitaria, atteggiamenti di oltranzismo terapeutico, talora impropriamente definiti di *accanimento terapeutico*: cioè atteggiamenti che non tengano conto delle conseguenze sproporzionate, in termini di sofferenza, prodotte da un dato trattamento circa le condizioni di vita del paziente nell'ambito dell'*aspettativa di vita* che gli possa essere assicurata.

Piuttosto, va sottolineato il dovere di farsi carico della qualità di vita del malato, in rapporto all'esigenza di evitarne le sofferenze, attraverso gli strumenti della **medicina palliativa** (cui è dedicata la **l. n. 38/2010**): da intendersi non soltanto come terapia del dolore, ma come l'insieme di tutti gli interventi suscettibili di garantire al malato stesso buone condizioni esistenziali, sia nel momento in cui risultino in atto percorsi terapeutici in grado di contrastare il suo stato patologico, sia quando l'evolversi di quest'ultimo non possa essere ulteriormente contrastato. Si noti fra l'altro che la terapia del dolore, come oggi applicata, non abbrevia, di regola, la durata della vita del malato, né incide sulla sua coscienza, permettendogli anzi di esprimersi consapevolmente e senza dolore fino ai momenti finali della sua vita.

Si tratta certamente di riflettere, dunque, sui criteri di utilizzazione proporzionata, specie nelle fasi avanzate di malattia, delle risorse tecniche oggi disponibili, valorizzando scelte consapevoli del paziente stesso. Altra cosa sarebbe, tuttavia, denegare al paziente non più in grado di essere guarito l'accesso a risorse mediche tuttora per lui efficaci o sollecitarlo, in via diretta o indiretta, a rinunciarvi, per ragioni connesse all'onere economico e umano che richiede l'impegno in suo favore. Come pure altra cosa sarebbe (v. *infra*) agire *per la morte* del paziente stesso, sia prestando aiuto a un suicidio, sia attivando condotte eutanasiche.

La **legge n. 219/2017** formalizza, in questo quadro, il ruolo del **consenso** nell'attività medica, affermando al co. 1 che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (in particolare, i casi di emergenza o di urgenza, richiamati al co. 7): un ruolo, quello del consenso, già in ogni caso acquisito sia nel codice di codice di deontologia medica (art. 35), sia in giurisprudenza. La legge precisa peraltro che quel ruolo si estende a ricomprendere anche la revoca del consenso stesso, «anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento» (co. 5): v. *infra*.

Dal ruolo del consenso **non deriva affatto**, tuttavia, **che l'esercizio della medicina costituisca un'attività meramente contrattuale**, cioè giustificata per il mero incontro di una qualsiasi richiesta del paziente con la disponibilità del medico ad accoglierla. Il già citato co. 5 precisa, infatti, che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali». Come altresì l'art. 5, co. 1, l. n. 24/2017 dispone in materia di responsabilità medica – lo si ricorderà (v. *supra*) – che gli esercenti le professioni sanitarie «si attengono» alle raccomandazioni contenute nelle linee guida di cui al co. 3 del medesimo articolo e, in mancanza di esse, alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Non ne deriva neppure che dinnanzi al rifiuto iniziale, da parte del malato, di una terapia (o di una procedura diagnostica) che appaia oggettivamente proporzionata venga meno qualsiasi obbligo del medico nei confronti del malato stesso. Il personale sanitario, infatti, non può utilizzare, ovviamente, mezzi coercitivi affinché il malato si sottoponga alla terapia, ma deve mantenere aperto il dialogo con lui, nelle forme in ciascun caso più appropriate, e assicurargli supporto, anche di ordine psicologico: ben sapendo, come insegna la psicologia clinica, che **dinnanzi a una notizia negativa per la salute può esservi facilmente una prima reazione in termini di rimozione** e di fuga da parte della persona interessata, che può aver bisogno di un certo tempo per elaborare tale notizia.

Lo stesso art. 1, co. 5, l. n. 219/2017, d'altra parte, prevede che, «qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica».

La **richiesta** d'interrompere un trattamento salvavita non potrebbe tuttavia essere accolta ove risultasse del tutto **irrazionale** o svincolata da qualsiasi motivazione inerente alla onerosità dei trattamenti stessi, dato che in tal caso gli atti richiesti al medico per accogliere una simile richiesta finirebbero per contrastare con il summenzionato art. 1, co. 5, in quanto risulterebbero contrari alla deontologia professionale e alle buone pratiche (a chi scrive sovrviene il parere che gli fu richiesto da un amico cardiologo alcuni anni orsono, circa il caso di un paziente ad alto rischio di arresti cardiaci improvvisi che fruiva di un particolare stimolatore salvavita inserito in sede sottocutanea e che gli domandava di rimuovere quel dispositivo per il solo fatto di avere una nuova partner, alla quale non intendeva rendere percepibile il suo problema).

Posto, inoltre, che la manifestazione di volontà del malato rispetto ai trattamenti sanitari deve risultare, come s'è detto, *libera e informata*, la rinuncia a simili trattamenti, tanto più ove si tratti di trattamenti salvavita, non può assumere rilievo nel caso in cui la patologia che affligga il malato interessi proprio l'espressione della sua volontà (al pari di quanto concerne le patologie di ordine psichiatrico che alterino la mente nel suo complesso): come avviene, per esempio, negli stati di **depressione maggiore** o nelle **anoressie**.

A parte simili situazioni, risulterà sempre fondamentale, circa la validità delle scelte dichiarate dal malato, la **correttezza dell'informazione** che questi abbia ricevuto dal medico: informazione la quale dev'essere offerta in modo comprensibile e tenendo conto, affinché sia effettivamente recepita, della condizione psicologica del paziente stesso. Per cui risulta importante anche ai fini giuridico-organizzativi quanto afferma l'**art. 1, co. 8**, l. n.

219/2017, vale a dire che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

Resta, com'è palese, particolarmente delicata la richiesta **interruzione di un trattamento salvavita** in atto (tanto più quando simile trattamento non risulti, in sé, sproporzionato): posto che alla condotta interruttiva consegue, in tempi per lo più molto rapidi, il decesso del paziente. Altro, tuttavia, è il *non potere*, da parte del medico, proseguire in un dato trattamento terapeutico (per il venir meno del consenso) nei confronti del malato, così che la morte di quest'ultimo interviene quale conseguenza naturale del suo stato patologico, altro sarebbe invece l'attivarsi da parte del medico – ciò che la l. n. 219/2017 non prevede in alcun modo – per fornire al malato richiedente, o per somministrargli, un farmaco mortale, con ciò anticipando *artificialmente* il determinarsi naturale della morte (sul punto, v. anche *infra*).

Fermo quanto s'è detto, l'art. 1, co. 5, l. n. 219/2017 dichiara che «il **medico** è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo» e che, «in conseguenza di ciò, è **esente da responsabilità civile o penale**».

Si pone nondimeno il quesito, in proposito, se ciascun singolo medico possa essere *obbligato* a compiere gli atti necessari per interrompere un trattamento salvavita, dai quali, sul piano causale, deriva la morte del paziente.

La risposta dovrebbe essere negativa (a prescindere dalle caratteristiche della situazione concreta), come riconosciuto ampiamente in dottrina prima dell'entrata in vigore della l. n. 219/2017. Ciò anche in relazione alla **clausola di coscienza** di cui all'**art. 22 cod. deont. med.** («Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione»). Ma altresì in rapporto alle motivazioni di cui *supra* circa l'ambito in cui il rispetto della coscienza personale dovrebbe risultare costituzionalmente garantito.

In sintesi va considerato – prima di esaminare alcuni profili ulteriori della normativa in esame – come la l. n. 219/2017, nel subordinare la praticabilità dei trattamenti sanitari alla decisione del malato, lasci inevitabilmente aperto **un problema a monte**, che tale legge può solo cercare di ridimensionare esigendo assistenza psicologica a beneficio al malato medesimo e prevedendo l'attivazione in suo favore della medicina palliativa.

Si tratta di questo: **il fatto che determinate scelte rinunciarie o interrutive rispetto a trattamenti sanitari risultino scelte dense, per così dire, sul piano umano**, cioè conseguenti a una ponderazione circa l'onerosità del trattamento valutati i fini conseguibili, all'accettazione del carattere di finitezza della vita stessa, alla consapevolezza di un avvenuto *compimento* della propria vita, **oppure risultino dettate dal senso di un disperante abbandono che avverta il malato**, dalla svalutazione che altri operino della sua vita in quanto non più produttiva sul piano materiale, dalla scarsa attenzione prestata alla sua qualità di vita durante la malattia, **dipende in larga misura da come ci si sia accostati al malato stesso anteriormente a tali scelte**.

Peraltro, **risulta necessario evitare altresì che in ambito sociale vengano di fatto favorite, per ragioni di carattere economico, scelte di rinuncia alle terapie da parte dei**

malati non suscettibili di guarigione: il che finisce per avvenire anche attraverso la ricorrente prospettazione mediatica della *scelta* di morire come scelta *dignitosa* quando ci si trovi nelle suddette condizioni patologiche. Non si dimentichi, del resto, che **anche le scelte di persone capaci di intendere e di volere possono essere ampiamente condizionate**, come ben evidenziato dalla *nudge-theory*, o dalle stesse tecniche pubblicitarie.

Quanto a ulteriori nodi delicati della l. n. 219/2017, va evidenziato, in primo luogo, come essa dichiara, all'**art. 1, co. 5**, che, ai fini di tale legge, «sono considerati trattamenti sanitari la **nutrizione artificiale** e l'**idratazione artificiale**, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici»: un'affermazione, questa, in sé piuttosto sorprendente, in quanto l'identificazione di ciò che costituisce trattamento sanitario e dei suoi contenuti, spetta alla competenza medica, come più volte affermato anche in sede di giurisprudenza costituzionale.

In proposito, bisogna distinguere tra caso e caso. Di certo, per esempio, la nutrizione e l'idratazione artificiali non costituiscono trattamenti sanitari, bensì meri strumenti di **sostegno vitale**, quando garantiscano, semplicemente, l'apporto nutrizionale a persone che non sono mantenute in vita attraverso terapie intensive, né si trovano in una fase terminale della vita, ma che in forza di qualche menomazione non possono fruire delle forme di alimentazione e di idratazione ordinarie (talora in sé possibili, ma pericolose perché in grado di provocare fatali polmoniti *ab ingestis*).

La generica formulazione legislativa suddetta ha creato preoccupazione, soprattutto, negli istituti di cura per portatori di disabilità fisiche o mentali gravi: in quanto i trattamenti inquadabili come sanitari sono soggetti a un giudizio di proporzionalità, da cui il timore di eventuali valutazioni esterne di non proporzionalità del continuare a nutrire persone particolarmente menomate (sebbene, come già si diceva, una simile conclusione circa il trattamento sanitario in atto non dovrebbe prescindere, oggi, dal giudizio stesso del paziente). Del pari, si tratta di evitare, riterremmo, che qualunque paziente possa non già rinunciare a trattamenti sanitari, ma attuare un suicidio semplicemente rinunciando a nutrirsi, senza possibilità di essere salvato (a seguito, in particolare, di una disposizione anticipata di trattamento, v. *infra*, che precluda anche l'alimentazione e la nutrizione, ove intese come trattamenti sanitari, pur quando il malato stesso non fosse più in grado di esprimersi).

Alcuni possibili equivoci vanno fugati anche in rapporto all'**art. 2, co. 2, l. n. 219/2017**, secondo cui, «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati»: pur essendo condivisibile l'orientamento di fondo che simile norma esprime.

Deve infatti precisarsi, anzitutto, che il concetto di «**prognosi infausta a breve termine**» attiene alla certezza oltre ogni ragionevole dubbio che la morte si verificherà a pochi giorni (essendosi già instaurato il processo di morte), e non, ovviamente, a una situazione nella quale è prevedibile in termini statistici una significativa possibilità di morte entro un quadro temporale, misurabile in mesi, relativamente breve (in molte vicende mediche persiste per anni una possibilità statistica di morte a breve termine, evitata attraverso le terapie).

Va inoltre considerato che il medesimo comma utilizza il verbo *deve* con riguardo all'agire del medico, verbo il quale sembra delineare un obbligo del medico sussistente a

prescindere dal consenso del malato (il che risulta piuttosto strano in una legge la quale reca «norme in materia di consenso informato»). Ma se ciò è plausibile con riguardo a eventuali trattamenti inutili, non così si può dire per i **trattamenti sproporzionati**, posto che, per esempio, non potrebbe essere negato a un paziente, poniamo, con breve aspettativa di vita di poter consentire a un intervento chirurgico il quale comporti un rischio preponderante di morte, ma non temerario, cioè tale da poter offrire alcune possibilità realistiche di migliorare quella aspettativa.

Il che conferma quanto già osservavamo circa il fatto che non possono essere effettuati giudizi di non proporzionalità relativi a un dato trattamento sanitario senza coinvolgere il soggetto interessato (per cui non può interrompersi un trattamento sanitario necessario alla sopravvivenza giudicandolo sproporzionato, senza il consenso del paziente).

La seconda parte del cit. art. 2, co. 2, l. n. 219/2017 prevede la possibilità del ricorso, «in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari» e «con il consenso del paziente», alla «**sedazione palliativa profonda continua**» (che è reversibile e consiste nell'escludere la coscienza e la sensibilità al dolore del malato secondo modalità più radicali di quanto accada con un'anestesia generale a fini chirurgici). Essa riguarda quella parte del tutto minoritaria dei casi in cui non sia possibile liberare il malato dalle sofferenze attraverso la terapia del dolore (si pensi alle malattie che producono nella fase terminale un'insufficienza respiratoria acuta).

Si tratta, come enuncia la norma, di uno strumento palliativo, che consente di evitare al malato sofferenze gravi altrimenti incontrastabili, e non di uno strumento di anticipazione del momento della morte, in senso eutanasi (alcuni equivoci sorti in questo senso nell'opinione pubblica, o eventuali utilizzi impropri, finiscono per alterare in modo pericoloso nella percezione sociale il significato stesso della medicina palliativa).

Com'è ben noto, l'art. 4 l. n. 219/2017, disciplina, poi, le **disposizioni anticipate di trattamento** (DAT, impropriamente definite, spesso, come *testamento biologico*), che esprimono scelte circa i trattamenti sanitari da applicarsi allorquando, in futuro, non dovesse risultare possibile al paziente manifestare il proprio volere nel rapporto diretto col medico che lo avrà in cura.

La delicatezza delle DAT resta legata alla distanza psicologica che può sussistere tra la considerazione in astratto di determinati scenari futuri di malattia da parte di una persona al momento della loro redazione e il momento in cui, invece, si attualizzi il contesto patologico cui esse risultino riferibili; come altresì al fatto che esse esprimono decisioni al di fuori di un dialogo diretto del loro redattore col medico che, sussistendone le condizioni, le applicherà.

Appare pertanto di grande importanza quanto afferma l'art. 4, co. 1, l. n. 194/1978, vale a dire che l'espressione delle DAT deve avvenire, da parte di chi le redige, «**dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte**». Questa esigenza, introdotta nel testo solo alla fine del suo iter parlamentare, non trova tuttavia corrispondenza nel co. 6 che descrive le modalità di redazione e deposito delle DAT senza chiedere espressamente l'attestazione di un medico circa l'avvenuta informazione.

Nondimeno, **il requisito dell'informazione medica deve ritenersi indispensabile per la validità delle DAT**. Se, del resto, l'informazione è necessaria rispetto alla validità del consenso prestato dal paziente nel rapporto diretto col medico che praticherà su di lui un

determinato trattamento sanitario, a maggior ragione lo dovrà essere rispetto alla validità di DAT che assumono rilievo in assenza di tale rapporto diretto: il rischio, altrimenti, è quello di una redazione delle DAT non consapevole di tutti i fattori rilevanti ai loro fini o, comunque, di un'applicazione delle stesse al di fuori dei contesti che il redattore aveva presenti. Per le medesime ragioni non appaiono accettabili DAT compilate a crocette su moduli prestampati, senza alcuno specifico riferimento, sulla base di un *counseling* medico, alle condizioni personali di chi le redige.

Anche per questo, sarebbe stato preferibile, ad avviso di chi scrive, incentrare la normativa, piuttosto, sulla **pianificazione condivisa delle cure**, di cui all'**art. 5 l. n. 219/2017**: dato che in tal caso la predefinizione di scelte relative all'evolversi futuro di una certa patologia avviene nell'ambito della «relazione tra paziente e medico».

Ciò premesso, la l. n. 219/2017 – a differenza della Convenzione europea di biomedicina (c.d. di Oviedo), secondo cui il medico deve *tenere conto* delle **DAT** – configura queste ultime, ove correttamente redatte, come **tendenzialmente vincolanti, salvo un ambito di possibile disapplicazione** (motivo per cui la legge sostituisce enfaticamente al termine tradizionale *dichiarazioni di trattamento*, utilizzato anche della Convenzione di Oviedo, quello di *disposizioni di trattamento*).

Secondo l'**art. 4, co. 5**, l. n. 219/2017, infatti, «il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (da intendersi, secondo logica, come terapie non conosciute, in concreto, del soggetto redigente).

È ovvio che il medico, sussistendo le summenzionate condizioni per disattendere le DAT, ha il dovere, e non una mera facoltà, di rilevarle: tuttavia, in caso di dissenso con il fiduciario eventualmente nominato attraverso le DAT, la questione è affidata (sebbene il fiduciario di regola non sia un medico) alla valutazione del giudice tutelare.

La richiamata impostazione, almeno parzialmente diversa, della Convenzione di Oviedo non intende certamente autorizzare il medico a ignorare le DAT (in base ad essa il medico è comunque chiamato a motivare l'allontanamento dalle DAT). Piuttosto, intende valorizzare una logica di **alleanza terapeutica** tra medico e paziente, in cui il medico stesso è garante del fatto che le DAT siano davvero conformi all'informazione, alle condizioni e all'autonomia del paziente: laddove invece evocare l'idea, pur ridimensionata dai limiti suesposti, di un medico meramente *esecutore* di disposizioni più o meno formalisticamente acquisite non risponde né alla professionalità del medico, né all'interesse del malato.

Un cenno va dedicato, infine, all'**art. 3, co. 2**, l. n. 219/2017, secondo il quale «il consenso informato al trattamento sanitario del **minore** è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità»: fermo comunque il diritto del medesimo, come altresì della persona incapace, a essere informato «in modo consono alle sue capacità» e a potersi esprimere sulle scelte da operare (co. 1).

È necessario, infatti, far notare che **il consenso dei genitori o del tutore non è affatto discrezionale**, bensì deve rimanere riferito a quello che si suole definire, in giurisprudenza, il supremo interesse del minore, come si evince anche dall'ultima parte del summenzionato co. 2. Il genitore o il tutore, infatti, non agiscono come il fiduciario che può essere nominato, *ex art. 4, co. 1*, attraverso le DAT, cui il dichiarante rimette il potere valutativo in sua vece, né come l'amministratore di sostegno (*art. 3, co. 4*), che deve interpretare il volere della persona affidatale, bensì secondo le oggettive esigenze di tutela della salute e della vita del minore.

Nel caso di **dissenso**, quindi, **del genitore o del tutore** rispetto all'indicazione del medico il giudizio è rimesso al giudice tutelare: ma, ove sussistano gli estremi dello **stato di necessità** (pericolo di danno grave alla persona in caso di ritardo), il medico è tenuto comunque ad agire.

12.5.1. L'intervento della Corte costituzionale sull'art. 580 c.p.

Rispetto all'impianto della l. n. 219/2017, e in particolare rispetto al punto di equilibrio in essa delineato – secondo cui i trattamenti sanitari sono sempre subordinati al permanere del consenso da parte del paziente, che può anche chiederne l'interruzione, ma non sono autorizzate condotte del medico o di altri soggetti consistenti nell'agire per procurare la morte del paziente, in conformità ai divieti di eutanasia e di aiuto al suicidio espressi dagli **artt. 579 e 580 c.p.** –, è intervenuta la **sentenza n. 242/2019** della Corte costituzionale, che ha ritenuto di ammettere un ambito, pur molto limitato, di aiuto al suicidio non punibile, attraverso una pronuncia di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

L'intervento della Corte consegue a un'ordinanza di rimessione della Corte d'assise di Milano riguardante l'art. 580 c.p. (sotto il profilo dell'aiuto *materiale* al suicidio), in relazione a un noto caso di accompagnamento all'estero, per l'attuazione di un suicidio assistito, di una persona gravemente malata e già determinata a richiederlo.

Ne seguì un tipo di pronuncia assolutamente inedito con cui la Corte costituzionale, attraverso l'**ord. n. 207/2018**, rinviò di un anno l'udienza, indicando al Parlamento – con il che emersero delicatissimi problemi inerenti alla compatibilità di una simile scelta col principio di divisione dei poteri – un ambito definito da quattro condizioni (*v. infra*) in cui la Corte stessa dichiarava di ritenere non punibile l'aiuto al suicidio richiesto da una persona gravemente malata e invitando il Parlamento stesso a definire le modalità attuative di un simile orientamento, nonché riservandosi di decidere sulla questione di legittimità costituzionale predetta, alla luce dell'eventuale intervento del legislatore, nella nuova udienza fissata per il 24 settembre 2019. Fermo tuttavia il riconoscimento della piena legittimità costituzionale, fuori dal suddetto ambito, del divieto di aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.*, non soltanto nella forma istigatoria, ma anche in quella del contributo materiale.

In tal modo, peraltro, la Corte veniva a richiedere, per sua iniziativa (e fra l'altro modificando l'oggetto dell'ordinanza milanese di rimessione), il superamento di un limite – il divieto di agire per procurare la morte – che il Parlamento, solo pochi mesi prima, aveva deliberatamente scelto di non superare (peraltro assicurando il diritto del malato di non

soffrire, anche attraverso il ricorso, nei casi in cui la terapia del dolore non risultasse adeguata, alla già richiamata sedazione palliativa profonda).

La sollecitazione della Corte costituzionale non è stata raccolta dal Parlamento, così che la Corte stessa ha assunto le sue decisioni con la cit. sentenza n. 242/2019.

Va premesso che le conclusioni della Corte si fondano su un'argomentazione che, da un lato, costituisce una forzatura logica, come riconosciuto da molti Autori, ma che, dall'altro lato, delimita in modo stringente la portata di quelle medesime conclusioni, rendendo impraticabili interpretazioni estensive o ulteriori censure di illegittimità costituzionale, *rebus sic stantibus*, dell'art. 580 c.p.

La Corte costituzionale muove, infatti, dall'assunto secondo cui non sarebbe sostenibile la preclusione dell'aiuto al suicidio nei confronti di chi, comunque, potrebbe prendere «la decisione di accogliere la morte» «a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto», ai sensi dell'art. 1 l. n. 219/2017. Un assunto il quale, dunque, parifica due contesti ben diversi, in cui il ruolo del medico, come già osservavamo, non è affatto sovrapponibile: posto che ove interrompa un trattamento salvavita perché non può continuare a praticarlo legalmente contro il volere del paziente e, conseguentemente, disabiliti gli strumenti che tengono quest'ultimo (se si vuole, *artificialmente*) in vita, egli lascia che la morte intervenga per via naturale; mentre, nel caso in cui collabori al suicidio, il medico (o chiunque altro) agisce per anticipare (*artificialmente*) il momento naturale della morte del paziente.

Su queste premesse, Corte cost. n. 242/2019 riprende le condizioni già espresse nella ord. n. 207/2018, con la precisazione di **requisiti** ulteriori: dichiara infatti «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017, [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente», quale «organo collegiale terzo». Aggiungendo che l'effettivo «**coinvolgimento [del malato] in un percorso di cure palliative** deve costituire un **pre-requisito** della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente».

Un quadro tale che, dei quattro requisiti prioritari, quello più concretamente limitativo si sostanzia nel fatto per cui il malato richiedente deve risultare sottoposto a terapie salvavita in atto (sebbene rimanga il rischio di prassi elusive ove si qualificano come trattamenti salvavita, senza le necessarie distinzioni di cui *supra*, anche l'alimentazione e l'idratazione c.d. artificiali).

Risulta molto importante, peraltro, ai fini giuridici l'ulteriore precisazione della Corte costituzionale secondo cui «la declaratoria d'illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, **senza creare alcun obbligo di procedere** a tale aiuto **in capo ai medici**». Ne deriva, infatti, che non viene istituito alcun obbligo, né per il singolo medico, né per le istituzioni ospedaliere pubbliche, di praticare aiuti al suicidio, venendo in considerazione, piuttosto, una mera non punibilità del medico

il quale, sussistendone le condizioni richieste dalla Corte, agisca nel senso predetto, e non configurandosi, di conseguenza, questioni relative all'obiezione di coscienza.

Si noti che la Corte non motiva in rapporto all'esigenza di liberare il malato dalle sofferenze, in quanto ciò è già assicurato dalla l. n. 219/2017 attraverso il possibile ricorso alla sedazione palliativa profonda, bensì esclusivamente in rapporto alla volontà del paziente di non accettare tale forma di palliazione, nonché alla volontà del medesimo di non esporre «le persone che gli sono care» a seguire un processo di morte «più lento e più carico di sofferenze»: profilo, quest'ultimo, alquanto criticabile, come da molti evidenziato, poiché, se un argomento in favore del procurare la morte viene individuato nel proteggere i congiunti e la società dall'accostamento del processo stesso di morte, le conseguenze deducibili diventano quanto mai preoccupanti. D'altra parte, risulta piuttosto sorprendente un *obiter dictum* della Corte medesima, in cui la medesima sembra ricomprendere i mezzi necessari per l'aiuto al suicidio fra le *terapie*.

La decisione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza in oggetto – sebbene la Corte stessa rimarchi come ne derivi un'area «circoscritta» di non operatività dell'art. 580 c.p. e, nella sua prima parte, metta in guardia contro i pericoli di una sollecitazione al suicidio, in particolare, delle persone vulnerabili (dal che, come si diceva, la riconosciuta costituzionalità, salva l'eccezione delineata, del divieto di cui all'art. 580 c.p.) – rappresenta, comunque, **un passaggio molto delicato**.

Per la prima volta, infatti, si apre attraverso di esso alla possibilità di agire *per la morte altrui* fuori dai casi riconducibili agli ambiti della legittima difesa e dello stato di necessità, considerando la morte come una soluzione plausibile dei problemi di un dato individuo: con tutti i possibili effetti relativi alla tenuta sociale del precetto inerente alla non disponibilità, in tutte le sue manifestazioni, della vita di un'altra persona.

Viene in tal modo contraddetta una caratteristica (o, se si vuole, un limite) che può definirsi strutturale del diritto: quella per cui il medesimo, sussistendo essenzialmente come risorsa a salvaguardia dei soggetti deboli, non può risolvere tale suo compito autorizzando il contributo alla morte della persona stessa che rappresenta un appello all'impegno, e all'impiego di risorse, in suo favore.

Ed è per questo che il legislatore, con ampia convergenza trasversale, non aveva inteso operare simile passaggio, espressamente discusso, attraverso la legge n. 219/2017. Così che tornano a proporsi, a proposito di Corte cost. n. 242/2019, i problemi già in precedenza segnalati circa i rapporti tra potere legislativo e magistrature superiori e circa la deducibilità diretta dalla Costituzione di determinate conclusioni su problemi delicati, prospettate, pertanto, come costituzionalmente vincolate.

Il problema, nel suo complesso, attiene al rischio che un progressivo orientamento a riconoscere il *diritto di morire* con l'aiuto, o per mano, altrui, si trasformi, di fatto, in una sorta di *dovere di morire*, attraverso la sollecitazione implicita, di cui già si diceva, nei confronti delle persone non guaribili che rappresentino un costo economico sul piano sociale.

L'apertura a quel supposto diritto fa sì, infatti, che il beneficiare di assistenza sanitaria, in determinate condizioni, non costituisca più la normalità, ma l'oggetto di una scelta tra la richiesta di poter vivere ancora e quella di morire: così che la prima di tali scelte rischia di essere sempre più assimilata a una *pretesa*, con l'implicita *colpevolizzazione* del malato che

non rinunci a un'ulteriore impegno socio-sanitario in suo favore. Considerata anche la diffusa qualificazione nei mass-media di quest'ultima scelta (v. *supra*) come l'unica *dignitosa* in certe circostanze.

Non senza il rischio ulteriore che il diffondersi della società di una sorta di diffidenza nei confronti dell'attività medica, dalla quale ci si dovrebbe difendere, finisca per fungere da avallo per tendenze limitative dell'impegno volto a garantire il diritto di tutti alla salute, ex art. 32 co 1, Cost., specie in rapporto alle persone più fragili. Con effetti che tornano ad emergere evidenti in fasi di emergenza sanitaria, come quella attivatasi nei primi mesi del 2020.

Va segnalato, infine, che rimane inalterato, invece, il contenuto dell'**art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)**, che punisce, con una pena inferiore a quella dell'omicidio volontario (salve le ipotesi di assimilazione a quest'ultimo di cui al co. 3), «chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui».

In tal caso il consenso non ha il valore scriminante di cui all'art. 50 c.p., bensì un valore c.d. *degradante* rispetto alla fattispecie di omicidio volontario. Per cui si è discusso della disciplina applicabile nel caso di errore di fatto sul consenso della persona uccisa. La conclusione è che debba pur sempre applicarsi, ove l'errore sussista, l'omicidio del consenziente, attraverso un'applicazione analogica favorevole dell'art. 59, co. 4, c.p., o comunque in considerazione della mancanza del dolo di uccidere una data persona secondo tutti gli elementi implicitamente richiesti dall'art. 575 c.p.: vale a dire, del dolo di uccidere in assenza del consenso (per cui s'è fatto riferimento anche all'art. 47 c.p.).

