

Luigi Maria Sanguineti

DIRITTO E PROCEDURA PENALE RAGIONATA

Seconda edizione

*Metodo
d'apprendimento
innovativo.
Domande e risposte
tra docente
e discente*

Edizione MAGGIO 2018

Copyright © MMXVIII

KEY SRL

VIA PALOMBO 29

03030 VICALVI (FR)

P.I./C.F. 02613240601

ISBN 978-88-279-0119-9

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione, di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Furlan Grafica Via Garegnano, 41 Milano 20156

ESAME AVVOCATO OK

DIRITTO E PROCEDURA PENALE RAGIONATA

53 lezioni sotto forma di dialogo
(con annesso formulario della procedura)
per agevolare la preparazione agli esami e concorsi

Seconda edizione
Aggiornata con L. 23 giugno 2017 n.103

Luigi Maria Sanguineti

L'autore

L'Avvocato Luigi Maria Sanguineti é autore di numerosi libri sia in materia giuridica che non giuridica. Tra i libri giuridici vanno ricordati “La Pratica civile” e “La pratica penale”, entrambi editi dall'Editore Giuffrè. Tra i libri non giuridici va ricordato “Critica ai valori della Costituzione”. Di prossima pubblicazione, “Advaita – Vedanta”. I libri non giuridici possono essere scaricati gratuitamente o acquistati visitando il sito: www.praticadiritto.it

Il presente libro fa parte di una trilogia, che comprende: “Diritto civile ragionato” “La procedura civile ragionata” “Diritto e procedura penali ragionati”. Tutti questi libri sono pubblicati dall'Editore Key.

L'avvocato Luigi Maria Sanguineti é anche direttore di un sito *on line* (www.praticadiritto.it) destinato ai giovani avvocati e in particolare a chi fa pratica e deve prepararsi all'esame di avvocato.

L'Opera

Il libro “Diritto e procedura penali ragionati” mira ad agevolare la preparazione agli esami da avvocato. A tal fine l'Autore ha adottato la forma dialogata di esposizione e ha fatto attenzione ad esprimersi sempre in maniera chiarissima e servendosi di numerosi esempi. Contiene 53 “lezioni” e un formulario della procedura penale. Riporta, con un commento, numerosi “atti” tratti dalla viva pratica giudiziaria, perché l'Autore ritiene che ciò possa agevolare lo studioso nella memorizzazione e comprensione della materia. Il presente libro fa parte di una trilogia, che comprende: “Diritto civile ragionato” “La procedura civile ragionata” “Diritto e procedura penali ragionati”. Tutti questi libri sono pubblicati dall'Editore Key.

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

In questa seconda edizione ho provveduto all'aggiornamento della sola parte del libro dedicata alla procedura penale (avendo ritenuta la prima parte, dedicata al diritto penale, ancora valida senza bisogno di correzioni).

Quanto alla parte dedicata alla procedura, non solo ho provveduto al suo aggiornamento, ma l'ho integrata con due altre "sezioni", che mi sono parse utili sia a chi sta preparandosi all'esame di avvocato (facilitandogli la memorizzazione dei numerosi articoli del codice, mostrandogli la loro applicazione in varie situazioni processuali) sia a chi, superato già tale esame, ma lavorando in uno "studio" civilistico, desidererebbe avere un'idea più chiara, di quel che gli può dare la solita manualistica, su come si svolge nella pratica l'attività del penalista (per non trovarsi completamente impreparato e spaesato le volte, sia pure rarissime, in cui un cliente lo forzerà ad entrare in un'aula penale).

Siccome la parte processualistica del libro è nata dalla aggiunta, al vecchio troncone (che costituiva la sua prima edizione), di alcune parti da me progettate per comporre un libro autonomo, il lettore troverà che alcune cose già dette in una parte del libro sono ridette ancora in un'altra sua parte (insomma nel libro vi è qualche pagina che costituisce un inutile doppione): l'autore spera che ciò sarà da lui considerato un difetto veniale.

E' ben possibile, che nello scrivere abbia commesso qualche errore (in fondo sono un "pratico", non un professore di diritto) - questo specie nel "Formulario" la cui consultazione, pertanto, va sempre accompagnata da quella del codice. Naturalmente sarò grato a chi mi segnalerà gli errori trovati, permettendomi così di eliminarli in una sperata, nuova edizione.

Indice Generale

Parte Prima

Il diritto penale ragionato

Lezione 1 - La sanzione penale: suo scopo	13
Lezione 2 - I principi di: lesività, materialità, sussidiarietà, proporzionalità, personalità della responsabilità	19
Lezione 3 - I principi di: irretroattività, di precisione, di tassatività, di legalità, di riserva di legge	26
Lezione 4 - La successione delle leggi penali nel tempo.....	36
Lezione 5 - L'obbligatorietà della legge penale – Le.c.d. “immunità” – Locus comissi delicti	47
Lezione 6 - Concorso apparente di norme	64
Lezione 7 - Reati di pericolo	79
Lezione 8 - Il delitto tentato	83
Lezione 9 - Reato putativo – Delitto impossibile – Tentativo inidoneo – Desistenza.....	89
Lezione 10 - Coscienza e volontà dell'atto. I c.d. atti automatici. Colpa per ignoranza e negligenza	97
Lezione 11 - Error iuris. Error facti.....	106
Lezione 12 - Colpa. Nesso di causalità. Dolo	113
Lezione 13 - La reiterazione nel reato – Il reato continuato.....	125
Lezione 14 - Incapacità di intendere e di volere	139
Lezione 15 - Pena-base. Circostanze del reato: calcolo degli aumenti e diminuzioni	150
Lezione 16 - Elemento soggettivo e circostanze del reato	163
Lezione 17 - Il reato aberrante	169
Lezione 18 - Il concorso nel reato	176
Lezione 19 - Stato di necessità. Primi cenni sulla “legittima difesa”	186

Parte Seconda

La procedura penale ragionata

Sezione Prima

Le lezioni

Lezione 1 - L'iter di un procedimento penale a....volo d'uccello.....	199
Lezione 2 - Il concetto di prova – La prova “al di là di ogni ragionevole dubbio” - Prova di efficacia diversa secondo i diversi fatti da provare	209
Lezione 3 - Scienza privata, regole di esperienza, fatto notorio, prova legale.....	220
Lezione 4 - Terminologia sulla prova.....	227

Lezione 5 - Affidabilità della prova e diverse modalità di escussione della relativa fonte.....	235
Lezione 6 - L'esame incrociato dei testi e delle parti	238
Lezione 7 - Le contestazioni – La “verginità” della prova	247
Lezione 8 - Le eccezioni all'esame incrociato	253
Lezione 9 - Patteggiamento sulla prova – I cosiddetti “atti irripetibili”	263
Lezione 10 - Interessi prevalenti su quello all'accertamento della verità – Diritto al silenzio dell'imputato	267
Lezione 11 - Nullità assolute, nullità intermedie, nullità relative. Inutilizzabilità (di una prova)	282
Lezione 12 - La notificazione.....	294
Lezione 13 - Giurisdizione - Questioni pregiudiziali – Competenza per materia – Competenza per territorio.....	305
Lezione 14 - Riunione e separazione dei processi –Competenza per connessione – Provvedimenti sulla giurisdizione e sulla competenza – Conflitti di giurisdizione e di competenza	318
Lezione 15 - Parte offesa - Parte civile.....	329
Lezione 16 - Garanzie e diritti dell'indagato e dell'imputato.....	337
Lezione 17 - Diritto della persona accusata di essere informata della natura e dei motivi dell'accusa	345
Lezione 18 - Atti relativi alla notizia di reato e alla sua iscrizione nel registro di cui all'art.335	355
Lezione 19 - Atti di indagine della Polizia Giudiziaria	362
Lezione 20 - Convalida dell'arresto – Misure cautelari – Tribunale del riesame.....	374
Lezione 21 - Le scelte del P.M. al termine delle sue indagini.....	389
Lezione 22 - l'Udienza preliminare	394
Lezione 23 - Gli atti preliminari al dibattimento.....	404
Lezione 24 - Il giudizio abbreviato	410
Lezione 25 - Applicazione pena su richiesta (art. 444).....	418
Lezione 26 - Le disposizioni generali sulle impugnazioni: premessa	427
Lezione 27 - Sempre sulle disposizioni generali relative alle impugnazioni: il principio di tassatività	431
Lezione 28 - Sempre sulle disposizioni generali relative alle impugnazione: Le parti legittimate ad impugnare – L'interesse ad impugnare	438
Lezione 29 - Il principio <i>Tantum devolutum quantum appellatum</i> e le sue eccezioni (effetto estensivo....)	445
Lezione 30 - Le deroghe al principio <i>tantum devolutum quantum appellatum</i> contenute nell'art. 597 sulla cognizione del giudice d'appello	450
Lezione 31 - La impugnazione della sentenza agli effetti civili	452
Lezione 32 - Il divieto di <i>reformatio in peius</i> . L'appello incidentale	460

Sezione Seconda

Atti e documenti dal “vivo”

Doc. A: esposto penale	467
------------------------------	-----

Doc. A2: contin. esposto penale	468
Doc. A3: contin. esposto penale	469
Doc. D: richiesta proroga termine indagini prel.	472
Doc. E: concessione proroga termine	473
Doc. M: rapporto P.G.	474
Doc. N: verbale sommarie informazioni	475
Doc. O: verbale identificazione e perquisizione	476
Doc. P: verbale sequestro	477
Doc. Q: convalida perquisizione e sequestro	478
Doc. R: verbale di arresto	479
Doc. S: verbale comunicazion e nominativo difensore	480
Doc. T: verbale avviso diritto nomina difensore	481
Doc. AC1: richiesta convalida arresto	482
Doc.AC2: contin. richiesta convalida arresto	483
Doc. AD1: verbale udienza convalida	484
Doc. AD2: contin. verbale udienza convalida	485
Doc.AD3: cont. verbale udienza convalida	486
Doc. AD4: contr. verbale udienza convalida	487
Doc.AD5: contin. verbale ud. convalida	488
Doc. AD6: contin. verbale	489
Doc.AE1: ordinanza sostituzione misura cautelare	490
Doc. AE2: contin. ordinanza sostituzione misura cautelare	491
Doc.AF1: ordinanza tribunale riesame	492
Doc. AF2: contin. ordinanza tribunale riesame	493
Doc. V1: richiesta archiviazione	494
Doc. V2: contin. richiesta archiviazione	495

Sezione Terza

Formulario della procedura penale

I. Atto di querela	497
II. Rimessione di querela	500
III. Ricorso immediato al Giudice di Pace	501
IV. Costituzione di parte civile	503
V. Richiesta di esclusione della parte civile	509
VI. Citazione del responsabile civile	511
VII. Nomina a difensore dell'imputato	514
VIII. Non accettazione – Rinuncia – Revoca dell'incarico difensivo – Richiesta di esonero da una nomina d'ufficio	517
IX. Nomina a sostituto	519
X. Nomina di difensore alla parte offesa e alla parte civile	520
XI. Indagini difensive	523
XII. 1) Richiesta di riesame ex art. 309 c.p.p. 2) Istanza di revoca di misura coercitiva	528
XIII. Appello al Tribunale del riesame	531

XIV. Richiesta di applicazione pena ai sensi dell'art. 444 C.P.P. (c.d. "patteggiamento)	533
XV. Giudizio abbreviato	536
XVI. Messa alla prova	539
XVII. Lista testimoniale e atto di citazione di teste.....	541
XVIII. Atto di impugnazione	545
XIX. Impugnazione della parte civile	549
XX. Affidamento ordinario (art. 47 l. 354/75)	552
XXI. Semilibertà.....	558
XXII. Detenzione domiciliare	561
XXIII. Misure alternative a favore dei tossicodipendenti e alcooldipendenti	564
XXIV. Oblazione	568
XXV. Riabilitazione ordinaria.....	571

Sezione Quarta

La difesa davanti al tribunale

1. L'attività propedeutica alla difesa in udienza	573
2. Premessa ai successivi paragrafi	579
3. Controllo della regolare costituzione delle parti	579
4. Richiesta prove – Istruttoria dibattimentale.....	588
5. Domanda di oblazione – Remissione di querela	607

Sezione Quinta

Esperienze professionali

1. In difesa di MU	611
2. In difesa di Be.....	614
3. In difesa di Sai	617
4. In difesa di Sai (al dibattimento)	622
5. Sempre in difesa di Sai al dibattimento (ma in un secondo procedimento)	626
6. In difesa di Bouca	631

Sezione Sesta

Alcuni atti ex vivo riportati con un commento (telegrafico)

Doc. XXVIII, XXIX, XXX: avviso conclusione indagini preliminari.....	641
Doc. XXXI, XXXII,XXXIII,XXXIV: citazione diretta a giudizio	644
Doc.- XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII: decreto di giudizio immediato	648
Doc. XXXIX, XXXX, XXXXI: decreto di citazione davanti al giudice di pace	652
Doc. XXXXII, XXXXIII: dispositivo sentenza	655
Doc. XXXXIV, XXXXV, XXXXVI, XXXXVII: sentenza tribunale	657

PARTE PRIMA

IL DIRITTO PENALE RAGIONATO

Lezione 1 - La sanzione penale: suo scopo

Discente: In che consiste la sanzione penale?

Docente: In teoria può consistere in qualsiasi sofferenza che l'uomo può arrecare al suo simile (privazione della vita, mutilazione, fustigazione, perdita della libertà, sottrazione di un bene materiale, in particolare di una somma di denaro...).

Discente: Questo in teoria, ma per la nostra Costituzione?

Docente: La nostra Costituzione non indica i tipi di sanzione penali applicabili, si limita a prescrivere, nel comma 3 dell'art. 27, che "non è ammessa la pena di morte"; nel comma 2 sempre dell'art.27 che: 1) "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"; 2) le pene "devono tendere alla rieducazione del condannato".

Discente: E il nostro Legislatore ordinario che dice al proposito, indica quali sono le sanzioni penali?

Docente: Naturalmente, e lo fa negli articoli 17 e segg. del Codice Penale e negli artt. 52 e segg. D. Lgs 28 agosto 2000 n. 274 (Decreto questo che definisce le competenze penali del Giudice di Pace). E non può non farlo, dato che proprio con riferimento alla natura della sanzione applicabile, se cioè si tratti di sanzione penale o no, vanno risolte tutta una serie di questioni molto importanti.

Discente: Questioni di che tipo, indicamene alcune.

Docente: Prima di tutto la questione se un fatto è reato o no: un fatto è reato se è punito con sanzione penale, non è reato, se è punito con altro tipo di sanzione (metti una sanzione amministrativa); poi, la questione se una norma è penale o no: norma penale è quella che rileva ai fini di decidere sull'applicabilità di una sanzione penale.

Discente: E perché rileva stabilire se un fatto è reato o no?

Docente: A sua volta per risolvere tutta una serie di questioni: ad esempio, la questione se alla sua punizione si applichino quei principi di livello costituzionale che presto passeremo a studiare; ancora ad esempio, la questione se il suo accertamento deve farsi seguendo le norme del codice di procedura penale o di quelle di procedura civile.

Discente: Ed ora dimmi: perché é importante stabilire se una norma é penale o no?

Docente: Ad esempio, perché se é penale non può essere retroattiva, mentre se non lo é, può esserlo (almeno può esserlo senza diventare per questo incostituzionale); ancora, perché se é penale non può essere interpretata analogicamente, se non lo é, invece può esserlo.

Discente: Va bene, ora so perché é importante stabilire se una sanzione è penale, o no; però non so ancora quali sono le sanzioni penali.

Docente: Lo saprai a suo tempo. Per comprendere i discorsi che veniamo a fare ti basterà conoscere quali sono le pene che il legislatore chiama “principali”– in opposizione a quelle “accessorie” (come, l'interdizione dai pubblici uffici, la decadenza dalla potestà genitoriale, l'interdizione legale...).

Discente: Ebbene quali sono queste pene principali?

Docente: Esse sono, per quel che riguarda i reati di competenza del Giudice di Pace (artt.52 e segg. D. L.vo 28 agosto 2000 n. 274): la multa, la ammenda, l'obbligo di permanenza domiciliare, il lavoro di pubblica utilità; per quel che riguarda tutti gli altri reati: 1) l'ergastolo; 2) la reclusione; 3) la multa; 4) l'arresto; 5) l'ammenda.

Ergastolo, reclusione e multa si applicano ai delitti; arresto e ammenda, alle contravvenzioni. O per meglio dire: i fatti puniti con l'ergastolo, la reclusione, la multa vanno considerati come “delitti” e i fatti puniti con l'arresto e l'ammenda, come “contravvenzioni”. Infatti la distinzione tra “delitti” e “contravvenzioni” - che *in mente legislatoris* si basa evidentemente sull'importanza del bene leso dal reato - va operata dall'interprete col solo criterio della sanzione applicata a questo; giusta il dettato dell'articolo 39, che recita: “I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice”.

Discente: Ma é importante questa distinzione?

Docente: Sì, é importante a vari effetti (elemento soggettivo del reato, aumento per

la recidiva, applicabilità della c.d. “sospensione condizionale della pena”....) che a tempo debito studieremo.

Discente: Tutte le sanzioni penali da te citate hanno una caratteristica che le accumuna?

Docente: Sì, quella di consistere nella privazione della libertà; almeno in potenza, nel senso cioè che, se una sanzione non privativa in se stessa della libertà, come l'ammenda o la multa, non viene soddisfatta per insolvibilità del condannato, essa si converte in una sanzione privativa della libertà (più precisamente, in prima battuta si converte nella misura della *libertà provvisoria*, e, se le prescrizioni relative a tale misura non sono osservate, in reclusione o arresto – vedi meglio, gli artt. 136 C.P., 660 C.P.P., 102 e 108 L. n.689 del 1981).

Discente: Ma perché, a quale scopo il Legislatore applica una sanzione così grave come quella che priva una persona di uno dei beni considerati più preziosi nella nostra società, la libertà?

Docente: Cercherò di rispondere a questa tua domanda. Ma prima di cercare di individuare lo scopo per cui il nostro Legislatore commina la sanzione penale, è opportuno vedere quali possono essere gli scopi, che un Legislatore può proporsi comminando la sanzione.

Discente: Ebbene quali possono essere questi scopi?

Docente: Essi, secondo gli Studiosi della funzione della pena, sono essenzialmente due: uno scopo puramente retributivo, cioè di pura e semplice riaffermazione della giustizia offesa (in tal caso, si dice, la pena é comminata *quia peccatum est*) e uno scopo preventivo, di impedire cioè la commissione di altri reati (la pena viene comminata *ne peccetur*).

Ovviamente nulla impedisce che uno stesso legislatore, alcune volte, commini la sanzione solo a scopo retributivo, altre volte, solo a scopo preventivo e, altre volte ancora, lasciandosi condizionare dai due scopi contemporaneamente.

Discente: Parliamo dei casi in cui la pena viene comminata a solo scopo retributivo: quali sono i meccanismi psicologici che possono indurre chi detiene il potere a comminare una sanzione senz'altro scopo che quello di ristabilire la giustizia?

Docente: Sono quegli stessi meccanismi che portano ciascuno di noi, quando subisce un'offesa ingiusta, a “vendicarsi”: Fulano mi ha offeso (metti, mi ha ingiuriato)

e io sto “soffrendo” (lo dimostra il pallore del mio viso, il tremolio delle mie mani, tutte quelle modificazioni che, più o meno evidenti, si producono in chi “soffre” un'offesa); io potrei rinunciare a vendicarmi, ma quel sentimento di vendetta, che io non scarico sull'offensore, si ritorcerebbe su di me, rimarrebbe in me come un tarlo a rodere il mio animo; quindi reagisco all'offesa, mi vendico: come? compiendo qualche azione (metti, dare uno schiaffo, replicare l'ingiuria...) che determini una *mutatio animi* nel mio offensore (ecco là Fulano, prima aveva il sorriso soddisfatto sulle labbra, ora gli ho trasformato questo sorriso in una smorfia di dolore): questa mia azione, la sanzione che io applico al mio offensore, ha per me un effetto liberatorio, catartico, che esprimo dicendo “ho fatto giustizia”.

Lo spirito che sottende all'applicazione di una pena a solo scopo retributivo é bene espresso da Kant; il grande Filosofo dice: “anche se una società civile, con tutti i suoi membri, decidesse di sciogliersi (ad es., il popolo che vive in un'isola decidesse di separarsi e di disperdersi per tutto il mondo), bisognerebbe prima giustiziare l'ultimo assassino che si trovasse in un carcere, perché ciascuno soffra ciò che meritano i suoi comportamenti, e perché non pesi la colpa del sangue sopra il popolo che ha rinunciato a punirlo” (naturalmente la sottolineatura é mia).

Merita di essere evidenziato che le teorie che valorizzano la funzione puramente retributiva della pena, vengono dette – in contrapposizione alle “teorie relative” rappresentate da chi attribuisce alla pena uno scopo preventivo - “teorie assolute”. E questo in quanto si ritengono “svincolate - stiamo riportando le parole di due illustri penalisti, il Marinucci e il Dolcini – dalla considerazione di un qualsivoglia fine da raggiungere”. E invero la comminazione della sanzione per uno scopo meramente retributivo non può non apparire un vero “non-senso”, una cosa senza scopo per chi ha una mentalità “laica” - e ciò dovremo tenere ben presente quando cercheremo di individuare lo scopo che le nostre leggi attribuiscono alla sanzione, dato che senza dubbio i nostri *conditores legum*, una mentalità laica, posseggono.

Prima di chiudere sulle “teorie assolute” e parlare di quelle “relative” va chiarito che a rigore non possono farsi rientrare nelle prime, le teorie di coloro che attribuiscono alla pena la funzione di pungolo sul reo a che modifichi quelle sue idee e condotte di vita che possono portarlo a delinquere (tali, se abbiamo ben compreso, erano le idee che ispiravano giuristi nazionalsocialisti, come il Welzel e il Mezger, che sostenevano una *Taterschuld*, una “colpa d'autore”, una “colpa per il modo di essere dell'agente” che lo Stato poteva e doveva sanzionare penalmente): infatti anche tali teorie in definitiva attribuiscono pur sempre alla pena uno scopo di prevenzione (sia pure di prevenzione tramite la modifica del carattere del potenziale reo e non tramite la creazione di una contropinta al compimento di una specifica azione delittuosa – che, invece, come vedremo subito, é il sistema con cui va operata la prevenzione secondo il nostro Legislatore costituzionale).

Discente: Hai detto dello scopo retributivo, di ora del secondo scopo che si può assegnare alla pena, lo scopo preventivo.

Docente: Sì, un legislatore può utilizzare la sanzione anche allo scopo di prevenire la lesione di certi beni (da lui ritenuti meritevoli di tutela). In un tal caso la utilizzazione della sanzione assume forme diverse a seconda che si tratti di “prevenzione generale” cioè volta ad agire sulla generalità dei sudditi (al fine di impedire che offendano i beni ecc.ecc.) o di “prevenzione speciale”, cioè volta ad agire su chi ha già violata la legge penale (al fine di impedire che torni a violarla).

Discente: Quali forme assume la utilizzazione della sanzione nella “prevenzione generale”?

Docente: Essenzialmente una sola, la minaccia della sanzione stessa; che però, almeno in teoria, può tendere a realizzare due diversi scopi (propedeutici rispetto a quello della salvaguardia di certi beni, che rimane lo scopo finale):

A- La intimidazione, cioè la creazione di una contropinta psicologica alla commissione dell'azione lesiva (Fulano spinto dall'ira vorrebbe percuotere Caio, ma la minaccia della pena agisce su di lui come una contropinta).

B- L'orientamento culturale: la minaccia di una sanzione penale all'azione lesiva di un dato bene, implicitamente esalta il valore di questo (“Se l'azione che lede il bene A é punita così severamente, significa che A é un bene di grande valore”). Tale (implicita) dignificazione del bene (tutelato) orienta la generalità dei sudditi a portargli rispetto (e con ciò stesso diminuisce le spinte psicologiche alla sua lesione).

In teoria la minaccia della pena potrebbe perseguire isolatamente i due scopi, ma é ben difficile immaginare che un legislatore si proponga con la minaccia della pena di realizzare lo scopo B senza proporsi anche di realizzare lo scopo A; di conseguenza noi nel prosieguo della trattazione – considerando lo scopo di orientamento culturale come inevitabilmente connesso e secondario rispetto allo scopo dell'intimidazione- non lo prenderemo più in considerazione.

Discente: Devi dire ora delle forme che può assumere la utilizzazione della sanzione nella prevenzione speciale.

Docente: Esse sono essenzialmente due:

I- *L'esecuzione della pena in sé e per sé*, che a sua volta può mirare a due diversi scopi:

IA – il rafforzamento dell'efficacia intimidatrice della pena conseguente, sia alla stessa applicazione della minaccia legislativa, ciò che ne dimostra la serietà e la temibilità (“Il legislatore non solo minaccia ma é in grado di attuare le sue minacce:

quindi queste non sono per nulla il classico *telum imbelles sine ictu* che io, reo, pensavo”) sia alla sofferenza che l'applicazione della pena provoca nel reo (“La vita in carcere non é per nulla bella, la prossima volta mi guarderò bene dal violare la legge penale”);

IB- la neutralizzazione del reo: questi fin che é sotto chiave ben difficilmente violerà la legge penale.

II- *l'esecuzione della pena come occasione* per svolgere un'opera di rieducazione sociale del reo: questi infatti durante lo stato di detenzione, non solo é più facilmente avvicinabile dagli educatori sociali, ma (dato il tempo che gli avanza!) anche più disponibile al colloquio con loro.

Discente: Abbiamo visto quali sono i diversi scopi, che un legislatore può assegnare alla pena, ora dobbiamo vedere quale scopo le assegna il nostro Legislatore costituzionale.

Docente: Lo scopo che il nostro Legislatore costituzionale assegna alla pena é quello di prevenire la lesione di certi beni.

Discente: Perché escludi che il nostro legislatore costituzionale assegni alla pena uno scopo meramente retributivo (l'azione é punita solo *quia peccatum est*)?

Docente: Perché ciò contrasterebbe con il “principio di lesività” e con il “principio di materialità” che approfondiremo nella prossima lezione.

Discente: Prima abbiamo visto che lo scopo di prevenzione può essere realizzato in varie forme: minacciando la pena, eseguendola al fine di un rafforzamento dell'efficacia intimidatrice della minaccia legislativa, eseguendola al fine di una neutralizzazione del reo, eseguendola al fine di creare un'occasione per una sua rieducazione: tutte queste forme (di realizzazione dello scopo di prevenzione) possono essere, secondo il nostro Legislatore costituzionale, adottate?

Docente: Certamente, sì. Però con un distinguo per quel che riguarda le ultime due da te menzionate. Certamente il tempo in cui il reo é detenuto in espiazione della pena (id est, ai fini di ribadire e rafforzare in lui l'efficacia intimidatrice della minaccia della pena) può essere anche utilmente impiegato per una sua rieducazione sociale (mediante colloqui con educatori ad hoc ecc.) e per neutralizzare eventuali sue iniziative criminali (mediante la censura della corrispondenza, forme di isolamento...); però esauritosi il tempo dell'espiazione, il reo non può essere mantenuto in detenzione al fine di continuare l'opera di rieducazione o di neutralizzazione. Ciò contrasterebbe col principio di “materialità” di cui nella prossima lezione parleremo.

Discente: Per concludere, che possiamo dire?

Docente: Possiamo dire che secondo la nostra Costituzione la pena può essere utilizzata come minaccia per prevenire la lesione di determinati beni e può essere applicata solo al fine di rafforzare tale minaccia (anche se la sua applicazione può essere occasione per una neutralizzazione e rieducazione del reo).

Discente: E' utile l'individuazione dello scopo che il Legislatore assegna alla pena?

Docente: Sì perché, come vedremo, proprio lo scopo assegnato alla pena é la chiave necessaria per la comprensione di non pochi istituti del diritto penale.

Lezione 2 - I principi di: lesività, materialità, sussidiarietà, proporzionalità, personalità della responsabilità

Discente: Cominciamo a parlare del principio di lesività.

Docente: Il principio di lesività vuole che siano punite solo le azioni (naturalmente in tale concetto essendo ricomprese le omissioni) che ledono o pongono in pericolo un bene.

Abbiamo già detto che questo principio si ricava dal terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione, il quale vieta le pene che consistono “in trattamenti contrari al senso di umanità”. Siccome “contrarie al senso di umanità” vanno considerate anche le pene date senza scopo e siccome per una mentalità laica una pena comminata a solo fine retributivo va ritenuta senza scopo, dalla citata disposizione della Costituzione deve dedursi che una pena non può avere scopo retributivo, ma deve prevenire la lesione di un bene – il che é solo un modo diverso di dire che vanno punite solo le azioni che ledono o pongono in pericolo un bene.

Discente: E così sia; ma se così é, io che conduco un'auto avendo una perfetta conoscenza del codice stradale e una perfetta padronanza della guida, non dovrei essere punito, solo perché ho omesso come un'inutile formalità di sottopormi all'esame di guida e di conseguire la relativa patente: che pericolo infatti faccio correre all'incolumità delle persone?

Docente: No, invece andresti punito, ma non perché ponendoti alla guida hai creato un pericolo per l'incolumità delle persone, ma perché sottraendoti all'esame di guida hai fatto sorgere il pericolo che una persona deficiente delle necessarie cognizioni e

perizie si mettesse alla guida di un'auto creando pericolo per le persone (c.d. ipotesi di pericolo presunto).

Discente: Poniamo un altro caso: metti che io faccia un falso, ma tanto grossolano da escludere che possa trarre in inganno qualcuno, in un tal caso, in cui io evidentemente non ledo e neanche pongo in pericolo il bene tutelato dal legislatore, la fede pubblica, non dovrei essere assolto in applicazione del principio di lesività?

Docente: No, - forse dovresti essere assolto in applicazione della norma (non di livello costituzionale) che esclude la punibilità di un'azione, allorché sia inidonea a ledere il bene tutelato dalla legge penale (come vedremo meglio studiando l'articolo 49 e la figura del "delitto impossibile"), ma la tua condanna non potrebbe certamente dirsi contrastante col principio (di livello costituzionale) di cui stiamo parlando, col principio di lesività. Se vogliamo porre ancora con più chiarezza il problema da te proposto, mettiamoci nel caso di una norma, che così disponga: "Ogni azione prevista come reato va punita, anche se nel caso concreto risulti inidonea a ledere il bene tutelato dalla legge penale". Ebbene, anche una tale norma non potrebbe dirsi confliggente col principio di lesività.

Discente: Eppure, chiaramente tale norma non punisce un'azione che lede un bene, ma solo la tendenza criminale a ledere il bene.

Docente: Certo, ma ciò non toglie che la punisca al fine di tutelare un bene; e tanto basta per escludere che contrasti col principio di lesività. Questione diversa é se possa dirsi contrastante col principio di materialità, ma questo lo vedremo quando studieremo questo principio.

Discente: La Corte Costituzionale ha mai affrontato il problema che io ti ho proposto.

Docente: Sì lo ha affrontato in due sue Sentenze – la Sent. 24.7.1995 n.360 e la Sent. 11.7.2000 n. 263.

Discente: E come lo ha risolto?

Docente: Distinguendo tra *offensività in concreto* e *offensività in astratto*. Per la Corte, in buona sostanza, il decidere se vi é un'*offensività in concreto* dell'azione (commessa dall'imputato), e quindi se va, o no, applicato quell'articolo 49 di cui ti ho già parlato, spetta solo al giudice ordinario; alla competenza della Corte spetta solo il decidere se vi é un'*offensività in astratto*, se cioè una norma contrasta col principio di lesività. Principio di cui peraltro la Corte dà un'interpretazione molto diversa da

quella che sostengo io; infatti un *vulnus* a tale principio verrebbe fatto, secondo la Corte, se ben ne ho afferrato il pensiero – non tanto e non solo da una norma che punisse un'azione non lesiva di nessun bene, ma - anche da una norma che sanzionasse penalmente un'azione, sì, lesiva di un bene, ma di un bene non tutelato dalla Costituzione.

Discente: E come giustifica la Corte questa che mi sembra un'estensione del principio di lesività?

Docente: La giustifica richiamandosi al “principio di ragionevolezza” - principio che secondo la Corte é immanente in tutta la Costituzione. A noi sembra invece che la soluzione della Corte, se mai fosse giustificabile, dovrebbe giustificarsi col “principio di proporzionalità” o col “principio di sussidiarietà” (di cui verremo subito a parlare).

Discente: Tu ovviamente dissenti dall'estensione del principio di lesività operata dalla Corte.

Docente: Ne dissento se non altro perché - una volta ammesso, come non si può non ammettere, che tra i beni tutelati dalla Costituzione vanno fatti rientrare, non solo quelli che ne godono una tutela diretta ed esplicita (come la libertà, la proprietà...) ma anche quelli (come la fede pubblica...) che ne hanno una tutela implicita e indiretta –, aderendo alla soluzione della Corte, si verrebbe a gravare l'interprete del problema non facile e che soprattutto invoglia ogni forzatura, di quando un bene va considerato indirettamente tutelato dalla Costituzione, e quando, no. Debbo riconoscere però che tale inconveniente potrebbe essere superato dalla saggezza della Corte.

Debbo anche riconoscere che aderendo alla concezione, diciamo così, ristretta, del principio di lesività, in ben pochi casi la Corte Costituzionale avrebbe modo di rilevare, di tale principio, la violazione, dato che è ben difficile immaginare una norma, che punisca solo a scopo retributivo - (per cui se la Corte vuole avere...qualcosa da mordere, deve per forza ravvisare una violazione del principio di lesività, non solo quando una norma, *rarissima avis*, punisce una qualità o un modo di essere, ma anche quando punisce un'azione che lede un bene, che non merita tutela penale).

Discente: Ed ora finalmente parliamo del “principio di materialità”.

Docente: Per il principio di materialità una persona non può essere punita per le sue tendenze antisociali (come vorrebbero i seguaci di quella teoria della “colpa di autore”, a cui abbiamo già accennato nella precedente lezione) - il che è come dire per la sua non-adesione ai valori affermati nelle norme dell'Ordinamento giuridico - ,

ma solo quando tali tendenze materializzandosi, per così dire, in un'azione, rivelano la insensibilità dell'agente all'efficacia intimidatrice della minaccia della sanzione.

Discente: Da che si deduce che una persona non può essere punita solo per le sue tendenze antisociali?

Docente: Da varie norme contenute nella nostra Costituzione – norme da cui si evince che la modificazione delle tendenze e delle idee di una persona non può essere ottenuta con mezzi coattivi.

Discente: Citami alcune di tali norme.

Docente: Ti posso citare *ex multis*: il comma 2 art. 3, là dove vede ogni limite alla libertà, come un “impedimento” al “pieno sviluppo della persona umana”; l'articolo 19, che tutela la libertà nella professione di fede; l'articolo 21 co.1, che tutela la libera manifestazione del pensiero.

Discente: Però, da quel che ho capito, non contrasterebbe, secondo te, con la Costituzione la punizione di chi disattende, sì, il divieto posto dalla norma penale, ma con un comportamento del tutto inidoneo a ledere il bene, dalla norma tutelato (ad esempio, fa, sì, un falso, in spregio all'articolo 476, ma un falso talmente grosolano da non ingannare nessuno).

Docente: Sì, infatti io ritengo che il messaggio che parte dalla nostra Costituzione si possa così esprimere: “Tu, che detieni il potere, non puoi aggredire con la sanzione penale chi, pur non aderendo ai valori espressi nelle norme da te emanate, dimostra di rispettarli, sia pure per solo timore della sanzione penale; però quando egli, tenendo un comportamento in spregio alla norma, dimostra di essere insensibile alla intimidazione insita nella minaccia della pena, allora, sì, tu puoi intervenire per rinforzare ed elevare il livello (dimostratosi insufficiente) di tale intimidazione, mediante la esecuzione della pena (così come abbiamo cercato di spiegare parlando, nella prima delle nostre lezioni, della “prevenzione speciale”).

Discente: La cosa a dir il vero mi sembra piuttosto logica: non si può pensare che il legislatore neghi a quello ordinario il potere di attuare la “prevenzione speciale”, una volta che é fallita la “prevenzione generale”: una volta che tu, legislatore costituzionale, permetti a me, legislatore ordinario, di intimidire con la minaccia di una pena Fulano per impedirgli di attentare ai valori tutelati dalle mie norme, non puoi non permettermi di alzare il livello di tale intimidazione, qualora esso si sia dimostrato insufficiente a trattenere Fulano di attentare a quei valori.

Parlando della “prevenzione speciale”, tu, però, avevi detto che violerebbe il principio di materialità, trattenerlo in carcere Fulano, una volta che avesse espiata la pena per cui fosse stato condannato, solo perché risultassero ancora presenti in lui tendenze antisociali.

Docente: E ciò è logico: una volta che è stata eseguita contro Fulano la pena, la cui espiatione è stata ritenuta (dal giudice che l'ha comminata) sufficiente a ristabilire l'efficacia intimidatoria della minaccia legislativa, si deve ritenere che Fulano, lasciato libero, rispetterà i valori contenuti nelle norme, anche se non li condivide, appunto per timore della sanzione; e tanto deve bastare: trattenerlo in carcere – cioè continuare a sottoporlo a una coazione - al fine di rieducarlo contrasterebbe, per quanto prima detto, col “principio di materialità”.

Discente: Tutto ciò è giustissimo. Però chi ha comminato la pena può avere calcolato male, e questa può risultare insufficiente a elevare il livello di quella minaccia (che aveva prima fallito nella sua funzione intimidatrice), con la conseguenza che Fulano, lasciato libero, ritornerà a delinquere.

Docente: Questo è un rischio che si deve correre: il detenuto a un certo momento va, diciamo così, messo alla prova della libertà: se tornerà a delinquere si aumenterà la dose.

Discente: Può anche succedere, che il giudice, che ha comminata la pena, si sia sbagliato in eccesso: ha dato quattro anni, mentre, dopo già due anni di espiatione, il reo dà segni sicuri di “ravvedimento”: non sarebbe contro il principio di materialità trattenerlo in carcere una persona che, lasciata libera, così si può pronosticare, non attenterebbe a nessuno dei beni nelle norme tutelati?

Docente: Certamente lo sarebbe; e il nostro Legislatore ne è consapevole, tanto è vero che con vari istituti (*in primis*, con quello della liberazione condizionale) prevede la liberazione di chi ha dimostrato di non essere più pericoloso socialmente, anche se non ha espiata interamente la pena comminatagli. Di ciò ci riserviamo di dire più diffusamente a tempo debito.

Discente: Parliamo dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Docente: La nostra Costituzione considera, com'è noto, quello della libertà, come uno dei più importanti beni della persona umana: l'articolo 13, nel suo primo comma, enfatizza: “La libertà personale è inviolabile”. La sanzione penale, invece, implica, almeno in potenza, il sacrificio di tale bene.

Discente: Quindi – lascia che completi il tuo pensiero - siccome la logica vuole che un bene superiore non venga sacrificato per salvare un bene inferiore, la sanzione penale, in quanto implicante il sacrificio della libertà in chi ne é colpito, non dovrebbe prevedersi a tutela di beni che, come la proprietà, l'economia, la fede pubblica, a quello della libertà sono inferiori.

Docente: No, non é propriamente così. Certo, così sembrerebbe volere la logica; tuttavia, vi é da considerare che, da una parte, vi sono beni, la cui mancata tutela determinerebbe il crollo di tutta la impalcatura sociale - e quindi anche il crollo di ogni tutela al bene della libertà !- ancorché di questo bene siano senza dubbio inferiori (e certe volte tanto inferiori da non essere neanche menzionati nella nostra Carta fondamentale), e, dall'altra parte, l'unica tutela efficace di tali beni (inferiori) si rivela in molti casi proprio la sanzione penale.

Questa considerazione porta ad ammettere l'uso della sanzione penale a tutela anche di tali beni, però la innaturalità del fatto, che un bene inferiore venga tutelato col sacrificio di un bene superiore, porta ad ammettere ciò solo in via sussidiaria, solo quando cioè ogni altro mezzo di tutela (diverso dalla sanzione penale) rivelerebbe la sua inefficacia. E con questo ti ho detto il contenuto del principio di sussidiarietà.

Il “principio di proporzionalità” ha un contenuto più generale di quello di sussidiarietà e precisamente vuole, come suggerisce la sua stessa denominazione, che vi sia una giusta proporzione tra il quantum di danno che ha arrecato il reato e il quantum di sofferenza che l'applicazione della pena al reo arreca.

Discente: I principi di sussidiarietà e proporzionalità pongono il problema di se e fino a che punto il legislatore può tutelare penalmente un bene; però esiste anche il problema contrario: il problema, cioè, se il legislatore possa esimersi dal tutelare penalmente un bene, e in particolare un bene costituzionalmente protetto.

Docente: Se tu mi domandi se può esistere un obbligo politico del legislatore ad attivarsi per la tutela di un bene, io ti rispondo che, sì, ci può essere, ma che.....non riguarda noi giuristi; se invece tu mi domandi, se noi giuristi possiamo provocare un intervento della Corte Costituzionale, che supplisca all'inerzia del legislatore, io ti rispondo (negativamente) con le stesse parole usate dalla Corte in una Sua sentenza,

(la Sent.27 ottobre 1998 n. 447):

“Discende da ciò – ecco le parole della Corte - secondo quanto costantemente affermato nella giurisprudenza di questa Corte (cfr., tra le molte, sentenze n. 226 del 1983, n. 49 del 1985, n. 411 del 1995; ordinanze n. 228 del 1996, n. 355 del 1997) che l'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente

determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di “addizione” alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte”.

Discente: Parliamo ora del “principio di personalità della responsabilità”.

Docente: Tale principio si deduce dal primo comma dell'articolo 27 della Costituzione, che recita. “La responsabilità penale é personale”.

Il legislatore costituzionale non é certo indotto, a escludere una responsabilità penale per fatto altrui, dalla considerazione dell'inefficacia intimidatrice di una sanzione, che colpisca persona diversa da quella che si vuole vincolare ad un dato comportamento – al contrario egli ben sa, che una persona può risentire, della minaccia di un male fatto a un terzo, più della minaccia di un male fatta a lui stesso (quante volte persone, che ostinatamente si erano rifiutate di fare una qualche cosa, nonostante le gravi minacce ad esse rivolte, hanno ceduto e hanno accondisceso a fare quel che da loro si voleva, di fronte alla minaccia di un male rivolto verso una persona a cui da affetto erano legate, la moglie, i figli, l'amante...). Se il legislatore costituzionale quindi accetta il *vulnus* alla difesa sociale, insito nel rifiuto di una responsabilità penale per fatto altrui, é solo perché ritiene inammissibile (per rispettabilissime ragioni morali) che una persona subisca le conseguenze penali di un comportamento che non dipendeva dalla sua volontà porre in essere.

Stando così le cose, si comprende come sia stato facile e quasi naturale dedurre dal principio di “personalità” un “principio di colpevolezza”- un principio cioè che venga ad escludere che una persona possa essere chiamata a rispondere per un comportamento proprio, sì, ma che non dipendeva dalla sua volontà; o anche (ma qui vien fatta forse una forzatura nell'estensione analogica del principio di personalità) dipendeva, sì, dalla sua volontà, ma che essa ha posto in essere senza colpa o dolo (non é forse equiparabile la situazione di chi non fa perché ha il corpo legato in stretti lacci e di chi non fa perché ignora quelle circostanze che, se conosciute, farebbero scattare i suoi muscoli nell'azione?).

Discente: Il principio di personalità non dovrebbe portare ad escludere una responsabilità penale delle persone giuridiche e delle società?

Docente: La responsabilità penale delle persone giuridiche e delle società, non occorre che sia esclusa da un principio di diritto, é esclusa dalla natura stessa della sanzione penale: la perdita della libertà può essere sofferta solo da una persona fisica e non da un'astrazione concettuale come la persona giuridica o la società:

sempre valido rimane quindi il principio che *societas delinquere non potest*. Con tutto ciò può anche essere che il legislatore nello sforzo di esprimere sinteticamente il suo pensiero chiami a rispondere della sanzione (pecuniaria) una persona giuridica e una società, ma è chiaro che anche in tal caso la pena ricadrà, sia pure indirettamente, sui componenti la persona giuridica e la società (i soci, gli amministratori...) ed essi saranno i veri responsabili penali dell'azione sanzionata.

Lezione 3 - I principi di: irretroattività, di precisione, di tassatività, di legalità, di riserva di legge

Discente: Parliamo del principio di irretroattività delle norme incriminatrici.

Docente: Questo principio, pur essendo previsto da varie norme ordinarie, è di livello costituzionale in quanto previsto dall'art. 25 co.2 della Costituzione che recita: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Discente: E quali sono le norme non costituzionali che prevedono il principio di irretroattività in questione?

Docente: Sono:

L'art. 2 co. 1 Cod. Pen.: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato".

L'art. 7 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (del 4 novembre 1950): "Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può, del pari, essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso (...)".

Discente: Che giustificazioni ha il principio di irretroattività delle norme incriminatrici?

Docente: Essenzialmente tre. Te le espongo di seguito, cominciando da quella che mi sembra più valida e finendo con quella che mi sembra meno valida.

Prima giustificazione: si basa su un ragionamento molto simile a quello che conduce al principio di sussidiarietà: considerata la sua gravità, non è giusto applicare la sanzione penale, se non si è dato modo, a chi può esserne colpito, di evitarla, mettendolo, per così dire, sull'avviso, che, se commetterà una data azione, sarà colpito da una data sanzione.

Seconda giustificazione: si basa sul “principio di lesività” (di cui parleremo *postea*): la applicazione retroattiva di una norma incriminatrice non é ammissibile perché essa – che logicamente non può avere uno scopo preventivo (*ne peccetur*) - viene inevitabilmente ad averne solo uno retributivo (*quia peccatum est*).

Terza giustificazione: stabilire l'irretroattività é necessario per impedire che vengano emesse norme *ad personam* cioè per favorire o sfavorire determinate persone (io, che detengo il potere, so che Tizio, Caio, Sempronio hanno compiuta l'azione A e, in odio a loro, punisco l'azione A). Nella prossima lezione, commentando l'articolo 2 del Codice, avremo modo di tornare sull'argomento della irretroattività (però con riguardo, non solo alle norme incriminatrici, ma alle norme penali in genere). Qui possiamo limitarci a chiarire che quando si parla di irretroattività delle norme incriminatrici si intende anche riferirsi alle norme civili e amministrativi che le integrano; é ovvio, ad esempio, che se la norma A punisce, chi usa negli alimenti le sostanze indicate nell'elenco contenuto nella norma regolamentare B, e questa, metti il 15 gennaio, cambia, aggiungendo nell'elenco altre sostanze, questo mutamento (della norma regolamentare) non rileva, é *tamquam non esset* per chi ha usato le sostanze aggiunte prima del 15 gennaio.

Discente: Parliamo allora del c.d. “principio di precisione”.

Docente: Questo principio vorrebbe che il precetto penale venisse espresso in maniera tanto chiara da essere compreso da ogni suo potenziale destinatario.

Discente: La cosa mi sembra piuttosto logica: é chiaro che verrebbe in pieno frustrata la volontà del legislatore costituzionale (espressa statuendo l'irretroattività delle norme incriminatrici) - volontà che, i potenziali destinatari della sanzione connessa alla violazione del precetto, di questo abbiano informazione (preventiva), se questa informazione fosse, sì, data, ma in termini così criptici cheé come se non fosse data.

Docente: Effettivamente il “principio di precisione” (meglio sarebbe chiamarlo “di chiarezza nella formulazione del precetto”) é un postulato logico del principio di irretroattività; ma, ahimè, é un postulato che si scontra con due dati di fatto, uno che lo svalorza, l'altro che lo rende praticamente inapplicabile: il dato che lo svalorza e ne rende meno pressante la osservanza, é la notorietà del fatto che la pubblicità dei precetti penali si attua, non attraverso le parole della legge, ma tramite le parole delle sentenze, che sanzionano l'inosservanza dei precetti stessi (e ciò...in barba al principio di irretroattività !); il dato, poi, che lo rende praticamente inapplicabile, é la difficoltà, in cui si trova il Legislatore, di esprimere, nelle poche righe in cui va racchiuso un articolo di legge, concetti complessi, difficoltà superabile solo usando

termini tecnici (come, ad esempio, “lottizzazione”) od “elementi normativi” (cioé concetti, come “pubblico ufficiale”, “prossimo congiunto”, che trovano spiegazione in una norma diversa da quella che pone il precetto – negli esempi, rispettivamente, nell'articolo 357 e nell'art. 307) - cosa che naturalmente rende accessibile il contenuto del precetto solo al tecnico del diritto e non a *quisque de populo*.

Quindi in definitiva il principio di “precisione” ha ben poca importanza; ne ha invece e di molto maggiore il principio di “determinatezza” di cui in seguito parleremo.

Discente: Ma ora dobbiamo parlare del “principio di tassatività”.

Docente: Il principio di “tassatività” fa divieto di interpretare analogicamente le norme penali.

Esso trova espressione (non nella Costituzione o nel Codice penale, ma) nell'articolo art.14 delle Preleggi, che recita: “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”.

Esso si presenta come un corollario di due altri principi, il “principio di irretroattività”, di cui abbiamo sopra parlato, e il “principio di legalità”, di cui verremo presto a parlare.

Discente: Per quali ragioni il divieto di analogia costituisce un corollario del principio di irretroattività?

Docente: Per le stesse ragioni per cui ne è, come abbiamo visto, un corollario, il “principio di precisione”: l'informazione (preventiva) ai potenziali destinatari del precetto, per essere sicuri che venga recepita da *quibus de populo*, deve essere chiaramente espressa, e tale non può considerarsi quella che, non risulta dalle parole usate (per esprimerla), ma può venire colta solo con un ragionamento per analogia – cioè con un ragionamento fuori dalla portata dell'uomo qualunque, perché impone, prima, di individuare la *ratio* della norma e, poi, di verificare se tale *ratio* sussista anche per il caso, dalla lettera della norma, non contemplato (per applicare, in tal caso, il brocardo “*ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*”).

Discente: Il divieto di analogia ha vigore anche per norme, sì, penali, ma *in bonam partem*?

Docente: Questo é un problema che affronteremo quando torneremo a parlare del divieto di analogia, nel suo aspetto di corollario del principio di determinatezza.

Qui dobbiamo invece notare come, il divieto di interpretazione analogica, non si estenda alla interpretazione estensiva. Anche in questa, come in quella, si applica, la disposizione contenuta nella norma, a un caso, dalla lettera della norma, non

contemplato (partendo dalla considerazione che il legislatore *minus scripsit quam voluit*), ma tramite un passaggio logico talmente semplice da poter essere fatto anche dal *iuris imperitus*: prendi, ad esempio, l'articolo 575, che, configurando il reato di omicidio, recita "Chiunque cagiona la morte di un uomo é punito": quasiasi uomo di media intelligenza comprende che tale norma si applica anche a "chiunque cagiona la morte di una donna".

Discente: Insomma l'interpretazione estensiva si differenzia da quella analogica, non per la qualità, ma per il suo diverso grado di complessità: dico bene?

Docente: Sì, la interpretazione estensiva non é altro un *escamotage* per attenuare la severità del principio di tassatività.

Discente: Parliamo ora del principio di legalità.

Docente: Il principio di legalità trova espressione, sia nell'articolo 25 della Costituzione sia negli articoli 1 e 199 del Codice Penale.

Articolo 25 nel suo secondo e terzo comma: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso – Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".

Art. 1 C.P.: "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite"

Art. 199 C..P.: "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti".

Discente: Quindi il principio di legalità si ridurrebbe a questo: che una persona non può essere punita se non in forza di una legge: garanzia, questa, certamente importante per i baroni inglesi, oppressi nel tredicesimo secolo dalle prepotenze di Giovanni Senza Terra, ma per noi moderni decisamente ovvia e banale: troppo poca cosa per giustificare l'importanza data a tale principio sia dal Codice Penale che dalla Costituzione.

Docente: Non devi dare giudizi affrettati. Il "principio di legalità" é un (vetusto) principio, che ha avuto in sorte di generare per scissione, in seguito al continuo approfondimento della Dottrina, tutta una serie di altri principi - il "principio di determinatezza", il "principio di riserva di legge", il principio di tassatività", il "principio di irretroattività", il "principio di eguaglianza" - che lo hanno in un certo senso impoverito. Ciò non deve però condurti a ridurre l'importanza delle disposizioni sopra riportate; dato che da esse gli Studiosi ricavano (con procedimenti esegetici più o meno forzati), non solo il "principio di lesività", ma anche il "principio di

determinatezza” e il “principio di riserva di legge”.

Detto questo ritorniamo al principio di lesività: che contenuto possiamo riconoscergli, dopo che sono venuti ad affiancarlo i numerosi principi, di cui sopra ho detto? Quello e solo quello di escludere che sia rimesso al mero arbitrio di un organo del potere governativo “(artt. 92 segg. Cost.) o della Magistratura (artt. 101 e segg. Cost.) lo stabilire se un comportamento debba essere, o no, sanzionato penalmente.

Peraltro tale modesto contenuto, che rischia di sminuire il principio in discorso a una sorta di reperto di archeologia giuridica, viene indirettamente valorizzato dal “principio di determinatezza”, che da esso fa discendere conseguenze decisamente interessanti anche per noi moderni.

Discente: Parliamo allora di questo principio di “determinatezza”.

Docente: Come già detto esso é un corollario di quello di legalità e vuole che, la formulazione della norma penale, avvenga il più possibile in modo da escludere che l'individuazione del fatto-reato e della pena sia rimessa al potere discrezionale del giudice.

Discente: Quindi si parte dal presupposto che una certa discrezionalità del giudice nell'applicazione della norma penale sia ineliminabile.

Docente: E' così: non solo, ma a meno di voler rinunciare alla tutela di certi valori, é necessario rassegnarsi a norme, che lasciano anche una notevolissima discrezionalità al giudice: pensa all'articolo 529, che definisce “osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore”: forse che l'applicazione di tale articolo non lascia al giudice una amplissima discrezionalità? Eppure se tu, legislatore, vuoi tutelare il pubblico pudore, devi accettare ciò. Quel che il principio di determinatezza, in definitiva, può richiedere al legislatore ordinario, é solo un continuo sforzo per formulare le norme in modo da restringere al massimo il potere del giudice – e come esempio di un ottimo risultato in tale direzione, si possono portare le norme sul reato di usura e sul reato di “guida in stato di ebbrezza”, che ancorano la valutazione dell'usura e dell'ebbrezza a precisi parametri (c'è ebbrezza quando la presenza di alcool nel sangue supera tot, c'è usura quando gli interessi richiesti superano tot).

Se lasciare al giudice un margine di discrezionalità, é inevitabile nell'individuazione del fatto-reato, ancor più inevitabile é nell'individuazione della quantità della pena da comminare per il reato.

Discente: A dir il vero mi pare che si potrebbe invece evitare ogni discrezionalità stabilendo la pena, non tra un minimo e un massimo, ma in misura fissa.

Docente: Cadresti allora però dalla padella alla brace, perché, in spregio al principio di uguaglianza, finiresti per punire con la stessa pena fatti di gravità diversa. No, una discrezionalità del giudice nella determinazione della pena, non solo é inevitabile, ma é addirittura benefica. Certo, se la forbice tra il massimo e il minimo é “irragionevolmente” ampia, la norma – giusta l'insegnamento della Corte Costituzionale (cfr. Sent. 299/19992) - deve considerarsi incostituzionale (per violazione del principio di determinatezza).

Discente: L'interpretazione analogica é compatibile col principio di indeterminatezza?

Docente: Certamente, no: sia l'analogia in base a una norma (*analogia legis*) sia, e ancor più, l'analogia in base ai principi (*analogia juris*) sono incompatibili con tale principio.

Discente: Quindi l'interpretazione analogica delle norme incriminatrici é vietata; e questo é un risultato a cui eravamo giunti anche ragionando sul “principio di “precisione”. Ma é vietata anche l'interpretazione analogica delle norme penali *in bonam partem*, ad esempio, di una norma, che prevede una causa di giustificazione, di non-imputabilità, di estinzione del reato?

Docente: Le opinioni sul punto sono contrastanti. Alcuni Autori (Pannain, Ramacci...) escludono l'ammissibilità dell'interpretazione analogica anche per le norme *in bonam partem*, o richiamandosi al principio di legalità o al divieto (sancito dall'art. 14 delle Preleggi) di interpretazione delle norme eccezionali. Altri Autori (Antolisei, Fiandaca, Musco, Bettiol...) l'ammettono, ma per la maggior parte limitatamente alle norme *in bonam partem*, che (come quelle che prevedono cause di giustificazione o di non-imputabilità) sono espressione di principi di diritto.

Discente: E tu come la pensi?

Docente: Io penso che, mentre il principio di “precisione” non osta all'interpretazione analogica delle norme penali *in bonam partem* (infatti, tale principio si propone solo di impedire, che una persona venga punita per aver violato un precetto, che non le era stato dato modo di conoscere); a tale applicazione, invece, sia di ostacolo (a prescindere dal divieto di analogia per le leggi eccezionali) il principio di determinatezza: questo infatti si propone di impedire, che una persona sia punita o assolta a discrezione del giudice; ora, il pericolo che ciò si verifichi, si ha, sia che si ammetta la interpretazione analogica di una norma incriminatrice sia che si ammetta

l'interpretazione analogica di una norma *in bonam partem* (perché, metti, esprime una causa di giustificazione). Infatti, alla conclusione che una situazione sia analoga ad un'altra, si arriva in base a ragionamenti che hanno, quando più quando meno, una certa opinabilità o, in altre parole, discrezionalità. E questo sia che l'interpretazione riguardi una norma incriminatrice o una norma *in bonam partem*. Quindi, dal punto di vista del principio dell'indeterminatezza, non rileva se l'interpretazione analogica abbia ad oggetto una norma incriminatrice o no: in entrambi i casi si avrebbe infatti un aumento della discrezionalità del giudice.

Discente: Parliamo ora del “principio di riserva di legge”.

Docente: Dal secondo comma dell'articolo 25, si ricava, l'abbiamo visto, che una persona non può essere punita se non in base ad una norma proveniente dall'organo legislativo.

Discente: A dir il vero tale disposizione si limita a dire che “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge” - non dice l'autorità da cui deve provenire la legge.

Docente: Sì, ma tale norma essendo inserita in un testo, la nostra Costituzione, che si sofferma a indicare con estrema precisione gli organi a cui compete la formazione delle leggi, cioè la “funzione legislativa”, non può essere interpretata che nel senso che “uno non può essere punito se non in forza di una legge emanata da un organo a cui la Costituzione attribuisce una funzione legislativa”. Del resto tale soluzione è dettata, non solo da un'interpretazione sistematica, ma anche dalla logica: è infatti logico che il Legislatore costituzionale riconosca il potere di comprimere e sacrificare un bene, come quello della libertà, da Lui ritenuto tanto importante da definirlo “inviolabile”, solo a quell'organo, che, per le persone che lo compongono (persone elette dai cittadini, quindi presumibilmente le migliori menti della popolazione) e per le procedure che adotta nell'elaborazione delle norme (procedure lascianti ampio spazio alla dialettica tra i fautori di diverse tesi), dà le migliori garanzie di giungere a sacrificare tale sommo bene solo nei casi in cui ciò è reso necessario dalla tutela degli interessi essenziali della Comunità.

Discente: E va bene; però la funzione legislativa la Costituzione l'attribuisce sia al Parlamento (art. 70) sia anche alle Regioni (art. 117 co.1): tu ritieni che anche le Regioni possano emanare norme penali?

Docente: No, lo escludo. E lo escludo – non già perché ritengo, come pur da alcuno autorevolmente si sostiene, che l'attribuire il potere di emanare norme penali alle

Regioni violerebbe il principio di uguaglianza (potendo, per uno stesso fatto, il lombardo essere punito, e il ligure e il veneto, no) e, invero, chi mai vede leso tale principio di uguaglianza dalla norma che punisce un italiano per un fatto che il francese può impunemente compiere? - ma, per riprendere il discorso, escludo nelle regioni il potere di legiferare in materia penale, perché mi pare logico che norme, tanto gravide di conseguenze per la libertà delle persone, portino la firma, se mi è permesso il termine, dell'organo che, per le persone che lo compongono (persone scelte non in una sola regione ma in tutta la nazione, quindi le migliori, non della Regione veneta, lombarda, ligure, ma le migliori di tutta la Nazione Italiana), dà le migliori garanzie di emanare giuste e sagge norme: il Parlamento.

E con ciò esprimo non tanto la mia opinione quanto quella della generalità degli Studiosi.

Discente: Ma il Parlamento può delegare a un organo del potere esecutivo l'esercizio delle sue funzioni: ciò accade nel caso dei Decreti Legislativi (come previsto dalla Costituzione nell'articolo 76) e ciò, in buona sostanza, accade anche (lo dico, pur se so che qualche Professore a sentirmi inorridirà) nel caso delle così dette "norme in bianco" - ora tu ritieni ammissibile che il Parlamento deleghi al Governo e all'Autorità amministrativa anche la formazione di norme penali?

Docente: Sì, purché il potere (normativo) delegato non implichi una scelta politica, cioè una scelta relativa a questioni (metti, "E' giusto punire A e B o solo B?" "E' giusto punire A con centomila o solo con novantamila euro?") per cui forze politiche diverse hanno proposto o potrebbero proporre soluzioni diverse: ad esempio, non c'è da dubitare che il Parlamento possa rimettere a quel certo Ministero la soluzione della questione, se aggiungere alle indicazioni, che il commerciante deve apporre sulla confezione degli alimenti che vende, oltre alla data di scadenza, quella di confezionamento: e infatti questa è una questione tecnica alla cui soluzione le forze politiche sono disinteressate; mentre è, invece, ben da dubitare che il Parlamento possa rimettere a quel certo Ministero la decisione del *quantum* di pena con cui va sanzionata la violazione del precetto di indicare, oltre alla data di scadenza, quella di confezionamento: infatti a interloquire sulla severità della pena tutte le forze politiche sono interessate.

Discente: Ma chi stabilirà se vi sono forze politiche interessate alla soluzione in un modo, anziché in un altro, di una data questione?

Docente: L'organo che per la sua composizione - per il cordone ombelicale che l'unisce al mondo politico - è più in grado di rilevare l'importanza, che ha in questo mondo, una questione: la Corte Costituzionale.

Discente: Ma ogni norma penale non può non imporre la soluzione di “questioni politiche”.

Docente: Vuol dire che il Parlamento risolverà le questioni politiche e rimetterà al Governo le questioni, alla cui soluzione in un modo anziché nell'altro, nessuna forza politica è interessata. Ciò è espressamente previsto dalla Costituzione per quel che riguarda i Decreti legislativi: “i principi e criteri direttivi” che per l'articolo 76 debbono accompagnare la delega al Governo, rappresentano appunto la soluzione delle questioni politiche che la materia delegata presenta.

Discente: E per quel che riguarda le “norme in bianco”?

Docente: Nella norma in bianco il Parlamento di solito non dà e non deve dare “principi e criteri direttivi”, però deve formulare la sua volontà in modo che lo spazio residuo (e che dovrà essere riempito dall'autorità amministrativa) chiaramente riguardi solo questione tecniche; esempio tipico di norma in bianco è il seguente: “Chiunque non indicherà sulle confezioni gli ingredienti che il Ministero dell'industria stabilirà con suo decreto sarà punito eccetera eccetera”.

Discente: Quali sono le opinioni della Dottrina e della Giurisprudenza sul punto, cioè sulla possibilità del Parlamento di delegare norme penali?

Docente: Per quel che riguarda la delega al Governo tramite un Decreto legislativo, l'orientamento di gran lunga prevalente è per la sua ammissibilità (purché naturalmente siano rispettati i limiti posti dall'articolo 76).

Vi è invece contrasto sulla possibilità che fonti normative secondarie (come i regolamenti) possano concorrere alla formazione delle norme penali. Alcuni la ammettono (teorici della “riserva relativa di legge”), altri la negano assolutamente (teorici della “riserva assoluta di legge”), altri ancora ammettono un concorso delle fonti normative secondarie, ma solo per specificare, in base a considerazioni puramente tecniche, la figura di reato già delineata dal Parlamento (teorici “della riserva assoluta temperata”).

La Corte Costituzionale aderisce al terzo orientamento (Sent. 10.06.1982 n. 108; 9.6.1986 n. 132); e più precisamente: - mentre, per quel che riguarda la sanzione, esclude che essa possa essere stabilita da altri che il Parlamento – per quel che riguarda il precetto, ammette che esso possa essere integrato da atti del potere esecutivo, a patto che sia il Parlamento a fissare i limiti e i criteri di tale opera integratrice.

Discente: La Costituzione prevede oltre casi in cui la funzione legislativa é delegata al Governo, casi in cui questo, di propria iniziativa, può adottare “provvedimenti provvisori con forza di legge”: i decreti-legge (art. 77 c.2). Questi decreti possono contenere norme penali?

Docente: La cosa é controversa. A me sembra che il problema vero, non sia se i decreti-legge possano, o no, contenere norme penali: certamente li possono contenere. Il problema vero é se tali norme siano applicabili prima della loro conversione in legge. Problema che, se risolto nel senso positivo, potrebbe portare a situazioni gravissime, in caso di mancata conversione del decreto: Fulano viene, in base al reato previsto dal decreto, processato e privato della libertà, poi, il decreto non viene convertito: certo una legge può prevedere degli indennizzi per tali casi, ma non ci sono soldi che possano ripagare la perdita della libertà. Tenuto conto di ciò io escluderei, che, eventuali norme penali contenute in un decreto, possano essere applicate prima della loro “conversione”, perché, la deroga al principio di legalità che ciò verrebbe a rappresentare, é talmente drastica, che, per essere ammessa, occorrerebbe una chiara volontà espressa in tal senso dal Legislatore (costituzionale).

Discente: Che dire delle norme comunitarie, possono esse incidere sul diritto penale nazionale?

Docente: Certamente, sì. Infatti con i vari Trattati di adesione alla Comunità Europea lo Stato italiano ha rinunciato al monopolio delle fonti legislative. Pertanto ora, alle fonti normative previste dagli artt. 70 e segg. della Costituzione, si affiancano le fonti legislative comunitarie: i trattati, i regolamenti, le direttive - e questo in perfetta osservanza della Costituzione stessa, che, nel suo articolo 11, autorizza il Legislatore ordinario a “consentire....alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”.

Alcune delle norme comunitarie si limitano a imporre allo Stato italiano l'obbligo di provvedere alla tutela penale di interessi rientranti nella competenza comunitaria - (e in tal caso non hanno nessuna influenza diretta sul cittadino italiano).

Invece altre (tutte le norme contenute nei regolamenti, alcune delle norme contenute nei trattati e delle direttive, in specie le c.d. “direttive analitiche”) sono *self executing* (cioé immediatamente applicabili dai giudici dello Stato). In tal caso ben può essere – ed é già accaduto – che si rivelino incompatibili con l'applicazione di una norma incriminatrice.

Discente: Fai un esempio.

Docente: Eccolo: esisteva una norma che puniva chi nelle zone urbane vendeva direttamente il latte, invece di consegnarlo a istituzioni (le Centrali del latte) che avevano il monopolio della sua vendita; ora un regolamento comunitario soppresse tale monopolio: la Corte di Cassazione ne trasse la conseguenza che non si potesse più configurare come reato la omessa consegna del latte alle Centrali.

Discente: Dunque le norme comunitarie prevalgono su quelle nazionali.

Docente: Sì; e questo per il principio del “primato del diritto comunitario sul diritto interno, sia anteriore o posteriore ad esso” - principio affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee con una Sentenza risalente al 1978.

Peraltro, a prescindere dalla sua diretta applicazione, il Diritto comunitario influisce su quello nazionale per l'obbligo, che ne deriva per il giudice, di interpretare le norme nazionali in senso conforme alla lettera e alla ratio di tale Diritto; cioè il giudice tra più possibili significati della norma nazionale deve scegliere quello conforme o più conforme alla norma comunitaria.

Discente: Ma il diritto comunitario può sanzionare penalmente la condotta del cittadino – voglio dire sanzionarla con norme *self-executing*, subito vincolanti per i giudici italiani?

Docente: Questo, no assolutamente: non lo consente l'articolo 25 la cui riserva di legge opera chiaramente solo a favore del legislatore nazionale, e neppure lo consente l'articolo 11. Infatti vi è una gerarchia tra le norme della nostra Costituzione e, se si può riconoscere che l'articolo 11 possa prevalere sulle norme, che concedono al Parlamento l'esclusività di certi poteri legislativi, non si può ammettere che esso prevalga su norme, come l'articolo 13, che tutelano beni di valore primario, come la libertà. E se l'art.11 non può prevalere sull'articolo 13, per il valore che esso esprime, neanche può prevalere sull'articolo 25 che è funzionale alla tutela di tale valore.

E con ciò ti esprimo non solo la mia opinione ma l'opinione condivisa dalla generalità degli Studiosi.

Lezione 4 - La successione delle leggi penali nel tempo

Docente: Il fenomeno della successione delle leggi penali viene disciplinato dal nostro Codice nell'art.2, che recita:

“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non

costituisce reato; e se vi é stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Se vi é stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti”.

Discente: Cominciamo a parlare del primo comma dell'articolo che hai letto.

La punizione di una persona dipende, non solo dalla norma che configura come reato il fatto da lei commesso (norma incriminatrice), ma anche da altre norme; ad esempio, dalle norme che stabiliscono il tempo utile per la prescrizione del reato, da quelle che stabiliscono la sua procedibilità d'ufficio o a querela, da quelle che prevedono una causa di giustificazione, e l'elencazione potrebbe continuare. Ed ecco la domanda: anche tali norme debbono considerarsi irretroattive? Faccio qualche esempio, per spiegarmi meglio. Primo esempio: Fulano commette il reato A, ma siccome tale reato é procedibile a querela e questa non é stata presentata, scampa la pena: se in un domani una norma stabilisse la procedibilità d'ufficio del reato A, questa norma gli si potrebbe applicare retroattivamente (con conseguente sua condanna)? Secondo esempio: Fulano commette il reato B, per la cui prescrizione le norme allora vigenti prevedono il tempo di cinque anni; questi cinque anni passano senza che nessuno muova un dito per processare Fulano e questi....tira un sospiro di sollievo: pena scampata: se dopo che sono trascorsi i cinque anni interviene una legge che raddoppia il tempo della prescrizione, questa norma può essere applicata retroattivamente? Terzo esempio: Fulano commette il fatto C e nessuno vi ravvede un reato, perché la norma C illo tempore vigente prevede una causa di (sua) giustificazione: se in un domani interviene la norma D che abroga quella C, essa (idest, la norma abrogatrice D) può essere applicata retroattivamente?

Docente: Io risponderei senz'altro positivamente a tutte queste tue domande. Discutibile, lo riconosco, potrebbe essere, se la irretroattività nei casi da te fatti possa basarsi sull'articolo 25 della Costituzione o debba trovare il suo fondamento solo nella legge ordinaria, nell'articolo 2. Io riterrei ch'essa possa basarsi sia sull'articolo 25 sia sull'articolo 2 (e il punto interrogativo – a cui peraltro non cercherò di dare qui

risposta, per non complicare troppo il discorso - io lo porrei solo sull'applicabilità del primo o del quarto comma dell'articolo 2). Con tutto ciò io mi rendo conto che, non in tutti i casi da te portati come esempio, la irretroattività potrebbe giustificarsi con tutte e tre le "ragioni" che abbiamo visto giustificare la irretroattività delle norme incriminatrici: queste ragioni potrebbero valere tutte e tre probabilmente solo nel caso del terzo esempio da te portato (fatto "giustificato" da una norma poi abrogata), ma nei casi di cui al primo e secondo esempio, certamente le prime due non potrebbero valere (Fulano se era un buon cittadino, rispettoso della legge, avrebbe dovuto astenersi dal commettere il fatto solo in considerazione della norma che tale fatto incriminava, a prescindere che il reato fosse procedibile a querela o d'ufficio, a prescindere che si precivesse in cinque o dieci anni!).

Discente: Quindi solo la terza delle ragioni che giustificano l'irretroattività delle norme incriminatrici (la ragione di impedire a chi detiene il potere di fare norme ad personam) potrebbe aver valore nei casi del primo e secondo esempio.

Docente: Sì, ma accorrerebbe a rinforzare, per così dire, questa ragione - che di per sé, già lo vedemmo, è piuttosto debole - e quindi a giustificare con più forza la irretroattività (della norma penale non incriminatrice: negli esempi, la norma che prolunga i tempi della prescrizione o che rende il reato procedibile d'ufficio) l'esigenza di tutelare l'affidamento del cittadino a non essere perseguito dalla legge, una volta che si siano maturate certe condizioni (negli esempi, sia trascorso il tempo utile per proporre querela o evitare la prescrizione).

Discente: Ma dopo la commissione del fatto possono intervenire, non solo norme che lo rendono punibile (mentre prima non lo era), ma anche norme che rendono più grave il suo trattamento sanzionatorio, penso a una norma che preveda un'aggravante, penso ancora a una norma che escluda un "beneficio" come la sospensione condizionale della pena: domanda: anche queste norme sono irretroattive?

Docente: Sì, ma non in forza dell'art. 25 già citato (quindi la loro irretroattività non ha una garanzia costituzionale) e neanche per il primo comma dell'art.2, bensì, per il suo quarto comma.

Discente: Ma questo comma prevede l'applicazione della norma più favorevole tra quella vigente al tempo del commesso reato e quella posteriore.

Docente: E ciò significa, per rifarci a uno dei tuoi esempi, che se la prima non prevedeva l'aggravante e la seconda, sì, questa seconda non si applicherà (in quanto

meno favorevole), il che é come dire che sarà irretroattiva: mi sono spiegato?

Discente: Ti sei spiegato; passiamo al secondo comma: mi pare chiaro che esso stabilisce la non punibilità di Fulano che ha commesso il fatto A (metti ha procurato un aborto) che al momento era previsto come reato, ma che una legge posteriore, come reato, più non prevede: vero?

Docente: Verissimo; ma esso – e questo molto importante - non solo stabilisce la non punibilità di Fulano, ma pure che, se vi é stata sentenza irrevocabile di condanna, non si devono eseguire né la pena né, bada, neanche gli altri effetti penali della condanna; ciò che significa, che questa non potrà essere calcolata ad esempio per ritenere la “recidiva” (artt. 99 e segg.) o per escludere il beneficio della sospensione condizionale (att. 163 e segg.).

Discente: Ma la sentenza penale ha anche effetti civili; io penso a una eventuale condanna dell'imputato al risarcimento a favore della parte civile.

Docente: Quelli no, non verrebbero travolti dalla norma che esclude il reato; per le stesse ragioni per cui la norma che esclude l'obbligo risarcitorio, per un fatto in base a cui il giudice civile ha invece già emesso condanna al risarcimento, non porta all'annullamento di questa.

Discente: Ma per quale ragione il legislatore non punisce Fulano, che ha pur violato la legge, anche se il fatto da lui commesso non é più previsto come reato?

Docente: Perché il nostro legislatore punisce chi ha violato la legge, non perché ha disubbidito a questa, ma perché ha leso il bene da questa tutelato; se quindi egli si convince che questo bene in realtà non esiste oppure che non merita la tutela penale, non può che ricavarne le logiche conseguenze: escludere la punizione del fatto (prima punito nel presupposto che ledesse tale bene o preteso bene).

Discente: Ma Fulano, violando la legge, ha dimostrato di non subire l'efficacia intimidatrice della minaccia di una pena, é quindi una persona che ben potrebbe commettere altri reati.

Docente: Ma di ciò il legislatore sembra tenere conto: né l'articolo 25 nel suo terzo comma (nota com'è diversa la sua formulazione da quella del secondo comma!) né l'articolo 190 e segg. escludono che una misura di sicurezza possa essere applicata al tuo Fulano. E il capoverso dell'articolo 200 – mostrando di disattendere completamente il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo - dà buoni

argomenti per sostenere che una misura di sicurezza, al tuo Fulano, possa essere applicata (anche se egli non deve più rispondere del fatto A come reato). Del resto ci riserviamo di approfondire la questione parlando appunto delle misure di sicurezza.

Discente: Ma sempre l'abrogazione di una norma penale – o, per essere più precisi, di una norma dalla cui esistenza dipendeva la configurabilità di un fatto come reato - comporta l'esclusione della punibilità (di questo fatto)? Metti, Fulano ha falsamente denunciato il signor Innocenti di aver commesso un fatto A costituente (illo tempore) reato: si avviano delle indagini,, il sig. Innocenti ricorre ad un avvocato, forse addirittura si fa del carcere preventivo o espia in tutto o in parte la pena (comminatagli per il reato per cui é stato calunniato); poi, interviene una norma che esclude che il fatto A costiuisca reato (e con ciò stesso esclude che commetta il reato previsto dall'art. 368, il reato di calunnia, chi denuncia falsamente una persona del fatto A): grazie a tale norma, Fulano, nonostante le tribolazioni da lui causate al povero sig. Innocenti, andrebbe esente da ogni pena (in applicazione del capoverso dell'art. 2)?

Docente: Convegno con te che sarebbe assurdo; e che quindi bisogna concludere che non sempre l'abrogazione di una norma pur determinante al momento della commissione del fatto per ritenere la punibilità di questo, comporta la non punibilità del reo: bisogna vedere.

Discente: Che cosa?

Docente: Bisogna vedere, prima di tutto, se, nonostante l'abrogazione della norma, si é verificata la lesione del bene che (per il legislatore) giustificava la punizione del reo (per riferirci all'esempio da te fatto: l'esposizione al rischio di condanna o addirittura la condanna del sig. Innocenti, c'è stata?) e, in caso di risposta positiva, bisogna ancora vedere, se questa lesione continua a giustificare per il legislatore la punizione del fatto lesivo (nell'esempio da te fatto: il legislatore continua a ritenere meritevole di tutela l'interesse di una persona a non essere esposta al rischio di una condanna ingiusta?): se si risponde di sì, l'abrogazione della norma (nell'esempio, l'abrogazione della norma che prevede come reato il fatto A) non esclude la punibilità dell'agente (di Fulano) per il reato (nell'esempio, per il reato di calunnia).

Del resto proprio con considerazioni analoghe si giustifica la deroga che il legislatore fa al secondo comma in questione (e anche al quarto comma di cui parleremo) stabilendo (nel quinto comma) che “se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti”.

Discente: Cosa si intende per “leggi eccezionali e temporanee”?

Docente: Si intende quelle leggi che il legislatore emana in considerazioni di situazioni eccezionali (un terremoto, una guerra...) o per cui stabilisce già al momento della loro emanazione un termine di scadenza (evidentemente perchè anche tali leggi sono emanate per far fronte a una situazione limitata nel tempo, quindi eccezionale).

Discente: Fai un esempio.

Docente: Esempio di una legge eccezionale potrebbe essere questo: "Dato lo stato di guerra e il pericolo di bombardamenti nemici, tutte le finestre debbono essere oscurate in modo che da esse non trapeli luce alcuna: i contravventori saranno puniti con tot". E' chiaro che la cessazione dello stato di guerra e l'abrogazione di una tale legge, non escluderà per nulla che Fulano, che ha lasciato filtrare la luce dalle finestre (segnalando così agli aerei nemici la presenza di un centro urbano), ha posto a rischio l'incolumità pubblica (più precisamente, la incolumità degli abitanti del centro urbano) e non escluderà nemmeno che l'interesse alla tutela dell'incolumità pubblica continui ad essere ritenuto dal Legislatore degno di tutela.

Discente: Parliamo ora del quarto comma (dell'art. 2).

Docente: Questo comma si riferisce a casi in cui nessuna delle due norme, per così dire in contesa, esclude la punibilità del fatto (mentre se la norma "anteriore" o quella "posteriore" escludessero totalmente la punibilità del fatto si ricadrebbe o nell'applicazione del primo comma o del secondo). Quel che succede quando la norma "posteriore" è meno favorevole di quella anteriore lo abbiamo già visto (succede che la norma posteriore si considera irretroattiva e si applica quella anteriore).

Discente: E quindi ora ci resta di vedere quel che succede se la norma posteriore è più favorevole di quella anteriore: dunque, che succede?

Docente: Succede che si applica la norma posteriore; questo, quindi, in perfetta armonia col disposto del comma 2. Però il quarto comma, quando riguarda il caso che la norma posteriore sia "più favorevole", contiene un'eccezione non presente invece nel secondo comma: infatti mentre la norma posteriore che esclude il reato (quindi stiamo parlando del secondo comma) si applica nonostante sia già intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna (e ne travolge gli effetti penali); la norma più favorevole (ma che non esclude il reato) non si applica, se una sentenza irrevocabile è già intervenuta.

Docente: Quali le ragioni di tale severa disposizione?

Docente: Esse probabilmente vanno viste nella necessità di economizzare l'attività processuale (evitando il defatigante ripetersi di un processo che già ebbe a portare a una sentenza irrevocabile); e conforta tale conclusione il fatto che quando queste argioni vengono a mancare, in quanto la "correzione della sentenza può farsi senza rinnovare il processo, la norma posteriore più favorevole si applica.

Discente: Da che risulta questo?

Docente: Dal terzo comma che così recita: "Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135".

Discente: Tu però, parlando del caso in cui la norma posteriore é (non più, ma) meno favorevole della "anteriore", non hai previsto il caso che sia già intervenuta sentenza irrevocabile, nulla hai detto in proposito.

Docente: Non ho detto nulla in proposito per la semplicissima ragione che, in tal caso, nessun problema di "correzione" della sentenza sorge: in tal caso infatti la sentenza avrà applicata la norma "anteriore" più favorevole e.....avrà fatto benissimo. Non muovermi critiche che non merito!

Discente: Una cosa di certo però ti sei dimenticato di dire; e percisamente con che criteri va operata la valutazione di quando una norma é più favorevole di un'altra.

Docente: Te lo dico subito: con due criteri:

Primo criterio: la valutazione va fatta in concreto. Ciò significa che il giudice deve, prima, applicare idealmente al caso concreto la norma "anteriore", poi, sempre idealmente e sempre al caso concreto, deve applicare la norma "posteriore": fatto questo deve confrontare i risultati a cui é giunto nei due casi e, se il risultato più favorevole al reo l'ha ottenuto nel primo caso, applicherà la norma anteriore, se l'ha ottenuto nel secondo caso, applicherà la norma "posteriore". Faccio un esempio: metti che la norma posteriore abbia innalzato il massimo della pena e diminuito il suo minimo: nell'ipotesi, il giudice l'applicherà, se riterrà che nel caso concreto la pena vada applicata nel minimo, e non la applicherà, se riterrà che vada applicata nel massimo.

Discente: Ma la legge posteriore potrebbe contenere varie disposizioni; ad esempio,

disposizioni: sulla misura, sulla specie della pena principale, sulle pene accessorie, sui presupposti di concedibilità di un beneficio, sulle cause di estinzione (...); e, quel che più conta, alcune di tali disposizioni potrebbero essere interdipendenti tra di loro (nel senso che una disposizione potrebbe essere giustificata dall'esistenza di un'altra: penso al caso di una disposizione, che diminuisce la pena, e la diminuisce in considerazione del fatto, che altra disposizione ne ha cambiata la specie, da una meno afflittiva, come l'arresto, ad una più afflittiva, come la reclusione). In tal caso il giudice come deve regolarsi?

Docente: Adottando il criterio del c.d. “divieto della terza legge” - criterio che così può essere esplicitato: tu, giudice, non puoi individuare la legge più favorevole tenendo conto solo di una delle “disposizioni interdipendenti” senza tenere conto dell'altra; per rifarci all'esempio da te fatto: tu, giudice, non puoi, da una parte, applicare la disposizione (della legge posteriore) che diminuisce il minimo della pena e, dall'altra, disapplicare la disposizione che qualifica la pena come reclusione (applicando al suo posto la disposizione della legge anteriore che qualifica la pena come arresto): in tal caso, infatti, tu verresti a creare una terza legge, che non corrisponderebbe né alla volontà del legislatore della legge “posteriore” né alla volontà del legislatore della legge “anteriore”, ma solo alla...tua volontà.

Discente: Guardiamo al fenomeno della “successione delle leggi” da un altro punto di vista. Tu hai fatto finora l'ipotesi che siano intervenute solo due leggi, ma in realtà ne potrebbero essere intervenute tre (e anche più): fa questo caso: Fulano commette il fatto A; un primo legislatore, il legislatore del tempo in cui il fatto fu posto in essere, lo considera come reato; un secondo legislatore invece, dice “No, il fatto A non lede nessun bene, perché punirlo?” e non lo considera più come reato; un terzo legislatore, infine, ritiene che “No, era ben fatto come si faceva una volta, torniamo all'antico, puniamo il fatto A”. Ebbene, in tal caso, la volontà di quale dei tre legislatori va applicata?

Docente: Quella del terzo, dato che senza dubbio è nel potere del legislatore ordinario emanare una nuova norma, che ne abroghi una anteriore; a meno, ben s'intende, che ciò venga a ledere il diritto (costituzionalmente garantito) del cittadino di conoscere anticipatamente il rischio di sanzione, che corre compiendo il fatto considerato come reato dalla (nuova) norma. Il che però, nel caso da te prospettato, non si verifica: infatti si deve ritenere che Fulano sapesse, al momento in cui compiva il fatto A, che si esponeva al rischio di sanzione, perché, anche se ovviamente non poteva conoscere ancora la norma emanata dal terzo legislatore, non poteva non conoscere quella emanata dal primo legislatore (che una sanzione per la commissione del fatto A comminava). Diverso il caso che Fulano avesse commesso

il fatto durante la vigenza della norma emanata dal secondo legislatore: in tal caso effettivamente egli a buon diritto, agendo, avrebbe potuto pensare di non correre nessun rischio di sanzione.

Discente: Chiarito questo veniamo a parlare del sesto e ultimo comma dell'articolo 2.

Docente: Che però è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale (Sent. 19.02.1985, n. 51) nella parte in cui rende applicabili alle ipotesi da esso previste, le disposizioni contenute nel secondo e terzo comma. dell'art.2.

Discente: Quindi, se Fulano, putacaso, il 15 gennaio 2010 commette il fatto A, ritenuto dal legislatore del tempo reato; poi, interviene nel 2012 un decreto-legge, che esclude la punibilità del fatto A (“No, il fatto A non costituisce più reato”), ma che non viene convertito, Fulano continua a rispondere penalmente del fatto A. Mi pare giustissimo! Si tratta, infatti, di un caso del tutto analogo a quello da noi prima esaminato (il caso, di una prima norma che ritiene A punibile, di una seconda, che ne esclude la punibilità, e di una terza che, la punibilità di A, invece, ripristina): in buona sostanza, la Corte ritiene che vada rispettata la volontà del Parlamento (che, non convertendo il decreto, dimostra di volere mantenere la punibilità di A, dal decreto, invece, esclusa) per le stesse ragioni, mutatis mutandis, per cui noi abbiamo prima ritenuto, che vada rispettata la volontà del terzo legislatore (che abrogando la seconda norma, in buona sostanza ripristina la punibilità del fatto). Però noi avevamo anche concluso che, se Fulano commetteva il reato durante la vigenza della seconda norma, doveva andare esente da pena; e le ragioni, che ci avevano portato a tale conclusione, mi pare che dovrebbero essere valide anche per concludere per la non punibilità di chi commette il fatto-reato durante la vigenza del decreto, che ne esclude la punibilità

Docente: E in realtà è così: tali ragioni sono perfettamente valide anche per escludere la punibilità del fatto commesso durante la vigenza del decreto.- nonostante che sul punto la Corte Costituzionale non si sia espressa chiaramente.

Discente: Altro argomento, altro problema. E' chiaramente importante, ai fini di stabilire se una norma è posteriore al fatto A (e quindi se la sua applicazione al fatto A deve, o no, farsi rientrare nella ipotesi della retroattività di una norma) stabilire il momento in cui il reato va ritenuto commesso. Non mi pare questo, però, un problema di facile soluzione.

Docente: E infatti non lo è; tanto che, di tale problema, sono state proposte tre

diverse soluzioni dalle tre diverse teorie, che ora passo a sintetizzarti.

La teoria dell'evento: il reato va considerato commesso nel momento in cui si verifica l'evento (dalla cui esistenza dipende la punibilità dell'azione): il terrorista ha il 15 gennaio predisposta la bomba, che però scoppia il 17 gennaio: il reato si considera commesso il 17 gennaio.

Teoria dell'attività: il reato si considera commesso nel momento in cui è commessa l'azione; nel caso di reati frazionati (reati permanenti, reati abituali...) il reato si considera commesso nel momento che finisce l'ultima sua frazione (Fulano ha sequestrato Fulana il 15 gennaio e l'ha tenuta in sequestro fino al 17 gennaio? ebbene, il reato si considera commesso fino al 17 gennaio).

Teoria mista: si adotta l'uno o l'altra delle soluzioni, prospettate dalle due precedenti teorie, secondo i casi.

Discente: E tu che ne pensi?

Docente: Io penso che, in sede di interpretazione dell'articolo 2, si debba aderire alla teoria dell'attività (senza escludere, quindi, che la teoria dell'evento sia preferibile in sede di interpretazione di altro articolo).

Questa soluzione mi sembra preferibile perché, per stabilire se è giusto, oppure no, applicare la norma B al fatto A commesso da Fulano, deve farsi riferimento, lo abbiamo visto, alla possibilità, o meno, che Fulano, di tale norma, potesse subire l'efficacia intimidatrice, e ciò implica che si debba far riferimento al momento dell'azione (dato che solo al momento dell'azione, e non a quello dell'evento, Fulano poteva subire l'intimidazione della norma). Certo questa regola va applicata *cum grano salis*, e nei casi in cui si deve configurare una responsabilità dell'agente, non solo per l'azione positiva compiuta, ma anche per la omissione di quanto necessario per impedire a tale azione di produrre l'evento (caso del terrorista che venga punito, non solo per aver posizionato la bomba il 15 gennaio ma altresì per non averla rimossa prima che, il 17 gennaio, scoppiasse), il reato dovrà ritenersi commesso, alla scadenza del tempo utile per compiere l'azione (invece omessa).

Discente: Un'ultima domanda, che non riguarda propriamente la problematica della successione delle norme del tempo, ma un argomento affine: in quale momento si verificano gli effetti di una sentenza dichiarativa della incostituzionalità di una norma?

Docente: La risposta te la danno l'articolo 136 della Costituzione e l'articolo 30 della legge 11 marzo 1953 n. 87.

L'articolo 136 nel suo primo comma così recita: "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della

decisione”.

Per il citato art. 30, poi “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale é stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali”.

Discente: Quindi in buona sostanza, nel caso che la Sentenza dichiari l'illegittimità di una “norma incriminatrice”, la soluzione adottata, dagli artt. 136 e 30, é speculare a quella adottata dal secondo comma dell'articolo 2: la sentenza della Corte ha effetto, non solo retroattivo, ma iperretroattivo, dato che travolge eventuali sentenze precedenti di condanna. E la cosa mi sembra piuttosto logica.

Ma nel caso che la Sentenza della Corte dichiari l'illegittimità, non di una norma “incriminatrice”, non di una norma che disponeva sul *an puniendum*, ma sul *quantum* o sul *quomodo puniendum sit* (ad esempio, una norma che stabiliva una circostanza aggravante)? in tal caso la Sentenza avrà ancora effetto retroattivo, travolgerà ancora la eventuale sentenza di condanna che abbia tenuto conto della norma abrogata (ad esempio, aumentando la pena in applicazione della norma dichiarata illegittima)?

Docente: Io anche qui adotterei una soluzione in armonia con l'articolo 2, in particolare col suo quarto comma, e risponderei sì alla tua prima domanda e no alla seconda.

Discente: Questa potrebbe essere una soluzione valida nel caso che la norma dichiarata incostituzionale fosse una norma sfavorevole al reo; ma sarebbe ancora valida nel caso che la norma fosse, non sfavorevole, ma favorevole al reo (ad esempio prevedendo una causa di giustificazione)? anche in tal caso la sentenza della Corte avrebbe efficacia retroattiva, il che in pratica significherebbe che verrebbe punito o più gravemente punito un fatto commesso quando ancora la Sentenza della Corte non era pubblicata.?

Docente: Io adotterei questa soluzione: escluderei che la Sentenza della Corte agisca retroattivamente nel caso in cui ciò comporterebbe la punibilità di un fatto anteriormente non punito, dato che in tale caso la retroattività contrasterebbe con una norma di livello costituzionale, l'articolo 25 della Costituzione; ammetterei la retroattività negli altri casi, in cui la retroattività viene a contraddire solo norme ordinarie (anche se, debbo riconoscerlo, tale seconda soluzione é disarmonica con quanto dispone il quarto comma dell'articolo 2).

Lezione 5 - L'obbligatorietà della legge penale – Le.c.d. “immunità” – Locus comissi delicti

Docente: I limiti all'obbligatorietà della legge penale sono posti dall'articolo 3, che recita: “La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite del diritto pubblico interno o dal diritto internazionale”.

Discente: Sì, ma che significa dire che una data norma - ad esempio l'articolo 581, che punisce “chiunque percuote taluno con la reclusione fino a sei mesi”- obbliga tutti, cittadini o stranieri che siano?

Docente: Significa due cose: prima, che, il comportamento vietato dalla norma, si considera lesivo di un bene e di un bene meritevole di tutela, chiunque sia chi tiene tale comportamento e chiunque sia chi lo subisce; seconda, che tale comportamento va punito, qualunque sia chi l'ha tenuto, chiunque sia chi l'ha subito. Per rifarci all'esempio da te fatto, percuotere una persona va considerato una violazione dell'articolo 1, qualunque sia la nazionalità di chi percuote e di chi é percosso.

Discente: Questo vale anche se le percosse sono date da Mohamed, la cui mentalità ha radici in una cultura, che ritiene addirittura doverose le correzioni fisiche inflitte dal marito alla moglie e sono subite da Miriam che, alla stessa cultura appartenendo, poco stimerebbe il marito che non la percuotesse?

Docente: Tale é chiaramente la volontà del nostro Legislatore, come risulta dall'articolo 3 sopra riportato.

Discente: Ma il nostro Legislatore considererà il povero Mohamed meritevole di una pena più lieve, anzi molto più lieve di quella prevista dall'articolo 581.

Docente: Per nulla, infatti l'articolo 3 viene nel Codice integrato dalla disposizione del primo comma dell'articolo 6, che recita: Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato é punito secondo la legge italiana”. Ciò significa che pure il *quantum* di pena andrà misurato secondo i valori espressi dalla legge nazionale.

Discente: Fortunatamente nel nostro Codice c'é anche un articolo 132, che dà al giudice un potere discrezionale nello stabilire la pena (per cui nel caso di Mohamed la potrà tenere nel minimo) e fortunatamente l'articolo 581 prevede la procedibilità del reato di percosse solo su querela della parte offesa (querela che, certamente, Miriam, da brava moglie, si asterrà dal proporre)

Docente: Ma non per tutti i reati la pena é stabilita tra un minimo e un massimo e non tutti i reati sono procedibili a querela. Quindi può effettivamente dirsi che le disposizioni, dell'articolo 3 e dell'articolo 6, sopra riportate, accolgono integralmente il c.d. “principio di universalità della legge penale” - il principio, cioè, che vuole che i valori espressi dalla legge penale sian ritenuti validi per tutti, qualunque sia la loro razza, il loro sesso, la loro religione, le loro idee politiche. Ciò a sua volta in piena linea con il co. 1 art 3 della Costituzione, che recita: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.

Discente: Ma l'articolo 3 si applica solo al cittadino.

Docente: Ciò non sarebbe molto logico: se infatti, tu, legislatore costituzionale, vuoi riservare lo stesso trattamento a Mohamed, cittadino italiano ma di religione Musulmana e a Bianchi, cittadino italiano, ma di cultura laica, non puoi non volere anche riservare lo stesso trattamento a Mohamed, cittadino dell'Arabia Saudita e di religione musulmana e a Bianchi cittadino italiano ma di cultura laica.

Discente: Comunque sia, quel che importa é che, del principio di universalità, il Legislatore fa applicazione solo per coloro che “si trovano nel territorio dello Stato” e che anche per tal caso prevede delle eccezioni: parliamo di queste.

Docente: Diciamo prima tutto che queste eccezioni, che portano a configurare delle “immunità” nei confronti di certe persone, in quanto rappresentano deroghe a un principio costituzionale (quello di eguaglianza di tutte le persone di fronte alla legge), per essere ritenute legittime, debbono potersi ricavare da una legge costituzionale.

Discente: E le immunità dal nostro Ordinamento previste, si possono?

Docente: Direi di sì. Infatti le c.d. “immunità di diritto interno”- e mi riferisco alle immunità di cui godono, sia pure con diversa ampiezza, il Presidente della Repubblica, i Parlamentari, i Consiglieri delle Regioni, i Membri della Corte Costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura - sono tutte stabilite da leggi costituzionali (ad esempio, l'immunità del Presidente della Repubblica é data dall'art. 90, quella dei Parlamentari, dall'art. 68, quella dei Consiglieri regionali, dall'art. 122).

Discente: E come si giustificano le deroghe (al principio di eguaglianza) apportate da queste immunità di diritto interno?

Docente: Generalmente si giustificano con il difetto di lesività dell'azione, compiuta in violazione della norma penale. Ad esempio, il Parlamentare che, esprimendo la sua opinione in un dibattito parlamentare, critica aspramente la condotta del Presidente della Repubblica, può con ciò anche offendere il prestigio di questo, ma per impedirglielo non può essere invocato l'art. 278 (che punisce le offese al prestigio del Presidente) perché la sua condotta, non solo non è dannosa, ma è utile alla Società (dato che è utile al buon governo della cosa pubblica che eventuali manchevolezze del Presidente vengano denunciate).

Discente: E da questa mancanza di lesività dovrà trarsi la conseguenza che (non solo l'azione del parlamentare non può venire punita, ma): nessuno può intervenire per impedire che sia compiuta, che chi collabora al suo compimento non risponde per "concorso nel reato", che infine nessun obbligo di risarcimento ne deriva: è così?

Docente: E' così. Però è così solo se tale azione di critica viene compiuta dal Parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni; se, ad esempio, egli offendesse il Presidente della Repubblica durante un dibattito televisivo, tale azione, invece, il Codice penale, verrebbe a violare.

Discente: Quindi, il Parlamentare, potrebbe essere per tale azione processato.

Docente: Sì, ma nei limiti permessi dalla particolare immunità di cui gode, per il secondo e terzo comma dell'articolo 68 della Costituzione. Immunità che, però, non costituisce un'eccezione al principio della obbligatorietà della legge penale; tanto è vero che l'azione, compiuta (in violazione della legge penale) dal parlamentare fuori dell'esercizio delle sue funzioni (vedi meglio, il co.1 art.68), non solo va punita, ma dalla Forza Pubblica può essere impedita (senza che a ciò occorra l'autorizzazione della Camera, mentre questa autorizzazione invece occorrerà: per procedere alla privazione della libertà del parlamentare ai fini cautelari, per procedere a delle "intercettazioni" - vedi meglio l'articolo 68).

Discente: Ma anche se non riguarda l'argomento della presente lezione, puoi dirmi la giustificazione di questa immunità.

Docente: Questa immunità – che rientra nella categoria delle c.d. "immunità processuali", cioè delle immunità che non costituiscono deroga al principio della obbligatorietà *erga omnes* della legge penale, ma rappresentano semplicemente un'autolimitazione, che lo Stato fa, del suo potere giurisdizionale – si giustifica con la necessità di proteggere il parlamentare da vere e proprie persecuzioni giudiziarie: in

buona sostanza, chi viene a ricoprire certe cariche, rischia con ciò stesso di essere preso di mira dai suoi avversari politici (che potrebbero annidarsi anche negli uffici del Pubblico Ministero) con azioni giudiziarie – azioni giudiziarie, bada, non necessariamente infondate (ahimè, la vita di ben pochi, se posta sotto i riflettori della Giustizia, si rivelerebbe senza macchie! chi mai, anche se è stato rispettoso delle leggi tributarie, non aspetta con trepidazione una ispezione della Finanza?!), ma che non sarebbero mai state promosse, se lui non fosse sceso nell'arena politica. Quindi l'immunità processuale concessa al Parlamentare serve, sì, da una parte, a proteggerlo, ma anche ad evitare, che persone anche valenti si astengano dal partecipare alla vita politica, per non esporsi al pericolo di una condanna penale.

Discente: Tutto questo per quel che riguarda le immunità che hai chiamate di diritto interno; ma da quel che ho capito vi sono anche altri tipi di immunità.

Docente: Sì, ci sono le “immunità di diritto internazionale”. Esse, come quelle “di diritto interno”, possono essere processuali (nel senso che escludono che, chi ne gode, possa essere sottoposto a un processo – ne sono esempi le immunità di cui godono gli agenti consolari e le forze militari NATO di stanza in Italia) o sostanziali (nel senso che escludono, che, chi ne gode, possa essere sottoposto al potere coercitivo dello Stato ai fini dell'esecuzione di una pena – ne sono esempi, le immunità di cui godono i Capi di Stato, in primis il Pontefice, e gli agenti diplomatici).

Discente: L'eccezione, al principio dell'eguaglianza di tutti davanti alla legge, come si giustifica nel caso delle immunità sostanziali, di cui ora hai fatto cenno?

Docente: Con il disposto dell'ultima parte dell'art.11 della Costituzione, là dove dice che l'Italia può “consentire, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni”. E infatti l'autolimitazione dei suoi poteri, che lo Stato compie concedendo tali immunità, è necessaria per permettergli relazioni internazionali utili e serene (quale mai Capo di Stato verrebbe in Italia, se avesse a temere che, giuntovi, gli potrebbero scattare le manette ai polsi?!).

Discente: Ma se un Carabiniere vedesse il Capo di uno Stato estero puntare la pistola verso una persona per ucciderla, potrebbe impedirglielo?

Docente: Certo che sì: l'immunità in parola significa solo che, chi ne gode, non può essere punito, ma non esclude che non gli possa essere impedita la violazione della legge né che da questa gli possa derivare un obbligo risarcitorio e neanche che, chi concorre con lui in tale violazione, venga punito.

Discente: - L'articolo 3, che stiamo commentando, fa riferimento ai “cittadini” e al territorio dello Stato”, ma non ne definisce il concetto.

Docente: Lo definisce l'art.4, che recita: “Agli effetti della legge penale, sono considerati cittadini (...) gli appartenenti per origine o per elezione ai luoghi soggetti alla sovranità dello Stato e gli apolidi residenti nel territorio dello Stato.

Agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica (...) e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato. Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge straniera”.

Discente: Ti confesso che non tutto mi è chiaro nelle definizioni che dà l'articolo 4: quando una persona “appartiene per origine o per elezione a un luogo soggetto alla sovranità dello Stato”?

Docente: Per una risposta esauriente ti debbo rinviare alla legge sulla cittadinanza; qui sbrigativamente ti posso dire che, per un caso di appartenenza a titolo originario, devi pensare alla nascita da un genitore italiano e, per un caso di appartenenza a titolo elettivo, devi pensare al matrimonio di uno straniero con un cittadino italiano o alla “naturalizzazione” dello straniero su sua richiesta.

Discente: Ora, per quel che riguarda chi deve essere considerato cittadino, ho almeno le idee più chiare. Chiaro, poi, e non necessitante di spiegazioni, mi pare il concetto di “territorio dello Stato” : territorio dello Stato è quello spazio in cui lo Stato si riserva di esercitare il suo potere coercitivo in situazione, diciamo così, di monopolio, cioè con esclusione di ogni altro potere coercitivo (“in questo spazio, comando io, e solo io, Stato Italiano, e a voi, Stato Argentino, Stato Francese eccetera, non vi permetto di esercitarvi un qualsiasi potere coercitivo, senza la mia autorizzazione). Ho detto bene?

Docente: Come al solito, hai detto benissimo. Però avresti detto ancora meglio, se avessi posto nel dovuto risalto che, se lo Stato accetta di autolimitare i suoi poteri coercitivi nell'ambito dei confini che racchiudono un dato territorio, egli lo fa allo scopo di creare, come vuole l'articolo 11 della Costituzione, un “ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni”. Questo è importante, perché (sia pure in modo indiretto) giustifica costituzionalmente, sia la deroga agli articoli 3 e 24 co.1 Cost. (nella parte in cui rispettivamente esprimono il principio di eguaglianza davanti alla legge e il diritto di ogni persona, cittadino o straniero, ad essere tutelata dallo Stato nei suoi diritti), che opera quella sorta di “immunità” che, come vedremo, la legge

riserva a certi reati commessi “fuori del territorio dello Stato”, sia la deroga all'articolo 25 Cost. (nella parte in cui esclude che la punibilità di una persona sia rimessa alla discrezionalità di un organo del potere esecutivo) che, sempre come vedremo, la Legge opera facendo dipendere dalla discrezionalità del Ministro della Giustizia la punibilità di certi reati commessi “fuori del territorio dello stato”.

Discente: Dunque lo Stato Italiano riserva, un diverso trattamento alle violazioni della sua legge penale, a seconda che esse siano, o no, compiute nel territorio dello Stato.

Docente: Sì, e questo risulta già, sia pure indirettamente, dal secondo comma dell'articolo 3, il quale recita: “La legge penale italiana obbliga altresì tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all'estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale”.

Discente: Quindi alcune violazioni della legge penale commesse all'estero non vengono dallo Stato punite: come si spiega ciò?

Docente: Soprattutto con le ragioni che ora passo ad elencarti:

I- Il deficit di potere coercitivo, conseguente alla autolimitazione dello Stato di cui sopra si è detto: è inutile minacciare una pena, che non si è in grado di eseguire.

II.- La difficoltà, per chi si trova all'estero, di conoscere la legge italiana. Difficoltà senza dubbio molto maggiore per lo straniero (si pensi a un orientale, nella cui cultura probabilmente non rientrano quei valori, che per noi occidentali giustificano la illiceità di certi fatti), ma che potrebbe avere anche il cittadino da molto tempo lontano dall'Italia. Proprio in considerazione di tale difficoltà, da molti studiosi, pur nel silenzio della legge, si subordina la punibilità del reato commesso all'estero alla c.d. “doppia incriminazione”: il fatto commesso deve risultare punito, oltre che dalla legge italiana, anche dalla legge del luogo in cui l'azione fu commessa (peraltro erroneamente, da tali Studiosi, si giustifica, la necessità della doppia incriminazione, col fatto che questa è voluta dall'art.13 per l'estradizione in uno Stato estero : infatti, nell'ambito dell'istituto dell'estradizione, la regola della “doppia incriminazione” svolge la funzione di impedire, che sia condannata all'estero una persona, ritenuta non meritevole di pena in Italia; quando, invece, si subordina la punibilità alla doppia incriminazione, si vuole impedire tutt'altra cosa: cioè che una persona venga punita per un fatto di cui, per non essere esso considerato meritevole di pena nel Paese estero, non era in grado di avvertire quella antisocialità ritenuta al contrario dalla legge penale italiana).

III.- La difficoltà di raccogliere le prove su fatti avvenuti in un territorio in cui lo Stato non può esercitare liberamente i suoi poteri di coercizione e di investigazione.

Discente: Tu hai spiegato perché, come prevede il secondo comma dell'art.3, non tutti i fatti commessi all'estero siano puniti in base alla legge penale italiana,; ora devi spiegare perché, come prevede il primo comma dello stesso articolo, tutti i fatti commessi nel territorio italiano debbano essere puniti dalla legge italiana. Perché, io lo capisco, é senz'altro giusto che lo Stato tuteli penalmente i cittadini italiani e gli stranieri ospiti dell'Italia, ma perché tutelare il signor Mohamed, che in Italia vive (non come ospite, ma) come abusivo, dall'azione violenta, metti, del signor Ali? Che può importare allo Stato Italiano dei danni che possono capitare in Italia al signor Mohamed?

Docente: Può importare invece, perché ogni reato – oltre al c.d. “danno criminale” (consistente nella lesione dell'interesse ritenuto meritevole di tutela dalla norma penale) – provoca quello che il grande Carrara chiamava il “danno mediato”- il danno cioè consistente, sia nel fatto che il pubblico é portato all'imitazione, quindi anche all'imitazione di un fatto criminoso, specie se vede la Forza pubblica assistervi inerte (in altre parole, ogni fatto in spregio alla norma penale, che rimane impunito, diminuisce l'efficacia della intimidazione), sia negli altri fatti illeciti, che l'impunità del fatto lesivo può scatenare (per ritorsione, per rappresaglia....).

Inoltre devi tenere presente, che lo Stato italiano ha interesse alla tutela, non solo dello straniero che si trova nel territorio italiano (anche abusivamente), ma addirittura di chi (straniero o no) si trova nel territorio di un altro Stato, per l'aspettativa di reciprocità, che gliene deriva: io, Stato italiano, impedisco (con la minaccia di una pena) a Bacciccia di prendere a pugni, in quel di Genova, il cittadino spagnolo Francisco, oppure impedisco a Orsini di spedire dall'Italia la bomba che scoppierà a Madrid, contando che Tu, Stato Spagnolo, renda il favore impedendo a Francisco di prendere a pugni Bacciccia, se mai questo si recherà in Spagna, o a Guevara di spedire dalla Spagna una bomba a Roma.

Discente: Dagli esempi da te fatti, sembrerebbe che un fatto si considera commesso nel territorio dello Stato, anche se i suoi effetti dannosi li produce in territorio straniero.

Docente: Ed é così; ma a questo punto mi accorgo di averti anticipato delle nozioni, che ti possono riuscire chiare solo dopo aver fatto la conoscenza del secondo comma dell'articolo 6, che recita: “Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione che lo costituisce é ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si é verificato l'evento che é la conseguenza dell'azione od omissione”.

Discente: Quindi un reato si considera commesso in Italia sia che in Italia sia stata

compiuta la sola azione sia che in Italia si sia verificato il solo evento?

Docente: Sì, il nostro legislatore - dopo aver disatteso, sia la teoria dell'evento, secondo la quale uno Stato ha motivo di punire solo i fatti che producono nel suo territorio l'evento lesivo (del bene da lui tutelato con la norma penale), sia la teoria dell'attività, secondo cui uno Stato ha motivo di punire solo le azioni che si compiono nel suo territorio - ha aderito alla teoria della ubiquità, secondo la quale uno Stato ha motivo di punire, sia chi ha compiuto nel suo territorio solo l'azione (l'evento lesivo essendosi verificato in territorio di altro Stato) sia chi ha compiuto nel territorio di altro Stato un'azione che ha prodotto l'evento lesivo nel suo territorio.

Discente: La soluzione adottata dal nostro Legislatore mi sembra giustissima: se una persona ha commesso nel territorio dello Stato la sola azione, merita di essere punita, per le ragioni che tu prima hai esposte; se ha commesso in territorio estero l'azione, ma questa ha prodotto i suoi danni nel territorio dello Stato, di nuovo merita di essere punita.... per intuitivi motivi: è giusto, o no, che io punisca chi tira pietre alle mie finestre anche se le tira dal fondo vicino?! La risposta positiva mi sembra chiara, semplice, intuitiva.

Docente: Ahimè, le cose non sono così semplici, come tu le fai: sarebbe senz'altro giusto che il nostro Legislatore punisse chi, ancorché con un'azione commessa tutta in territorio estero, producesse danni che vengono risentiti nel territorio dello Stato italiano; ma se così disponesse, il nostro Legislatore verrebbe ad ampliare troppo il ventaglio dei reati da lui direttamente punibili: forse che Francisco, che ruba centomila euro a Bacciccia in gita turistica a Madrid, non compie un'azione che produce danni in Italia? Certo che sì: Bacciccia, partendo per la Spagna, aveva un patrimonio di un milione, invece, al suo ritorno, si troverà ad avere solo un patrimonio di novecentomila euro: il furto di Francisco danneggia Bacciccia, e quindi la Comunità (italiana) a cui Bacciccia appartiene, né più né meno che fosse avvenuto, non in Spagna, ma in Italia. E se Bacciccia a Madrid, non fosse stato derubato, ma lesa? Anche qui il discorso mutatis mutandis giungerebbe alla conclusione di prima: Bacciccia era partito con due braccia, al suo ritorno si ritrova con un braccio solo: ciò peserà, sia su di lui sia su tutta la Comunità nazionale (che dovrà provvedere alle sue cure e alla sua assistenza) né più né meno che la lesione fosse avvenuta in Italia. Tutto questo è vero e ben giustificherebbe la punizione di ogni reato, che, pur commesso all'estero, ledesse l'interesse dello Stato o di un cittadino italiano; ma a tale soluzione si oppone come un macigno il fatto, che il Legislatore (per le ragioni sopra indicate) non può ampliare troppo il ventaglio dei reati, da lui direttamente perseguibili.

Pertanto l'art. 5, quando parla di "evento", va interpretato - non nel senso, che vi è

“evento” quando semplicemente vi é lesione dell'interesse tutelato dalla norma penale (evento = danno criminale, secondo la concezione “giuridica” che, dell'evento, hannc non pochi Studiosi) - ma nel senso, che vi é evento solo quando si verifica una modificazione del mondo esterno (concezione naturalistica dell'evento) - modificazione, ben s'intende, che appaia come un cambiamento *in peius* (quindi, come un danno) a chi la percepisce (pensa alla morte di una persona, alla distruzione di una cosa...), e che pertanto (rivelando un qualche cosa di anomalo nella vita sociale) crei tra la gente quell'allarme, a cui lo Stato non può esimersi dal dare una risposta con la punizione del reo, anche se la azione di questi é avvenuta all'estero.

Discente: Dunque gli altri reati, che non producono nel territorio dello Stato un evento nel senso da te ora chiarito (un evento naturalistico), non vengono puniti, anche se ledono un interesse dello Stato o di un cittadino, se l'azione o l'omissione del reo é compiuta all'estero.

Docente: No, vengono puniti, ma, salvo alcuni, solo a certe condizioni.

Discente: A quali condizioni?

Docente: Te lo dirò; distinguendo, allo scopo, quattro categorie di reati.

Discente: Comincia a dire della prima categoria.

Docente: Essa é data da quei reati che il legislatore ritiene punibili a prescindere da quella richiesta del Ministro della Giustizia o da quella presenza del reo nel territorio dello Stato, che, invece, come vedremo, condizionano la punibilità degli altri reati.

Discente: Come si spiega questo?

Docente: Si spiega evidentemente col fatto che si tratta di reati, che non solo il legislatore ritiene di rilevante gravità, ma la cui gravità ritiene di poter valutare direttamente (senza necessità di delegare ad hoc un suo organo, come il Ministro della giustizia) in base al bene da essi lesa - e infatti tali reati sono individuati, (non genericamente con riferimento alla pena, come, vedremo, avviene per la stragrande maggioranza degli altri reati, ma) specificatamente, appunto con riferimento al bene da essi offeso.

Come ti risulta dall'articolo 7, che così li elenca:

“E' punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati:

1) delitti contro la personalità dello Stato italiano;

- 2) delitti di contraffazione del sigillo dello stato e di uso di tale sigillo contraffatto;
- 3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano;
- 4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni;
- 5) ogni altro reato per il quale speciale disposizioni di legge, o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana”.

Discente: Puoi fare un esempio di reato previsto da una norma speciale, come detto al numero 5 dell'articolo?

Docente: Pensa al reato previsto dall'art. 501 (la diffusione di notizie false eccetera al fine di deprimere i mercati delle merci e dei valori eccetera eccetera).

Discente: E in effetti questo reato ben merita di essere punito, anche se commesso all'estero, dato che esso, ciò nonostante, finisce per produrre gravi danni anche all'interno del territorio italiano.

Vediamo ora i reati della seconda categoria.

Docente: Essi sono rappresentati dai “delitti politici”; quindi si tratta, in buona sostanza, di reati individuati, come quelli dell'articolo 7, specificatamente, in base al bene da essi offeso; diversamente, però, da quelli previsti dall'articolo 7, sono punibili solo a richiesta del Ministro della Giustizia.

Ciò risulta dall'articolo 8, che così recita:

“Il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel numero 1 dell'articolo precedente, é punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia.

Se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa, occorre, oltre tale richiesta, anche la querela.

Agli effetti della legge penale, é delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. E' altresì considerato politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici”.

Discente: Dunque, nel suo terzo comma, l'articolo 8 dà una definizione di “delitto politico”, a valere, non solo ai fini di stabilire la punibilità di un reato commesso all'estero, ma, più in generale, ai fini dell'interpretazione di ogni altra norma penale: quando, pertanto, una norma penale parla di “reato politico” io devo intendere che usi tali parole nel significato loro attribuito dall'articolo 8. Ho capito bene?

Docente: Hai capito benissimo.

Discente: Ma quanto ora detto, vale anche per l'interpretazione delle norme costituzionali, in particolare degli articoli 10 e 26 della Costituzione (che negano l'estradizione per "reati politici", rispettivamente, dello straniero e del cittadino)?

Docente: Non manca chi lo sostiene; ma, io ritengo, infondatamente, dato che, far dipendere il significato di una norma costituzionale dal significato dato alle parole in essa usate da una norma ordinaria, vorrebbe dire sostituire, almeno in parte, alla volontà del legislatore costituzionale, quella del legislatore ordinario.

Chiarito questo, va subito rilevato che il terzo comma dell'art.8 distingue tra delitto oggettivamente politico e delitto soggettivamente politico.

Discente: Che si intende per delitto oggettivamente politico?

Docente: Si intende quel delitto che offende, o un "diritto politico del cittadino" (cioè il diritto del cittadino a concorrere alla formazione della volontà politica dello Stato con i mezzi che a tale scopo gli offre la legge) o un "interesse politico dello Stato" (cioè l'interesse dello Stato, alla indipendenza, all'integrità del proprio territorio, alla libera formazione e attuazione della sua volontà politica tramite i suoi organi; in sintesi, l'interesse, che ha lo Stato e che la legge tutela, a perseguire i suoi scopi politici nella pienezza delle sue forze).

Discente: Puoi darmi un esempio di reato che lede un interesse politico dello Stato.?

Docente: Oltre a tutti i reati di cui al titolo II del Codice (reati contro la personalità dello Stato) puoi pensare, a un reato di minacce fatto per indurre un Ministro (dello Stato italiano) a stipulare un trattato contrario agli interessi nazionali. Oppure a un danneggiamento dei microfoni fatto per sabotare il discorso di un Ministro (dello Stato italiano) a una conferenza internazionale.

Discente: Anche un atto inteso a limitare la libertà di un organo giudiziario, può costituire, un delitto politico?

Docente: La maggioranza degli studiosi risponde di no. Io invece non mi sento di escludere una risposta positiva (perché non dovrebbero essere considerate un delitto politico le minacce rivolte a un giudice perché revochi una misura cautelare presa contro una personalità politica accusata di un delitto politico?).

Docente: Fai ora un esempio di reato che lede un "diritto politico del cittadino".

Docente: Facile, le minacce fatte a un cittadino a che ritiri la sua candidatura a una carica elettiva o perché si astenga dal voto.

Discente: Abbiamo visto cosa si intende per delitto oggettivamente politico, vediamo ora cosa si intende per delitto soggettivamente politico.

Docente: Si intende il delitto “determinato, in tutto o in parte da motivi politici”; cioè posto in essere allo scopo di conquistare o conservare il potere politico: ad esempio l'uccisione di un leader politico al fine di indebolire un partito avversario.

Discente: A me sembra che, la categoria del delitto soggettivamente politico, renda perfettamente inutile quella del diritto oggettivamente politico: infatti ogni delitto commesso per offendere un interesse politico dello Stato o un diritto politico non può non essere mosso da un movente politico.

Docente: Non é detto: io potrei impedire l'esercizio del voto di una persona, non per motivi politici, ma semplicemente per estorcere del denaro (“se vuoi votare mi devi dare tot”).

Discente: Torniamo a...bomba; fino ad adesso abbiamo parlato del delitto politico in via generale: parliamone ora con preciso riferimento al disposto del primo comma dell'art.8: perché il legislatore ha ritenuto opportuno rimettere alla discrezione del Ministro della Giustizia la punibilità del delitto politico?

Docente: Perché la punizione di tale delitto può avvenire anche in deroga ai criteri adottati per i reati comuni (che invece la escluderebbero: riandiamo ad un esempio prima introdotto: Bianchi sequestra Rossi per impedirgli di votare a meno che non gli dia del denaro; orbene Bianchi, che, per l'articolo 9, come vedremo, non potrebbe essere sottoposto a processo se non presente in Italia, lo potrebbe comunque essere per l'articolo 8); ora, questa deroga, é giustificata da due elementi (il carattere politico dell'interesse leso e il movente politico), la cui valutazione, dando ampio spazio alla discrezionalità di chi la compie e dovendo essere fatta tenendo presenti idee e interessi del universo politico, é opportuno sia fatta da chi, come il Ministro, può essere chiamato a risponderne davanti a un organo dalla spiccata sensibilità politica qual'é il Parlamento.

Discente: Non può essere che il Legislatore rimetta al Ministro, non delle valutazioni di natura politica, o, almeno, non solo delle valutazioni di natura politica, ma delle valutazioni, o anche delle valutazioni sulla fondatezza delle denunce presentate (contro chi si assume aver compiuto un delitto politico)?

Docente: Lo negherei, sia perchè, il più indicato a compiere tale tipo di valutazioni, dovrebbe ritenersi un appartenente all'Ordine giudiziario (il Pubblico Ministero, oppure, così come avviene nelle procedure di estradizione, la Corte di Appello), sia perchè, se così fosse, ci si dovrebbe aspettare che anche per tutti i reati comuni il Ministro fosse chiamato a compiere tali valutazioni – il che, come vedremo, non è, la richiesta del Ministro non essendo necessaria per una importantissima categoria di reati, quelli commessi da un cittadino in danno di altri cittadini).

Discente: Mettiamoci in questo caso: il Ministro, valutato bene il fatto, giunge alla conclusione che esso è di scarsissimo peso politico e quindi non fa la richiesta necessaria per la sua punizione; tale fatto però in base agli articoli 9 e 10 sarebbe punibile: che si fa, lo si punisce, o no?

Docente: Lo si punisce: non c'è ragione che un fatto, metti un omicidio, non sia punito perchèdettato da movente politico: l'incipit degli artt. 9 e 10 va interpretato (restrittivamente) cioè solo nel senso che, i fatti previsti come punibili da tali articoli solo a certe condizioni, se configurano uno dei reati previsti dagli artt. 7 e 8, sono punibili anche in difetto di tali condizioni.

Discente: Veniamo alla terza categoria di reati (in danno dello stato o del cittadino) punibili ancorchè commessi all'estero.

Docente: Con tale categoria di reati io mi voglio riferire a quei reati previsti, dal primo e secondo comma dell'articolo 9, così recitando:

“Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato.

Se si tratta di delitto per cui è prevista una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, ovvero a istanza o a querela della persona offesa.”

Quindi per la punibilità del reato comune, commesso dal cittadino in danno dello Stato italiano o di altro cittadino, occorre che:

- si tratti di delitto (punito con l'ergastolo o con la reclusione, non con la sola multa);
- il reo “si trovi nel territorio dello Stato”;
- se si tratta di reato procedibile a querela, questa sia stata proposta (non bastando la richiesta del Ministro – argomento dal co.2 art.8);
- se si tratta di reato procedibile d'ufficio e punibile con la reclusione inferiore nel minimo a tre anni, vi sia la richiesta del Ministro oppure un'istanza ad hoc della

parte offesa.

Discente: Non mi é chiaro che cosa voglia il Legislatore, subordinando, la procedibilità contro il reato, al fatto che il reo “si trovi nel territorio dello Stato. Mi pare infatti che al proposito si possano fare ben quattro ipotesi; e, più precisamente, che si possa ritenere che basti, per la procedibilità, che il reo si trovi nel territorio dello Stato: prima ipotesi, al momento della conclusione del giudizio; seconda ipotesi, al momento dell'inizio del processo e per tutta la sua durata; terza ipotesi, al momento dell'inizio del processo, nulla rilevando che la sua presenza venga a mancare nel suo corso; quarta ipotesi, in un qualsiasi momento anche anteriore all'inizio del processo, nulla rilevando che, al momento dell'inizio di questo, nel suo corso o nella sua conclusione, venga a mancare. Ovvio la domanda: quale delle quattro ipotesi corrisponde alla volontà legislativa?

Docente: Secondo me nessuna delle tre prime ipotesi da te fatte può ritenersi corrispondente alla volontà legislativa

Non la prima: infatti sarebbe assurdo che un giudice fosse costretto a spendere tempo e fatica per fare un processo per poi accorgersi, giunto alla sua conclusione, che.... il reo (subdorando l'esito per sé infausto?) ha fatto mancare la sua presenza e quindi la possibilità di una sua condanna: chiaramente la presenza del reo é una condizione di procedibilità e le condizioni di procedibilità debbono esistere all'inizio del processo (altra questione, che però qui non rileva, é se la mancanza di una “condizione” all'inizio del processo determini la nullità degli atti ciò nonostante compiuti, anche qualora essa sopravvenga nel corso del processo).

Come la prima neanche la seconda ipotesi può ritenersi corrispondente alla volontà legislativa: infatti, una volta che il giudice ha legittimamente cominciato a spendere la sua attività, non si può rimettere alla discrezione del reo di renderla inutile, semplicemente facendo mancare la sua presenza nell'ulteriore corso del processo.

Veniamo alla terza ipotesi. Essa é certamente meno assurda delle due precedenti, ma, a guardar bene, neanche essa è accettabile, dato che, accettandola, si costringerebbe il giudice a verificare, nel momento (preciso!) in cui compie il primo atto del processo, se esiste, quella presenza del reo nello Stato, che lo legittima – cosa tutt'altro che facile: sì, la Polizia ha riferito, a me, giudice, che il reo ieri era presente nel territorio dello stato, ma vi sarà ancora oggi, giorno in cui dovrei compiere l'atto processuale?!

Non resta dunque che ritenere come corrispondente alla volontà legislativa, solo la quarta ipotesi: é sufficiente per la punibilità del reo che in un qualsiasi momento, anche anteriore all'inizio del processo, si sia trovato nel territorio dello Stato (poco rilevando che vi si sia trovato al suo inizio, nel suo corso o nella sua conclusione).

Discente: A questo punto resta da dire perchè mai il legislatore subordina la procedibilità contro il reo a questa condizione?

Docente: Evidentemente perché così ottiene di minacciare il reo: “Guarda, se torni in Italia ti aspetta il processo e la galera”; in altre parole il legislatore vuol porre al reo l'alternativa o l'esilio o la galera

Discente: Forse questa sarebbe una soluzione non contraria alla logica, ma molte volte risulterebbe contraria alla giustizia: Fulano ha ucciso (all'estero), non è molto giusto concedergli l'impunità solo perché si guarda bene dal venire in Italia!

Docente: Sì, lo riconosco la soluzione la soluzione adottata non è per nulla giusta; ma non lo sarebbero neanche le altre soluzioni (prima passate in rivista e scartate).

Discente: Altra domanda: della necessità della presenza del reo si parla solo nel primo comma: ciò significa che qualora si tratti di reati puniti con pena inferiore ai tre anni, per la procedibilità, non occorre la presenza del reo?

Docente: A questa tua domanda autorevolmente si dà risposta negativa; ritenendosi assurdo che sia subordinata alla presenza del reo la procedibilità per i reati più gravi e non quella per i reati meno gravi. A me, a dir il vero, la cosa tanto assurda non pare.

Discente: Parliamo ora della quarta categoria di reati, che pur commessi all'estero, hanno arrecato danno allo Stato Italiano o a dei cittadini.

Docente: La particolarità dei reati di questa categoria, rispetto a quelli della categoria precedente, è che ne è autore, non il cittadino, ma lo straniero. La disposizione da prendere in esame è il primo comma dell'art. 10, che recita:

“Lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa”.

Quindi lo straniero che commette un reato contro lo Stato italiano o un cittadino è punito, sempre che:

- 1) si trovi nel territorio dello Stato (nel senso già spiegato commentando l'articolo 9);
- 2) si tratti di delitto punibile con l'ergastolo o la reclusione non inferiore a un anno;
- 3) se si tratta di reato perseguibile a querela, questa sia proposta (e, si badi, nonostante la lettera della legge, la querela non potrebbe essere surrogata dalla

richiesta del Ministro – arg. ex co.2 art.8);

4) se si tratta di reato procedibile d'ufficio, vi sia una richiesta del Ministro ovvero un'istanza della parte offesa.

Discente: Con ciò abbiamo visto quando sono punibili i reati che, pur commessi all'estero, offendono lo Stato o un cittadino italiano; ma lo Stato italiano punisce anche i reati commessi in terra straniera e in danno di uno straniero? Mi sembrerebbe strano: in fondo che danno ha procurato allo Stato italiano il fatto che un italiano, il sig. Baccicia, abbia ritenuto bene di ingiuriare e prendere a schiaffi in Spagna uno spagnolo, il sig. Francisco, o il fatto che al sig. Mobutu sia piaciuto di rapinare in Uganda un suo connazionale?

Docente: E invece anche in tali casi un danno per lo Stato italiano si verifica; perché:
- il reato del cittadino all'estero crea rancore e risentimento verso tutti i cittadini (che vengono equiparati in un giudizio negativo al connazionale che all'estero si è comportato scorrettamente o peggio) e verso lo Stato (che non intervenga per punire il malfattore); - perché comunque, nel caso di reati di una certa gravità (come la rapina del precedente esempio), il fatto che il reo possa circolare impunito nel territorio dello Stato italiano, deprime il rispetto e il timore anche verso la legge penale italiana (“ecco là Mobutu che ha commesso un sacco di rapine: si è messo i soldi in tasca e ora se li gode in Italia: in fondo fare il delinquente può rendere!”).

Discente: Ma lo Stato italiano, facendosi carico anche della punizione dei reati commessi all'estero, non rischia di intasare i tribunali e le carceri italiane?

Docente: Contro tale pericolo lo Stato prende le sue precauzioni; la principale delle quali è data dalla preferenza da lui accordata all'extradizione: quando può, lo Stato italiano scarica, se mi è permesso il termine, il processo e la punizione del reo su lo Stato estero. Solo se l'extradizione non può realizzarsi, il Ministro della Giustizia, può - se, valutati i fatti (in specie la loro gravità), lo ritiene opportuno - richiedere che l'autorità proceda al giudizio contro il reo. E solo in tal caso il processo contro il reo si può fare.

Discente: Ma nel caso di reati procedibili a querela, la presentazione di questa non può surrogare la mancanza della richiesta del Ministro?

Docente: Direi di no, direi che la volontà del Ministro di non procedere alla punizione abbia la prevalenza su quella della persona offesa; dato il silenzio della legge sul punto e non parendomi ammissibile, nel caso in cui offeso dal reato sia (non un cittadino, ma) uno straniero, quella interpretazione analogica sulla base del secondo

comma dell'art.8, che invece abbiamo fatto commentando i primi due commi dell'articolo 9.

Discente: Chiarito questo, vediamoci le norme che puniscono i reati commessi all'estero contro lo straniero.

Docente: Contro lo straniero, ma, attenzione, anche contro lo Stato straniero e le Comunità europee. Chiarito anche questo, é davvero il tempo di leggersi i testi di legge. Cominciamo dal terzo comma dell'articolo 9 (che, come risulta dalla sua rubrica, riguarda i “delitti commessi dal cittadino all'estero”), il quale recita.

“Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, qualora si tratti di delitto commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole é punito a richiesta del Ministro di giustizia, sempre che l'extradizione di lui non sia stata concessa ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto”.

Quindi il cittadino che con un reato ha danneggiato uno straniero o uno Stato estero o le Comunità europee é punito sempre che:

- si tratti di delitto punibile con l'ergastolo o con la reclusione (non con la multa)
- si trovi nel “territorio dello Stato” (requisito questo di procedibilità che si argomenta dal primo comma, stesso articolo 9)
- lo Stato italiano non abbia ritenuto di concedere l'extradizione o lo Stato estero non abbia ritenuto di accettare la offerta di estradizione fatta da quello italiano
- vi sia la richiesta del Ministro.

Discente: Abbiamo visto il caso in cui il reato sia commesso da un cittadino, vediamo ora quello in cui venga commesso da uno straniero.

Docente: Questo caso é previsto dal comma 2 dell'art.10 (che, come risulta dalla sua rubrica, riguarda i “delitti comuni dello straniero all'estero”), il quale recita:

“Se il delitto é commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole é punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia, sempre che:

- 1) si trovi nel territorio dello Stato;
- 2) si tratti di delitto per il quale é stabilita la pena dell'ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni;
- 3) l'extradizione di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto o da quello dello Stato a cui appartiene”.

Lezione 6 - Concorso apparente di norme

Docente: Può capitare, anzi capita piuttosto frequentemente, che un identico fatto risulti previsto (come reato) da due (o più) norme, metti la norma GN. e la norma SP. Si tratta allora di vedere se queste si debbano simultaneamente applicare (dando luogo a quello che, vedremo, si dice “concorso formale di reati”) o se ne vada applicata una sola (così che sia giocoforza concludere che, solo apparentemente, le norme concorrono).

Discente: Fai un esempio.

Docente: Metti, Fulano ha ingiuriato il Presidente della Repubblica e vi sono due norme: la norma A, che punisce “chi ingiuria una persona” e la norma B, che punisce “chi ingiuria il Presidente della Repubblica” (pensa, mutando *mutandis*, al disposto degli articoli, 278 e 594 C.P.). Il fatto compiuto da Fulano senza dubbio rientra sia nella norma A che nella norma B: si applica solo una delle due norme o si applicano entrambe? ecco il dilemma.

Discente: E come si risolve questo dilemma?

Docente: E' quel che cercheremo di vedere nel prosieguo della lezione. Prima però debbo avvertirti che, per complicare la vita a noi giuristi, può verificarsi un caso assai simile a quello ora ipotizzato, anzi tanto simile da essere, dagli Studiosi, etichettato anch'esso come “concorso apparente di norme”.

Discente: In che cosa, questo secondo caso, sarebbe simile al primo?

Docente: Nel fatto che, come nel primo, la sua soluzione porterebbe a disapplicare per una data fattispecie una norma, che pur sembrerebbe ricomprenderla. Mi spiego meglio con un esempio. Metti che Fulano, dopo aver rubata un'auto, prenda della benzina e...la incendi. L'incendio dell'auto sembrerebbe ricadere nella previsione (e nella punizione!) della norma (art.635 C.P.) che prevede e punisce il fatto di chi danneggia la cosa altrui. E invece, no: la norma sul danneggiamento nel caso non va applicata (così almeno si sostiene autorevolmente): va applicata solo la norma sul furto – cosa per cui il concorso tra questa e quella norma va considerato solo “apparente”.

Discente: E perché mai non si dovrebbe applicare la norma sul danneggiamento?

Docente: Perché la punizione che riceve Fulano (con l'applicazione degli articoli 624

e segg.) per il furto dell'auto, già ricomprenderebbe la punizione per il danneggiamento.

Discente: Non capisco il perché.

Docente: Lo capirai quando parleremo della questione sulla punibilità o meno dei cc.dd. “post-fatti” o “ante-fatti” o “fatti progressivamente criminosi”. Ora ti basti notare le differenze tra il caso ora fatto e quello esemplificato all'inizio: in entrambi i casi, si perviene alla disapplicazione di una norma (che astrattamente prevede e punisce il fatto imputato a Fulano : la norma sull'ingiuria, nel primo caso; la norma sul danneggiamento, nel secondo caso), però, nel primo caso, per, poi, fare applicazione di una norma (quella che prevede l'offesa all'onore del Presidente) che astrattamente prevede il fatto commesso da Fulano, nel secondo caso, per far applicazione di una norma, che di per sé non prevede per nulla il (secondo) fatto addebitato a Fulano (gli artt. 624 e segg. non prevedono per nulla il fatto di chi danneggia bensì solo il fatto di chi sottrae).

Discente: Ho capito: alcune volte capita che a un fatto non si applichi la pena prevista in una data norma (ancorchè questa norma preveda come reato proprio tale fatto) in considerazione che esso é punito come reato da un'altra norma.; ora però devi dirmi in che ipotesi ciò capita e come ciò si giustifica.

Docente: Le ipotesi che ti posso prospettare sono le seguenti cinque (ma non é escluso che altre ipotesi si possano fare, dato che in fondo tu puoi giungere alla disapplicazione di una norma in base a vari ragionamenti, difficilmente ipotizzabili ex ante).

Discente: Comincia, dimmi qual'é la prima di queste cinque ipotesi.

Prima ipotesi

Docente: La prima, e senza dubbio più importante, ipotesi che ti posso prospettare é la seguente: la norma SP prevede e quantifica una pena in modo da assicurare un'adeguata tutela sia al bene X sia al bene Y; la norma GN prevede e quantifica una pena in modo da assicurare un'adeguata tutela solo al bene X. Un esempio (di fantasia) di questa situazione ce lo può dare il caso già fatto all'inizio: la norma GN punisce chi “offende l'onore di una persona, con tre anni”, la norma SP punisce chi “offende l'onore del Capo dello Stato, con cinque anni”. Ora poniamo che Fulano dia del “farabutto” al Capo dello Stato: naturalmente si viene a porre il problema se punire Fulano: solo con la sanzione prevista dalla norma GN, solo con la sanzione prevista

dalla norma SP o con entrambe le sanzioni: tu come risolveresti questo problema?

Discente: Di certo non lo risolverei applicando le due sanzioni, infatti, dato che entrambe in definitiva tutelano lo stesso bene, l'onore di una persona, applicando entrambe farei come il medico che dà una doppia dose di medicina in un caso in cui ne basterebbe una; e di certo neanche mi limiterei ad applicare la norma GN, perché, se così facessi lascerei senza tutela quel bene, costituito dal prestigio dello Stato, che offeso dall'ingiuria di Fulano, non viene tutelato dalla sanzione prevista dalla norma GN, ma solo dalla sanzione prevista dalla norma SP.: in conclusione, applicherei solo la sanzione prevista da quest'ultima norma.

Docente: Ovvio la seconda parte del tuo ragionamento in cui escludi l'applicazione della sola norma GN; un po' meno ovvio la prima parte in cui escludi l'applicazione di entrambe le sanzioni; o meglio, "ovvio" solo a condizione di partire dal presupposto che il Legislatore quantifichi la sanzione (nella norma SP) in base alla considerazione che la norma GN (con relativa sanzione) non verrà (dal giudice) applicata.

Discente: Certo, in teoria si potrebbe anche pensare che il Legislatore abbia ritenuta congrua la pena di 8 anni per chi offende i beni X e Y e si sia limitato a indicare nella norma SP la pena 5, facendo il ragionamento "gli altri 3 anni li aggiungerà il giudice applicando la norma GN". E mi rendo conto che, partendo da tale presupposto, si dovrebbe giungere ad applicare entrambe le norme (la SP e la GN) ed entrambe le sanzioni. Senonché, che il legislatore abbia quantificato la pena nella norma SP facendo conto che essa sarebbe integrata dalla pena quantificata nella norma GN, è cosa assolutamente da escludere, perché contraria ad ogni buona tecnica legislativa.

Docente: Sono d'accordo con te; ma era bene porre il ragionamento su basi cristalline. E sempre per evitare equivoci e impostare con esattezza i nostri ragionamenti in una materia senza dubbio molto complicata, a questo punto, prima di andare avanti, io debbo chiarire una cosa.

Si tratta di questo: noi abbiamo parlato di una norma SP che tutela due beni X e Y e di una norma GN che anch'essa tutela il bene X; ma così facendo abbiamo operata una semplificazione, forse utile per la chiarezza del discorso ma che, per evitare equivoci, è bene segnalare.

Discente: In che consiste tale semplificazione?

Docente: Consiste nel fatto che nella realtà ci può essere, sì, il caso di due norme, l'una, che tutela i beni X e Y e, l'altra, che tutela il (solo) bene X, ma.... la realtà è varia! possono farsi almeno altre due ipotesi.

Prima ipotesi, delle due norme, l'una, la GN-I, tutela il bene X e, l'altra, la SP-I, tutela sempre lo stesso bene X, ma, tenendo conto di una modalità della possibile azione lesiva di esso, che richiede una risposta punitiva maggiore, di quella contenuta nella precedente norma GN-I. Un esempio (di fantasia) può essere questo: la norma GN-I punisce "chi cagiona la morte di un uomo", la norma SP-I punisce (più severamente) "chi cagiona la morte di un uomo usando una sostanza venefica" (un altro esempio, assai simile a quello ora fatto, lo studioso lo può trarre dagli articoli 624 e 624bis – l'art.624, che punisce il furto, l'articolo 624bis, che punisce il furto con strappo).

Seconda ipotesi, delle due norme, l'una, la GN-II, tutela il bene X e, l'altra, la SP-II tutela sempre il bene X però tenendo conto di una circostanza, che consiglia una attenuazione della risposta punitiva. Un esempio (di fantasia) potrebbe essere questo: la norma GN-II punisce "chi cagiona la morte di un uomo", la norma SP-II punisce (in maniera più attenuata) "la donna che cagiona la morte del neonato nello stato di depressione che spesso segue al parto" (un altro esempio, simile a quello ora fatto, lo studioso lo può trarre dagli articoli 624 e 626 – l'articolo 624 che punisce il furto, l'articolo 626 che punisce con pena più attenuata il furto commesso per far uso momentaneo della cosa).

Discente: E nelle ipotesi da te fatte andrà ancora ritenuto il concorso solo apparente o si applicheranno tutte due le norme?

Docente: Ovviamente andrà ritenuto il concorso apparente: forse che il legislatore nelle norme SP-I e SP-II (624bis, 626) già non tiene conto, nel calibrare la pena, della quantità di essa necessaria per contrastare l'offesa al bene X, tutelato dalle norme GN-I e GN-II (624)?

Chiarito questo proseguiamo nel nostro discorso. Dunque, abbiamo visto che, se vi sono due norme, l'una, che tutela i beni X e Y, e, l'altra, che tutela solo il bene X, si applica solo la prima, la norma SP; e similmente, se vi sono due norme SP-I e GN-I che tutelano lo stesso bene X, ma, la prima, la SP-I con più rigore o con meno rigore rispetto alla seconda, la norma GN-I, ancora si applica solo la norma SP-I; ma a questo punto per noi "pratici" si pone il problema, come fare ad essere sicuri che le due norme, nella cui previsione di per sé rientrerebbe la fattispecie, tutelino lo stesso bene (per cui entrambe non vanno applicate: vi è concorso "apparente" tra di loro)? come fare a stabilire quale delle due norme va applicata?

Tu, come faresti?

Discente: Semplice, cercherei di vedere se un fatto punito dalla norma GN viene punito anche dalla norma SP, e, se ciò si verificasse, ne dedurrei che entrambe le norme tutelano lo stesso bene.

Docente: Non hai capito nulla: noi già partiamo dal presupposto che un dato fatto sia punito dalle due norme, ma partiamo anche dalla considerazione che, non perché due norme prevedono, per punirlo, lo stesso fatto, si può dire che esse tutelino lo stesso bene (ed è questa la cosa importante!). Ti faccio un esempio per chiarirti le idee: metti che la norma GN punisca “chiunque sottragga un bene custodito in un pubblico ufficio” e la norma SP punisca “chi con minaccia si impossessa della cosa mobile altrui” (tu puoi, *mutatis mutandis*, pensare al disposto degli artt. 351 e 628); metti ancora che Fulano entri nella cancelleria di un tribunale e rivoltella alla mano si faccia consegnare il coltello tempestato di diamanti con cui l'assassino ha ucciso: certamente questo fatto rientra nella previsione (e quindi viene punito) sia dalla norma GN (mutatis mutandis, la norma di cui all'art. 351) sia dalla norma SP (mutatis mutandis, la norma di cui all'art. 628), questo, però, non significa per nulla che la norma GN (art. 351) e la norma SP (art. 628) tutelino lo stesso bene, chè, tutto al contrario, la prima norma, la GN (art. 351), tutela l'interesse dello Stato alla sicura conservazione di certe cose (questo per gli scopi più vari: di giustizia, di difesa ecc.ecc.), la seconda norma tutela l'interesse (che ciascuna persona ha) all'incolumità e alla conservazione dei propri beni.

Discente: Ho capito; ma se mi domandi come fare per individuare se due norme tutelano lo stesso bene e, se sì, quale delle due va applicata, lo stesso non ti so rispondere.

Docente: Rispondo allora io per te. Prima di tutto, individui quella che dovrebbe essere la norma “speciale” (cioè la norma che, secondo la tua intuizione, tutela oltre al bene Y anche il bene X già tutelato dalla norma GN oppure tutela il bene X, già tutelato dalla norma GN, ma con più o con meno severità).

Discente: E come la individuo tale norma speciale?

Docente: La individuo perché, la descrizione della fattispecie da lei fatta, contiene un *quid pluris*, il così detto “elemento specializzante”, rispetto alla descrizione della fattispecie fatta dall'altra norma.

Discente: Fa qualche esempio di “elemento specializzante”.

Docente: Nel caso della norma di cui all'art.278, l'elemento specializzante, rispetto alla norma di cui all'art. 594, è dato dalla qualità della persona offesa, che deve essere il Presidente della Repubblica, nel caso della norma di cui all'art. 624bis rispetto alla norma dell'art. 624, è dato dalla modalità con cui si attua la sottrazione della cosa, lo “strappo”.

Discente: Ma questo elemento specializzante non potrebbe mancare?

Docente: Se effettivamente le due norme tutelano uno stesso bene, no, non potrebbe mancare. E invero, il fatto lesivo dei beni X e Y, non può non essere diverso da un fatto lesivo del solo bene X, e, quindi, la norma SP per descriverlo deve per forza indicare un *quid pluris*, rispetto alla descrizione, che la norma GN fa del fatto lesivo del solo bene X. E *mutatis mutandis* il discorso va ripetuto per quel che riguarda la norma SP-I (se essa effettivamente tutela, sì, lo stesso bene della norma GN, ma più gravemente o lievemente, non può, nel descriverlo, non indicare un *quid pluris* ecc.ecc.).

Discente: Orbene, una volta individuata la norma speciale?

Docente: Il più è fatto, si tratta di vedere se tutti, ma dico tutti, nessuno escluso, i fatti incriminati dalla norma speciale, se essa non esistesse, sarebbero lo stesso puniti in forza dell'altra norma, la norma generale. Se la risposta è "sì", sta sicuro: le due norme tutelano lo stesso bene.

Discente: Ma basta che due norme tutelino lo stesso bene, perché si possa parlare di concorso apparente di norme e di conseguenza applicare solo una delle due norme?

Docente: Sì, se la norma Gn (la norma generale) tutela solo il bene X, che trova anche tutela nella norma SP (la norma speciale); no se la norma NG tutela, oltre al bene X, un bene Z, non tutelato dalla norma SP. Infatti, se così fosse, non si potrebbe più dire che il legislatore, quando ha determinato la sanzione nella norma SP, l'ha determinata tenendo conto anche della tutela dovuta per i beni tutelati dalla norma GN, appunto perchè questa norma mira anche alla tutela del bene Z, a cui invece la norma SP non mira.

Discente: Fai un esempio di un concorso di norme non apparente per i motivi da te ora detti.

Docente: Pensa al concorso di queste due norme: la norma SP punisce "chi offende l'onore del Presidente della Repubblica", la norma GN punisce "chi offende l'onore di una persona dandole uno schiaffo". Evidentemente la norma SP tutela il bene X (bene dell'onore) e il bene Y (bene del prestigio dello Stato) e la norma GN tutela il bene X (l'onore) e il bene Z (il benessere fisico turbato dalla sensazione dolorosa provocata dallo schiaffo). Ora mettiamo che Fulano dia uno schiaffo al Presidente

della Repubblica, egli verrebbe a ledere tre dei beni che il legislatore dimostra di voler tutelare (i beni, X, Y, Z), ma se venisse punito solo con la sanzione prevista dalla norma SP, verrebbe punito con una sanzione costruita, diciamo così, solo per reprimere la lesione a due beni e quindi insufficiente a svolgere quella funzione di prevenzione generale e speciale, che invece una sanzione dovrebbe avere.

Discente: Però, se venissero applicate tutte due le sanzioni, quella prevista dalla norma SP e quella prevista dalla norma GN, si determinerebbe l'ingiustizia che Fulano verrebbe punito due volte per la lesione da lui provocata a uno stesso bene, il bene X.

Docente: Ciò è perfettamente vero. Ma in questi casi, che gli Studiosi definiscono di "specialità reciproca", comunque si rivolti...la frittata, si determina inevitabilmente una irrazionalità: se applichi una sola norma, si verifica l'irrazionalità che viene comminata una pena inferiore, a quella necessaria per la funzione di prevenzione, che essa deve svolgere; se applichi tutte due le norme, si determina, come tu bene hai notato, una ingiustizia. Purtroppo non c'è nulla da fare. V'è da dire che nella pratica, a evitare troppo stridenti ingiustizie, sovengono vari istituti (il potere ampiamente discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, le attenuanti generiche di cui all'art. 62bis, il reato continuato....), che saggiamente utilizzati dal giudice, possono portare a correggere gli inconvenienti sopra denunciati.

Discente: Però, per concludere, per stabilire se esiste o no un concorso tra le norme SP e GN, basta che io verifichi se tutti i fatti previsti nella norma SP (la norma che ritengo "speciale"), in assenza di questa, sarebbero puniti dalla norma GN (in quanto questa tutela anche e solo uno o più dei beni tutelati dalla norma SP). Se la risposta è, sì, ritengo il concorso apparente di norme; se la risposta è no, in quanto alcuni dei fatti previsti nella norma SP non sono puniti dalla norma GN, escludo l'apparenza del concorso e applico tutte due le norme, la SP e la GN. E' così?

Docente: Di solito è così; non sempre è così. Metti che vi sia: una norma GN che punisce "chi percuote una persona", una norma Gnbis che punisce "chi minaccia una persona" e la norma SP che punisce "chi percuote o minaccia un pubblico ufficiale che compie un atto del suo ufficio" (mutatis mutandis, tu puoi tenere presenti le norme di cui agli artt. 581, 612, 337): tu, trovandoti a difendere Fulano, che ha percosso un pubblico ufficiale mentre compiva ecc.ecc., sosterresti il concorso apparente tra la norma SP e la norma GN (tra la norma dell'art. 581 e quella dell'art 337)?

Discente: Certamente, no: infatti non tutti i fatti puniti dalla norma SP sono puniti dalla norma GN; in particolare non sono puniti i fatti di minacce.

Docente: E invece sbaglieresti; e per convincerti del tuo errore, io ti ripropongo il caso di prima, ma formulato un po' diversamente: metti dunque, che vi sia: una norma GN che punisce "chi percuote una persona", una norma Gnbis che punisce "chi minaccia una persona"; una norma SP-I che punisce "chi percuote un pubblico ufficiale che compie un atto del suo ufficio"; una norma SP-II che punisce "chi minaccia un pubblico ufficiale che compie un atto del suo ufficio". Ora, se io ti domandassi se vi é concorso tra la norme GN (che punisce "chi percuote ecc") e la norma SP-I (che punisce "chi percuote un pubblico ufficiale ecc."), tu cosa risponderesti?

Discente: Risponderei che certamente il concorso apparente c'è, perché tutti i fatti previsti dalla norma SP, se essa non esistesse, ricadrebbero sotto la punizione prevista dalla norma GN.

Docente: Ottima risposta. E penso che eguale risposta tu mi daresti se ti chiedessi se la norma Gnbis concorre o no con la norma SP-II. Ma se é così, non ti pare illogico e assurdo di adottare una differente soluzione (cioé di negare il concorso apparente), solo perché il Legislatore, per esprimere la sua volontà, invece di quattro norme ha preferito formularne (encomiabilmente) solo tre, riunendo le fattispecie di cui alle norme SP-I e SP-II in un solo articolo?

Discente: D'accordo sarebbe illogico: nel caso si deve ritenere il concorso apparente delle norme e applicare solo la norma SP. Però, proprio dal caso ora fatto, mi pare risulti che il criterio, che tu avevi dato per stabilire quando c'è e quando non c'è il concorso apparente, non porta sempre a risultati sicuri.

Docente: Diciamo piuttosto che porta a risultati sicuri se...usato *cum grano salis*. E per dimostrati quanto di sale occorra in zucca per fare il giurista, ora farò ancora un passo avanti nella strada (perigliosa) ormai intrapresa.

Mettiti in questo caso: una norma SP punisce "chiunque usa violenza a un pubblico ufficiale mentre compie un atto d'ufficio con due anni"; una norma GN, punisce "chi percuote con un anno", una norma Gnbis punisce "chi provoca lesioni con tre anni"; una norma GNter punisce "chi provoca la morte con 10 anni". Se ti domando: Fulano che ha causata la morte del pubblico ufficiale ecc. va punito solo con la norma SP oppure va punito sia con la norma SP sia con la norma Gnter, ebbene, tu, cosa rispondi?

Discente: Rispondo che va applicata solo la norma SP; dato che, come tu mi hai insegnato, si deve intendere che questa norma SP sia dovuta alla formulazione in

forma sintetica delle tre norme seguenti: SP-III, che punisce “chi causa la morte di un pubblico ufficiale mentre compie un atto di ufficio”, SP-II, che punisce “chi causa una lesione a un pubblico ufficiale mentre compie ecc.”; SP-I che punisce “chi percuote un pubblico ufficiale ecc.ecc.”; e dato che tutti i fatti rientranti nella norma SP-III, se questa non esistesse, sarebbero puniti dalla norma GNter.

Docente: Ma come! Tu daresti 10 anni di galera a chi causa la morte di un uomo, e gliene daresti solo due se causa la morte di un pubblico ufficiale?! Valuti ben poco la vita dei pubblici ufficiali! Chiaro che hai sbagliato in qualche cosa. E' vero che la norma SP idealmente si può dividere in tre (e a dir il vero, in ben più di tre, ma fingiamo per chiarezza espositiva, solo in tre) norme autonome; ma é anche vero che ciascuna di queste tre norme va interpretata autonomamente, quindi con possibilità di risultati diversi. Pertanto, mentre si può ben ritenere (e si deve ritenere!) che l'applicazione delle norme SP-III e SP-II non escluda per nulla la applicazione delle norme Gnter e Gnbis, si può ben ritenere (anzi, si deve ritenere) che la norma SP-I (percosse a un pubblico ufficiale mentre ecc.) escluda la applicazione della norma Gen (che punisce, chi percuote con un anno di galera: infatti tale disapplicazione non dà luogo alla assurdità che, chi compie un reato verso un pubblico ufficiale, viene punito meno gravemente di chi commette lo stesso reato verso *quivis de populo*).

Discente: D'accordo, ma così l'interprete viene a perdere quella guida sicura data dal criterio da te all'inizio datomi.

Docente: Diciamo che nella maggior parte dei casi, non la perde: potrà applicare tale criterio con sicurezza e tranquillità. In alcuni casi, effettivamente, la perde; con conseguente pericolo di finire per disapplicare una norma (ritenendo il “concorso apparente”) anche quando invece andrebbe applicata. Contro questo pericolo il legislatore cercherebbe di creare un argine (secondo l'opinione di alcuni Studiosi) con il disposto dell'articolo 15 - articolo (assai confuso) che andrebbe interpretato nel senso che, la norma speciale deroga alla norma generale, come noi prima si é detto, solo se entrambe sono relative alla stessa materia.

Discente: Non capisco il perché di questo limite.

Docente: Neanch'io. Comunque di seguito ti riporto, a che tu stesso possa meglio giudicare, sia il testo dell'art.15, sia quello degli articoli 84 e 68, che in definitiva rappresentano, del principio contenuto nell'art.15, delle applicazioni
Art.15: “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”.

Art.84: “Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato. (...)”-

Art. 68: “Salvo quanto disposto dall'articolo 15, quando una circostanza aggravante comprende in sé un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in sé un'altra circostanza attenuante, é valutata a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, il maggior aumento o la maggior diminuzione di pena.

Se le circostanze aggravanti o attenuanti importano lo stesso aumento o la stessa diminuzione di pena, si applica un solo aumento o una sola diminuzione di pena.”

Discente: Ma l'unico criterio per stabilire, se vi é un concorso apparente tra due norme, e, quindi, se solo una di esse va applicata, é quello della “specialità”?

Docente: No a tal fine servono anche altri strumenti argomentativi; così come constateremo esaminando le altre ipotesi di concorso apparente.

Discente: Cominciamo dunque a vedere una seconda ipotesi (di concorso apparente).

Seconda ipotesi di concorso apparente

Docente: La seconda ipotesi di concorso apparente la possiamo così schematizzare: la norma A punisce il fatto X e la norma B punisce il fatto Y in quanto questo fa sospettare la commissione del fatto X.

Un esempio di tale tipo di concorso potrebbe essere questo: la norma A punisce “chi commette un furto” (pena agli artt. 624 e segg.); la norma B punisce chi “essendo pregiudicato per furto viene trovato con arnesi da scasso” (pena all'art. 707). Domanda che ti faccio: se Fulano viene sorpreso mentre sta commettendo un furto con l'uso di arnesi da scasso, va punito con entrambe le pene, quella prevista dalla norma A e quella prevista dalla norma B, oppure va punito con la sola pena prevista dalla norma A (quella che punisce il furto)?

Discente: Ovviamente, va punito solo con la pena prevista dalla norma A.

Docente: E infatti la norma B é evidentemente una “norma di sospetto” (si punisce chi viene trovato con arnesi atti allo scasso perché si sospetta che abbia commesso o stia per commettere un furto) e la pena da essa comminata si giustifica col ragionamento “Io, Stato Italiano, non posso punire te, Fulano, per furto, perché non

ne ho le chiare prove, però, per il solo sospetto che tu stessi per commettere un furto, ti punisco con tot". Ora è chiaro che tale ragionamento però più non regge quando lo Stato può punire Fulano per il reato sospettato (cioè, per il furto).

Discente: Ed è anche chiaro che vi è un concorso apparente tra le norme A e B (per cui si applica una sola di tali norme), ancorché tale "apparenza" (nel concorso) non sia rivelata da un qualche rapporto di genere a specie tra le due norme (e in effetti tra le norme A e B non vi è nessun rapporto di specialità).

Passiamo alla terza ipotesi di concorso apparente (che viene rivelato da un strumento argomentativo che non utilizza il concetto di specialità).

Terza ipotesi di concorso apparente.

Docente: La terza ipotesi di concorso apparente la possiamo così schematizzare: la norma A punisce il fatto AA perché ha causato l'evento X; la norma B punisce il fatto BB perché ha fatto sorgere il pericolo dell'evento X.

Possono servire ad illustrare i seguenti due esempi.

Primo esempio: la norma B punisce con tre anni chi crea il pericolo di un disastro ferroviario (mutatis mutandis, puoi pensare alla fattispecie di cui all'art. 450); la norma A punisce con nove anni chi per colpa causa un disastro ferroviario (puoi pensare alla fattispecie prevista dall'art. 449).

Secondo esempio: la norma B punisce con tre anni chi provoca la caduta di una valanga (così creando pericolo per l'incolumità altrui – mutatis mutandis, pensa alla fattispecie prevista dall'art.426); la norma A punisce con un mese chi cagiona ad altri per colpa una lesione (pensa alla fattispecie di cui all'art. 590).

Discente: Ebbene nei casi da te esemplificati c'è o non c'è il concorso apparente?

Docente: Bisogna distinguere. Nel primo caso in cui la condotta BB viene punita per il timore che scateni il verificarsi dell'evento X e solo dell'evento X, il concorso apparente va ritenuto e quindi va disapplicata la norma B e va applicata solo la norma A: Fulano, il casellante che non facendo abbassare le sbarre del passaggio a livello, causa un disastro ferroviario, viene punito solo per il disastro ferroviario causato E infatti il legislatore, nel prevedere la pena di anni 3 per chi crea un pericolo di disastro ferroviario, ha fatto evidentemente questo ragionamento "Io, legislatore, non posso punire Fulano con la pena severa di 9 anni, perché il disastro non si è verificato, però per insegnargli a essere più diligente lo punisco con tre anni". Ora chiaramente questo ragionamento perde di validità quando il legislatore può invece punire con 9 anni (perché il disastro ferroviario c'è stato).

Nel secondo caso, in cui la condotta BB viene punita per il timore, non solo che ne

derivi l'evento X (nell'esempio, la lesione di una persona, punita dalla norma A), ma una molteplicità di altri eventi (la morte di una persona, la morte di più persone....), il concorso apparente invece va escluso ed entrambe le norme vanno applicate.

Discente: Perché?

Docente: Ma per le incongruenze e le vere proprie assurdità che potrebbero conseguire derivare dalla sola applicazione della norma A – incongruenze e assurdità con tutta evidenza risultanti nell'esempio fatto: dalla caduta della valanga per fortuna sono conseguite solo lesioni lievissime a una persona, ma ne sarebbe potuta seguire una strage: il mese di galera affibbiato a Fulano appare del tutto incongruo rispetto all'allarme sociale, che il pericolo di una strage ha determinato e, a prescindere da questo, punendo Fulano solo con le sanzioni previste dalla norma A (nell'esempio la norma che punisce le lesioni) si avrebbe l'assurdo che, mentre Fulano, che ha pur sempre causato un evento dannoso, sarebbe punito con solo un mese di galera, un qualsiasi altro Tizio, che avesse provocato la valanga senza però provocare nessunissimo danno, sarebbe punito.... con tre anni.

Discente: Passiamo a esaminare un'altra ipotesi di concorso apparentemente

Quarta ipotesi di concorso apparente

Docente: La quarta ipotesi di concorso apparente si può così schematizzare: la norma A punisce il comportamento AA; la norma B punisce il comportamento BB perché propedeutico alla commissione di AA.

Un esempio potrebbe essere questo: la norma A punisce chi spende banconote false (puoi pensare, mutatis mutandis, al reato previsto dall'articolo 455), la norma B punisce chi stampa banconote false (pensa all'art.453).

I motivi, per cui va riconosciuto il concorso apparente e va applicata solo la norma A, sono di tutta evidenza (e sono gli stessi che portano il legislatore ad escludere l'applicazione delle pene previste per il reato tentato nel caso questo venga effettivamente consumato – vedi l'ultima parte, primo comma, art. 56): il ragionamento che giustifica la punizione di chi compie il comportamento BB (l'attività propedeutica al reato A) è “Io, legislatore, non posso punire Fulano con le gravi pene previste per il reato A, perché l'omessa consumazione di questo reato non ha determinato quel grave allarme sociale, che solo lo giustificerebbe, ma non voglio lasciare Fulano totalmente impunito e allora lo punisco con le più lievi pene ecc.”. Ora però tale ragionamento viene a mancare di giustificazione nel caso in cui il legislatore può punire Fulano per il reato A.

Discente: Passiamo ad esaminare la quinta ipotesi di concorso apparente.

Quinta ipotesi di concorso apparente.

Docente: La quinta ipotesi di concorso apparente, che intendo proporti, riguarda i così detti (dagli Studiosi) “antefatti” “post-fatti” e “fatti in progressione criminosa” - riguarda cioè fatti, che di per sé sarebbero previsti come reato autonomo, ma che appaiono così strettamente connessi al reato che loro segue o che li precede o in cui tendono a svilupparsi, da far ritenere (ad alcuni Studiosi) che in tale reato debbano ritenersi assorbiti. Noi di seguito faremo un esempio per ciascuna di tali categorie di fatti e ci ragioneremo sopra.

Discente: Comincia a portare un esempio di “ante-fatto”

Docente: Mi fai iniziare male, perché io non conosco alcun caso di “antefatto”, che non possa rientrare negli schemi che sopra abbiamo esposti (dando la relativa soluzione). Ti porterò quindi un esempio da me tratto dal bel libro di Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini “*Manuale di diritto penale*” (edito da Giuffrè – p.393) - eccolo: secondo gli illustri Autori, la contraffazione di carta filigranata (punita dall'art. 460) costituisce “antefatto” non punibile della contraffazione di monete (punita dall'art. 453). Voglio ricordare che anche noi avevamo fatto un esempio simile (trattando della quarta ipotesi di concorso) e anche noi lo avevamo risolto nel senso della non punibilità dell'antefatto.

Discente: Fai ora un esempio di post-fatto.

Docente: Come esempio di post-fatto ti posso portare il caso (a cui prima avevamo già accennato – ma che non si può risolvere con nessuno degli strumenti argomentativi che prima avevamo esposti) di Fulano che, dopo aver rubato un'auto (artt. 624 e segg), la distrugge (art. 635).

Discente: E come risolveresti tu questo caso?

Docente: Lo risolverei applicando solo la norma sul furto (e disapplicando quella sul danneggiamento).

Discente: Perché ritieni di giungere a tale conclusione?

Docente: Non già perché non ci possa essere un interesse della parte offesa (in

vista di una possibile individuazione del reo e di un possibile recupero della refurtiva) ad evitare la distruzione dell'auto e quindi all'intimidazione che sul ladro può effettuare la sanzione prevista dall'art.635.

Discente: E allora, perché?

Docente: Perché, dal momento che il legislatore non punisce il ladro che vende la refurtiva (cosa che comporta in pratica la futura irrecuperabilità di questa, non meno di quanto la comporti la sua distruzione) diventa ingiusto punire chi la danneggia.

Discente: Mi pare che la tua sia la classica spiegazione che...va spiegata: perché il legislatore non punisce il ladro che vende la refurtiva?

Docente: Perché l'utilizzazione della refurtiva da parte del ladro è un fatto "scontato", cioè già messo dal legislatore "in conto" nel calcolare la pena per il furto (e perché mai il ladro ruberebbe se non per usare della cosa rubata?!).

Discente: Allora diciamo che questa è la vera spiegazione della non punibilità nel caso di post-fatto da te portato.

Docente: Diciamolo pure.

Discente: Fai ora un esempio di "fatto in progressione criminosa".

Docente: Pensa a Fulano che, subito dopo aver dato a Caio un pugno (art. 581), gli dà una coltellata (art. 582). In un caso simile io riterrei che a Fulano, delle due norme in discussione, quella dell'art. 581 e quella dell'articolo 582, vada applicata solo la seconda: quella prevista dall'art. 582, che punisce le lesioni.

Discente: Perché giungi a tale conclusione?

Docente: Non già, perché – come qualche Studioso sostiene – la lesione sia un'inevitabile e quindi prevedibile (dal legislatore) *escalation* dell'iniziale percossa: grazie al Cielo la maggior parte delle dispute, che cominciano con delle percosse, finiscono...con delle percosse.

Ritengo però che - dal momento che, se Fulano subito, invece di dare un pugno, avesse dato una coltellata (per poi reiterare con una seconda coltellata), sarebbe punito come se avesse commesso uno solo (e non due) reati di lesioni (il perché di questa soluzione, che è pacifica, ci riserviamo di darlo in altra lezione) - sarebbe assurdo punire Fulano come se avesse commesso due reati, solo perché, invece di

dare due coltellate, si é limitato a dare una percossa e una coltellata.

Discente: Con l'esame ora fatto della sesta ipotesi di concorso, io penso che noi ci si possa fermare, rinunciando a fare altre ipotesi; dato che, mi pare, ormai dovrebbe risultare, a chi ci segue, la tecnica argomentativa con cui, secondo te, va affrontato il problema dell'esistenza o meno di un concorso apparente di norme.

Ma anche gli altri Studiosi adottano, per la soluzione di tale problema, i criteri da te proposti?

Docente: No. La maggior parte degli altri Studiosi risolve tale problema in base a tre altri criteri: quello della specialità, quello della sussidiarietà e quello della consumazione.

Discente: Del criterio della specialità, che a dir il vero viene anche da te accettato, abbiamo già abbondantemente parlato, puoi fare un cenno, anche se telegrafico, agli altri due criteri?

Docente: Lo farò attingendo all'opera, già indicata, del Marinucci e Dolcini. Secondo gli illustri Autori (*Op. cit.*, p. 387) quando una norma "sussidiaria" concorre con una norma "principale" la norma "di minor rango, come norma sussidiaria, cede il passo alla norma principale". E quando una norma é sussidiaria di un'altra? Quando "rispetto ad un'altra (norma principale) tutela, accanto al bene giuridico (da questa) protetto, uno o più beni ulteriori ovvero reprime un grado di offesa più grave dello stesso bene". Secondo gli illustri Autori (*Op.cit.* p. 389) "in un rapporto di sussidiarietà tacita si pongono ad es. la norma che configura il reato di strage (art. 422 c.p.) e una serie di norme che configurano altri delitti contro la pubblica incolumità, come l'incendio (art. 423 c.p.), l'inondazione, frana o valanga (art. 426 c.p.), il naufragio, sommersione o disastro aviatorio (art. 428 c.p.), etc."

Discente: Vediamo ora in che consiste il criterio della consumazione.

Docente: Il criterio della consumazione permette di individuare "i casi in cui la commissione di un reato é strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione "consuma" e assorbe in sé l'intero disvalore del fatto concreto "(sempre ex Marinucci e Dolcini, *Opera cit.* p.390). L'esempio di "consumazione" che gli illustri Autori danno é il seguente: Fulano si introduce nell'altrui abitazione al fine di commettere un furto: in tal caso il reato di violazione di domicilio (art. 614) é consumato dal più grave reato previsto dall'art. 624bis (furto in abitazione)..

Discente: Ma tu non ritieni utili i criteri di sussidiarietà e consumazione?

Docente: Possono servire per rivestire di belle parole paludate le conclusioni a cui l'interprete giunge seguendo i percorsi argomentativi da noi suggeriti. Insomma limitarsi a dire la norma A é consumata dalla norma B, perché prevede “un reato strettamente funzionale ad un altro e più grave reato”, significa solo fare una affermazione apodittica (un'affermazione che invece si dovrebbe spiegare come abbiamo tentato di fare noi).

Discente: Ma il legislatore non interviene, nel caso di norme in concorso, per dire se entrambe vanno applicate oppure no?

Docente: Certo che interviene, e lo fa con clausole del tipo (la norma A va applicata): “qualora il fatto non costituisce più grave reato” “se il fatto non é previsto come più grave reato da altra disposizione di legge “fuori del caso indicato nell'art. X”.

Discente: Ma il legislatore si baserà bene su dei criteri per le soluzioni, che egli di volta in volta dà del concorso di norme: l'interprete non si può basare su tali criteri per distinguere quando c'è e quando non c'è un concorso apparente di norme?

Docente: No, perché i criteri adottati da chi, come il legislatore, ha il potere di modificare la legge, non possono essere adottati da chi ha solo il dovere di osservare la legge.

Ti faccio un esempio, prendi l'articolo 351 – quest'articolo recita: “Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora corpi di reato, atti, documenti, ovvero una cosa mobile particolarmente custodita in un pubblico ufficio o presso un pubblico ufficiale o un impiegato che presti un pubblico servizio, é punito, qualora il fatto non costituisca un più grave delitto con la reclusione da uno a cinque anni”. La “clausola di raccordo” inserita in tale articolo comporta che, se Fulano, rivoltella alla mano, entra in una cancelleria e sottrae il preziosissimo coltello usato dall'assassino che ivi é custodito, é punito solo per il reato di rapina, comporta cioè che tra le due norme in ballo, quella dell'art. 351 e quella dell'art. 628, va applicata solo la seconda: soluzione giustissima, ma che può prendere il legislatore e solo il legislatore (e non l'interprete), in quanto ad essa non si può arrivare per via di ragionamento e in particolare di deduzione da altre norme: é una scelta di politica criminale e basta.

Lezione 7 - Reati di pericolo

Docente: Metti che il legislatore, con la norma A (pensa alla norma di cui all'art. 589), punisca con una pena di afflittività cento, “l'automobilista che, tenendo il

comportamento X (pensa a una marcia contromano), causi non intenzionalmente l'evento (dannoso) D (morte di un uomo). Domanda: secondo te, avrebbe senso, sussistendo tale norma A, una norma B, che punisse, con pena di afflittività dieci "l'automobilista che, tenendo il comportamento X (marcia contromano), qualora fosse esistita la circostanza Y (arrivo in senso contrario di un altro automobilista), avrebbe potuto determinare l'evento D"?

Discente: Io lo escluderei: perché mai punire Fulano che, sì, ha tenuto il comportamento X (sì, è andato contromano), ma, sia pure grazie al fatto che nessun veicolo sopraggiunse in senso contrario, nessun danno ha causato? perché, insomma, punire Fulano per un comportamento innocuo?¹

Docente: Tu non tieni conto, che la condanna di Fulano avrebbe l'utile funzione di prevenire (ti ricordi della c.d. funzione di prevenzione generale della pena?) che il suo scorretto comportamento (marcia contromano) sia in un domani ripetuto, con esito questa volta infausto, da altro automobilista.

Discente: Capisco quel che vuoi dire: la norma B punirebbe Fulano a...memoria futura: per dissuadere altri utenti della strada dall'andare contromano. Ma tale funzione forse che non la svolge già la norma A?

Docente: Certamente, sì, la minaccia di pena contenuta nella norma A, già svolge una funzione dissuasiva dal comportamento X (marcia contromano); però è anche vero che tale funzione dissuasiva viene corroborata dalla minaccia di pena contenuta nella norma B.

Discente: Perché?

Docente: Per capirne il perché, parti dal presupposto che, tenendo il comportamento X ci siano 20 probabilità su cento di causare l'evento D (e quindi di violare la norma A) e una probabilità su due di essere scoperti e condannati (per cui vi sarebbero dieci probabilità su cento di essere puniti in forza della norma A) e che, sempre tenendo il comportamento X, ma senza causare l'evento D (ciò che pur sempre comporta, ovviamente, cento probabilità su cento di violare la legge e cioè la norma B) vi sia sempre una probabilità su due di essere scoperti e puniti (ovviamente per la violazione della norma B); orbene, se esistesse solo la norma A, Fulano potrebbe far

¹ Mantovani (in, *Scritti Mortati*, vol IV, p. 447): "Nel mondo degli accadimenti naturali retto dalle legge di causalità, naturalisticamente il pericolo non esiste ed il fatto che l'evento non si sia verificato sta, appunto, a dimostrare che non esistevano tutte le condizioni causali del suo verificarsi".

conto, tenendo il comportamento X, di avere solo dieci probabilità su cento di essere punito, invece, esistendo anche la norma B, egli dovrebbe far conto di avere comunque, sia che causi sia che non causi l'evento X, cinquanta probabilità su cento di essere punito.

Discente: Sì, ma con le pene previste dalla norma B, che sono minori di quelle previste dalla norma A.

Docente: Però, se tieni conto che, l'efficacia intimidatrice della minaccia legislativa, dipende, non solo dal *quantum* di pena minacciato, ma anche dalle probabilità che questa venga effettivamente inflitta, devi convenire con me che la norma B opera in modo molto significativo ai fini di evitare l'evento D.

Discente: Ma, se questo é vero, vi é da domandarsi perché il legislatore non rimetta la tutela del bene D (nell'esempio, l'incolumità degli utenti della strada) solo a norme del tipo B, di norme cioè che puniscono il comportamento pericoloso a prescindere che il danno temuto (nell'esempio, il danno D) si sia verificato; escludendo le norme di tipo A, che fanno dipendere la punizione dal verificarsi di tale danno.

Docente: A dir il vero non manca chi sostiene ciò²; ma per la conservazione delle norme di tipo A, depone la necessità di dare una forte risposta all'istanza di vendetta delle vittime del comportamento pericoloso (i figli dell'incidentato hanno visto il loro padre sanguinante sulla strada, se punisci solo con dieci l'autista imprudente, ci pensano loro con coltelli e bastoni a insegnare a questi il rispetto per la vita altrui!).

Discente: Ma il fatto che la norma B punisca Fulano, per un comportamento in definitiva innocuo, non contrasta con i principi (sulla funzione della pena) da noi studiati nelle prime lezioni?

Docente: Per nulla: la norma B, non contrasta col "principio di lesività", dato che essa ha pur sempre la funzione di impedire la lesione del bene D; non contrasta, poi, col "principio di materialità", perché essa, subordinando la punizione di Fulano, al compimento di un preciso atto (la marcia contromano, nell'esempio), mette effettivamente alla prova la sua "sensibilità" (il modo in cui reagisce) alla minaccia

² Dai seguaci della Scuola positiva, che criticano il sistema dei reati colposi, come quello che introduce inammissibili forme di responsabilità obiettiva.

"Che la colpa raffiguri una responsabilità obiettiva, non vi é dubbio, responsabilità che l'ordinamento giuridico fa conseguire a determinati stati della persona (negligenza ecc.) in quanto questi stati determinano un evento dannoso volontario" - così, Grammatica (*Sulla irrazionalità della colpa*, in *La scuola positiva*, 1930, X, 304)

legislativa: Fulano ha guidato contromano? Ciò significa che la minaccia di essere punito con dieci non ha per lui effetto (per cui va messo in carcere per fargliela assaggiare).

Discente: Autorevolmente si sostiene l'incostituzionalità, per contrasto col “principio di lesività”, dei c.d. reati di “pericolo presunto”, come la guida senza patente³: tu, che ne pensi?

Docente: Certamente sarebbe incostituzionale una norma che punisse il comportamento X, ancorché ritenuto per nulla pericoloso (ma bada, ritenuto tale, non dal giurista Pinco Pallino, ancorché autorevolissimo, ma dal legislatore stesso); ma certamente non contrasterebbe con nessuna norma costituzionale quella che punisse il comportamento X in quanto, in base all'*id quod plerumque accidit*, è ritenuto (dal legislatore, non dal giurista Pinco Pallino) probabile fonte di danno. Peraltro negli esempi di pericolo presunto che si portano, tale pericolo è ben fondatamente presunto. Chi non lo vede è perché non guarda nel punto giusto. Volendo riferirci all'esempio della guida senza patente da te proposto: certo, si può negare che un campione del volante come Nuvolari, anche se non si è sottoposto all'esame di guida, non creerà nessun pericolo marciando sulla pubblica via. Però non è il guidare un'auto che va visto come fonte di pericolo, ma il guidare un auto senza essersi sottoposto ad un esame di guida: è, o no pericoloso che una persona si metta alla guida senza essersi sottoposto ad un esame che ne valuti la perizia? Certamente sì, dato che questa persona potrebbe essere il signor Nuvolari, ma anche il signor Fulano, che non saprebbe neanche all'occorrenza ingranare la retromarcia. *Et de hoc satis!*

³ “Non vi è dubbio – si sostiene da M. Gallo, in *I reati di pericolo*, in, *Foro penale*, 1969, 8) - che, nell'assenza di ogni e qualsiasi pericolosità concreta della condotta, la pena avrebbe qui una funzione puramente e semplicemente preventiva e nei confronti dei terzi e nei confronti dell'agente. Rispetto a quest'ultimo, infatti, la ragione determinante la pena non sarebbe il comportamento realizzato, bensì un atteggiamento personale che, violando una regola di obbedienza, lascerebbe desumere un certo grado di pericolosità sociale. In altre parole non si punirebbe il fatto ma l'autore”.

Lezione 8 - Il delitto tentato

Docente: Il delitto tentato é previsto dall'art. 56, che recita: “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.

Il colpevole di delitto tentato é punito: con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge é stabilita per il delitto la pena di morte; con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita é l'ergastolo e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi”.

Discente: Fai qualche esempio di delitto tentato.

Docente: Poniamo che Fulano, avendo deciso di uccidere Caio: A) si rechi a comprare un fucile; B) si introduca nel giardino di Caio; C) si apposti all'angolo del portone, da cui questi deve uscire, ma prima di D) premere il grilletto e uccidere, venga sorpreso e bloccato.

Mutatis mutandis, ci riproponiamo il quesito della precedente lezione: dal momento che il legislatore già con la norma AA stabilisce un pena per il caso che Fulano perpetri il reato di omicidio (art.575), c'è ragione a che – pur non essendo tale reato consumato, pur non essendosi realizzato l'omicidio – egli, con una norma BB, punisca Fulano per le azioni (le azioni, A,B,C) a questo propedeutiche?

Tu quale risposta daresti a tale domanda?

Discente: Darei la stessa risposta che, nella lezione precedente, si é data per il reato di pericolo: sì, la norma BB avrebbe una ragion d'essere, poiché, punendo le azioni A,B,C, ancorché abbiano abortito nel nulla, si crea una difesa “avanzata” contro la lesione del bene tutelato (nell'esempio, la vita), in quanto, chi ha in animo di uccidere, alle probabilità di essere individuato e punito una volta consumato il reato (realizzato l'omicidio), deve aggiungere le probabilità di essere sorpreso e punito, ancorchè, dell'iter criminis, non sia giunto al capolinea e non abbia realizzato il suo scopo criminoso. In buona sostanza, se non esistesse la norma BB (che punisce le azioni propedeutiche, A,B,C), Fulano potrebbe fare il ragionamento: compro il fucile, me ne vado sul luogo dove di solito passa Caio, mi apposto e....se qualcuno mi scopre, pazienza, me ne torno a casa e.....ritento un'altra volta. Esistendo la norma BB, tale ragionamento non può da lui più essere fatto.

Docente: La tua risposta é ineccepibile e ci permette di concludere che la punizione del reato tentato é un'ottima soluzione dal punto di vista della difesa sociale.

Però presenta almeno due rischi.

Discente: Quali?

Docente: Il primo rischio é quello che dia luogo a persecuzioni giudiziarie immotivate.

Discente: Non comprendo il perché.

Docente: Per comprenderlo devi far partire il tuo ragionamento un po' da lontano (ma, ahimé! é necessario, la verità non sempre é a portata di mano); precisamente devi partire dal dato di comune esperienza che, se tu esami una serie di atti diretti a uno scopo, ti accorgi che i singoli atti, che la costituiscono, tanto più sono a monte, tanto meno chiaro ti rivelano lo scopo per cui sono stati compiuti.

Discente: Porta un esempio.

Docente: Posso portare l'esempio fatto all'inizio della lezione: l'essersi Fulano appostato col fucile proprio lì dove deve passare Caio, il suo nemico, parla chiaro sull'intenzione omicida di Fulano; ma riferiamoci, non all'ultimo, ma al primo atto della serie: l'acquisto del fucile: che ti dice esso sull'intenzione omicida di Fulano? Nulla: questi avrebbe potuto comprare il fucile, sia per uccidere Caio, sia per cacciare quaglie e fagiani. Fatta la premessa, veniamo al dunque: se, tu, legislatore, stabilisci "E' reato un qualsiasi atto che sia diretto a commettere un delitto", quindi, nell'esempio fatto, vieni a configurare come reato anche l'acquisto del fucile da parte di Fulano, il risultato sarà che quei membri della Polizia e della Magistratura, che sono animati da sacro zelo e si ritengono quasi beffati se lasciano impunito un reato, saranno portati a ritenere sufficiente prova, che un atto é diretto al crimine, anche quella che tale non é: Fulano rischierà di essere condannato per tentato omicidio in base al solo acquisto di un fucile ("Tu, Fulano, hai esternato il proposito di vendicarti di Caio, hai comprato il fucile...che cosa si deve volere di più per condannarti?!)¹.

Discente: Per ovviare a tale rischio, basterebbe che il legislatore, con una norma ad hoc del codice di procedura, imponesse ai giudici di non ritenere diretto alla commissione di un reato un atto, se di ciò non vi é la evidente prova.

¹ Proprio per ovviare a tale rischio il codice Zanardelli distingueva tra "atti preparatori" esclusi dalla punizione e "atti esecutivi" invece punibili. Più precisamente il codice Zanardelli (art. 61) puniva "colui che, al fine di commettere un delitto, ne *comincia* con mezzi idonei la *esecuzione*".

Docente: Ed é appunto quel che il legislatore fa, anche se non nelle codice di procedura, che sarebbe, ne convengo la sua sede appropriata, nel codice penale² e precisamente nell'articolo 56, che abbiamo letto: rileggilo con attenzione e vedrai che tale articolo, non punisce tutti gli atti diretti a commettere un delitto, ma solo quelli “diretti in modo non equivoco” a commetterlo.³

Discente: Passa a dire del secondo rischio, che la punizione del “tentativo” comporta.

Docente: Il secondo rischio é che si venga a punire anche chi - non avendo maturato ancora una salda volontà criminosa, al momento di compiere l'atto lesivo (nell'esempio introdotto, al momento di premere il grilletto) - avrebbe spontaneamente desistito dal reato.

Discente: E ciò avrebbe rilievo?

Docente: E certo che sì, dal momento che, come vedremo nella prossima lezione, non viene punito chi desiste spontaneamente dalla consumazione di un reato, anche se é giunto quasi alla fine dell'iter criminis: Fulano ha comprato il fucile, si é appostato, ma al momento di premere il grilletto, ci ripensa: non viene punito.

² Con ciò veniamo a concordare col Vassalli (*Il problema del tentativo*, in *Convegno nazionale di studi su alcune tra le più urgenti riforme del diritto penale*, 1958, p. 26) quando afferma che “inteso nel senso di mera prova dell'intenzione, il requisito della univoca direzione degli atti andrebbe eliminato da un codice rispondente alle moderne esigenze sistematiche, che mal sopportano l'inclusione di criteri probatori nelle norme di diritto penale sostanziale”.

³ Va ricordato che quando il legislatore volle escludere dal codice la distinzione tra “atti preparatori” e “atti esecutivi”, le Corti e le Università si opposero vedendo in ciò un pericolo per la libertà individuale. E proprio al fine di tacitare tale opposizione il legislatore introdusse il requisito della “univocità” degli atti. Sul punto cfr., Petrocelli, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, p. 53 ss.

Su quando deve essere ritenuta la “univocità” degli atti, sono state proposte due teorie. Secondo una prima teoria (teoria soggettiva), la prova che l'atto era diretto al delitto, può essere desunta, non solo dall'atto stesso, ma anche aliunde. Secondo una seconda teoria (teoria oggettiva) tale prova, invece, può essere desunta solo dall'atto stesso.

Alla prima teoria si obietta, che essa giunge a una “interpretatio abrogans” (così, Fiandaca, *Diritto penale – Parte generale*, Zanichelli, 2004, p. 428), in quanto già in base ai principi l'elemento soggettivo si può ritenere sussistente solo in quanto non dubbio, quindi “univoco”. Tale obiezione si può, però, a nostro parere, superare ritenendo che il legislatore, parlando di “univocità” *minus dixit quam voluit*: in realtà egli volendo, non semplicemente che risulti dalle prove dedotte dalla P.A. la volontà delittuosa, ma che risulti in modo evidente.

Discente: In buona sostanza, punendo Fulano, che é stato bloccato al momento di compiere l'atto propedeutico (al crimine) A, lo si punisce quando ancora non si può escludere che, giunto al momento decisivo, non avrebbe avuto un ripensamento: in definitiva é come se lo si privasse di una chance, quella della desistenza e di assicurarsi con essa la piena impunità.

Però, mi pare che già il requisito della univocità (nel senso dell'intenzione criminosa, che deve presentare l'atto propedeutico per essere punito) già dovrebbe garantire che tale atto sia espressione di una matura e salda volontà criminosa.

Docente: Per nulla: pensa a certo Bresci che: compra una rivoltella, compra il biglietto della nave, scrive alla sorella che l'indomani si imbarcherà per far la festa al Re d'Italia e in effetti l'indomani si imbarca: é, o no, l'imbarco del Bresci univoco nel dimostrare la sua volontà criminosa?! Certamente, sì; e tuttavia tra il dire e il fare...c'è di mezzo il mare: quante cose possono accadere durante il viaggio in grado di smuovere il potenziale assassino dal suo proposito criminoso!

Discente: E allora? vuoi dire che non é giusto punire il tentativo?

Docente: Rinunciare a punire il tentativo di certo non si può. Però, al fine di evitare patenti ingiustizie, occorre adottare due misure.

Prima di tutto, occorre limitare la punizione a quegli atti che, per il fatto stesso di essere stati compiuti nonostante che esponano il loro autore a una sanzione giuridica o sociale, fanno pensare a una volontà criminosa, che ha raggiunto un notevole grado di saldezza.

Discente: Fai qualche esempio.

Docente: Pensa a questo caso: Fulano, che si propone di scassinare la cassaforte di Caio: A) compra degli arnesi da scasso, B) si reca dove abita Caio; C) entra nell'abitazione di Caio e....qui é bloccato. Chiaro che Fulano, compiendo l'atto C) si espone alle sanzioni per chi viola il domicilio altrui (art. 615): ora se Fulano ha deciso di esporsi a tale sanzioni, chiaramente lo ha fatto perché ha maturata una salda risoluzione di commettere il furto.

Pensa ancora a quest'altro caso: Bresci, che si propone il regicidio: A) compra la pistola, B) traversa l'Atlantico; C) arriva a Monza; D) si apposta col fucile alla porta da cui deve uscire il Re e.... qui viene bloccato Chiaro che l'atto D (l'appostarsi con un fucile nella pubblica via), anche se di per sé, al contrario della violazione di domicilio, non é previsto da nessuna norma come reato, e quindi non espone a nessuna sanzione giuridica, espone, però, al rischio di una sanzione sociale (la riprovazione del pubblico, e, ancor più, la reazione del pubblico): l'accettazione di

tale rischio non depono forse per la saldezza della risoluzione criminosa del Bresci? Chiaramente, sì⁴.

Discente: Però il legislatore non fa nessuna menzione del requisito di cui tu parli. Di più, mentre il Codice Zanardelli, distingueva, tra gli atti propedeutici alla consumazione di un reato, quelli “preparatori” e quelli “esecutivi”, per escludere la punibilità dei primi, tale distinzione, nel Codice Rocco, non é stata ripetuta.

Docente: E' così, é vero: non fu ripetuta perché si ritenne che tra le due categorie di atti non vi fosse una chiara linea di demarcazione. Con tutto ciò, a mio parere, una distinzione si impone⁵.

Discente: Passa ora a dire dell'altra misura che é necessario adottare per limitare l'ingiustizia insita nella punizione del mero tentativo.

Docente: Per compensare l'incertezza su un possibile ripensamento (anche in extremis) del reo (e per compensarlo della perdita della chance di effettuare tale ripensamento) bisogna ridurre la pena.

Discente: Cosa che il nostro legislatore nel secondo comma dell'articolo 56 mi pare che faccia.

⁴ Naturalmente il reo si esporrà alla riprovazione e alla reazione del pubblico solo quando l'atto da lui compiuto indicherà in modo “oggettivo”, cioè di per sé, il suo intento criminoso. E forse é questo che trae in inganno i fautori della teoria oggettiva (di cui alla precedente nota); ma un conto é il dire che l'atto, perché riveli al pubblico la sua intenzione criminosa, deve rivelarla di per sé (cioé oggettivamente) e un conto il dire che l'atto, per essere apprezzato dal giudice come intenzionato a compiere un crimine, deve rivelare tale sua intenzionalità oggettivamente: la prima affermazione é vera, la seconda é falsa.

⁵ E' un fatto che la maggior parte degli ordinamenti stranieri (cfr. Petrocelli, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, p. 59) distingue tra “atti esecutivi” e “atti preparatori”. E ancor oggi, nonostante la proclamata intenzione del nostro legislatore di abolire tale distinzione, ne riconoscono la rilevanza, autorevoli Studiosi -. ad esempio, il Battaglini G. (*Diritto penale*, p. 4278) e il Ranieri (*Diritto penale*, I, 755, 357). *Del resto, alla necessità di aggiungere al requisito della univocità e della idoneità (di cui parleremo nella prossima lezione), un terzo requisito, porta l'interpretazione sistematica della legge. E, precisamente, la considerazione dell'art. 115 C.P. che – comportando la non punibilità di tutta una serie di atti, ancorché di per sé “idonei” ed “univoci” (l'accordo di due persone per commettere claris verbis un dato reato, la visitazione delle armi e dei luoghi compiuta da una parte per decidere se concludere tale accordo – vedi descritti, tali atti, da Petrocelli, Op. cit., p. 77) - fa dedurre che atti simili (idest, atti ancorché “idonei” ed “univoci”) non siano puniti, pur non essendo compiuti nel contesto di un accordo o di una istigazione criminosa; e quindi obbliga a cercare un terzo requisito per la punibilità di un atto propedeutico (alla consumazione del reato). Requisito che la logica non potrebbe ravvisare che nella “serietà” dell'intenzione criminosa.*

Docente: Non dico di no: anche il nostro legislatore certe volte si comporta saggiamente.

Lezione 9 - Reato putativo – Delitto impossibile – Tentativo inidoneo – Desistenza

Docente: Il reato putativo é previsto dal primo comma dell'art. 49, che recita: “Non é punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato”

E' il caso di chi va con la moglie altrui ritenendo che l'adulterio costituisca reato (reato putativo per errore di diritto) o di chi spaccia come droga un quid, che crede cocaina, mentre é solo innocua polvere bianca (reato putativo per errore di fatto)¹.

Discente: Strano che il legislatore lasci impunito chi compie un reato putativo, dato che, chi lo compie, non lede, sì, nessun bene (dal legislatore tutelato), però, dimostrandosi insensibile alla minaccia legislativa (di una sanzione), con ciò stesso si dimostra anche capace di compiere in un domani, non un reato esistente solo nella sua fantasia, ma un reato punito dal codice.

Docente: Effettivamente, sia il reato p. per errore di diritto, sia il reato putativo per errore di fatto, sono rivelatori di una pericolosità sociale.

(Anche se, bisogna rilevarlo, sono indici di una pericolosità di intensità diversa: infatti, mentre il reato p. per errore di diritto é, di per sé, unicamente sintomo di una generica inclinazione a non conformarsi ai precetti legislativi ritenuti inopportuni o ingiustificati², il reato p. per errore di fatto, rivela altresì che il suo autore non condivide i valori accettati dal legislatore: io, legislatore, ritengo che l'uso della droga sia male e tu, Fulano, spacciando quella che tu credi cocaina, dimostri di ritenere il contrario)³.

¹ E' discusso se l'articolo 49 si riferisca, per sancirne l'impunità, sia all'una che all'altra figura di reato putativo. Sul punto v., Neppi Modona, *Il reato impossibile*, p. 33.

Certo é che la non punibilità del reato putativo per errore di diritto, a prescindere dal disposto dell'articolo 49, risulterebbe dal semplice fatto che, volendo punirlo, non si saprebbe....con quale pena punirlo.

² Ma fu proprio di un orientamento giuridico, affermatosi durante il Nazional-socialismo e di cui il Welzel fu il massimo esponente, il vedere, la ragione profonda che giustifica la punizione del reo, nella sua disubbidienza al precetto legislativo (nella ribellione al “potere spirituale che informa la vita del popolo”, dice il Welzel, in *Das Deutsche Strafrecht*, 7° ediz. 1960, p.171 – riferendosi proprio al reato tentato).

Proprio per reazione (eccessiva) a tale orientamento, si é venuto in questo dopoguerra affermando l'orientamento, che vuole esclusa la punibilità di un'azione, se non é lesiva di un concreto bene.

³ E' significativo che, nella Relazione del Guardasigilli Rocco sul *Progetto definitivo* (in,

Discente: Ma se è così, se il reato putativo è rivelatore di una pericolosità sociale, perché il legislatore non lo punisce?

Docente: Probabilmente per la difficoltà di individuare una pena congrua per ciascun reato putativo: difficoltà certamente più forte nel caso di reato putativo per errore di diritto (che pena infliggere per chi crede di *versare in re illicita* commettendo adulterio e che pena infliggere per chi crede di commettere reato gridando "Viva il re"? evidentemente una pena diversa nei due casi, ma quale? insomma il legislatore dovrebbe accanto al codice penale per i reati reali scrivere un codice penale per i reati putativi), ma difficoltà certamente non indifferente anche in caso di reato p. per errore di fatto (dato che la pena per il reato putativo certamente dovrebbe essere inferiore a quella del reato reale, ma di quanto?!).

Discente: Ma, comunque sia, la impunità concessa al reato putativo non contrasta con quel "principio di materialità", che abbiamo studiato parlando della funzione della pena?

Docente: No, perché tale principio vuole, che non sia punito chi non ha commesso un fatto che dimostra la sua insensibilità alla minaccia della pena, ma non pretende che sia punito ogni e qualsiasi persona che dimostri insensibilità alla minaccia legislativa. Insomma la insensibilità (alla minaccia legislativa) è condizione necessaria, ma non sufficiente per la punibilità: perché questa possa esserci occorre un *quid pluris*.

Discente: Evidentemente questo *quid pluris* è dato dalla lesione o dalla messa in pericolo del bene tutelato dal legislatore.

Docente: Così sembrerebbe dalla lettura, sia del secondo comma dell'articolo 49, che recita "La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso", sia del primo comma dell'articolo 56 che, come già sappiamo, recita "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".

Lavori preparatori, vol. V, parte I, 1929, pp. 92-93), si giunga ad escludere, in relazione al reato putativo per errore di diritto, ogni valore sintomatico di quella pericolosità che, invece, si riconosce al reato putativo per errore di fatto (e che giustificava, nel pensiero del Guardasigilli, la sua assimilazione al reato impossibile e, quindi, la previsione nei suoi confronti di una misura di sicurezza).

Discente: Due parole di commento allora sull'articolo 49 (e non mi riferisco anche all'articolo 56, dato che questo, in definitiva, non fa che ripetere il concetto già espresso dall'articolo 49).

Docente: Effettivamente è così, il riferimento all'idoneità degli atti contenuta nell'articolo 56 è resa superflua dal disposto dell'articolo 49 – e sul punto mi pare ci sia unanimità tra gli Studiosi. Ma veniamo all'articolo 49. La prima cosa da dire è che non può essere interpretato alla lettera.

Discente: Perché?

Docente: Perché in tal caso condurrebbe ad assoluzioni chiaramente e pacificamente inammissibili. E per convincertene pensa solo a questo caso: l'agente provocatore finge di voler comprare della droga, Fulano gliela “vende”: chiaramente l'azione di Fulano è del tutto inidonea a ledere il bene tutelato dal legislatore, ma chi mai potrebbe sostenere la sua non punibilità?

Discente: Dunque vi sono atti “non idonei” che vanno puniti e “atti non idonei” che invece non vanno puniti”: con che criterio distinguere gli uni dagli altri?

Docente: Il criterio è questo: tu, giudice, devi dichiarare non punibile l'atto inidoneo solo quando la tua sentenza (di assoluzione) non diminuisce la tutela del bene difeso dalla norma incriminatrice e, in primis, quindi, non diminuisce l'efficacia deterrente della minaccia contenuta nella norma incriminatrice. Se diminuisce questa tutela, se diminuisce questa efficacia deterrente (di poco o di tanto, non importa) devi condannare. Infatti, ogni interpretazione della norma che diminuisse la tutela di un bene tutelato dalla costituzione (e tutti i beni la cui lesione comporta una sanzione penale, lo sono), inevitabilmente si porrebbe, è quasi lapalissiano, in contrasto con la Costituzione.

Discente: Fai qualche applicazione pratica di tale criterio.

Docente: Partiamo dai casi facili e pacifici: i casi in cui la idoneità a ledere dell'azione va esclusa in base alle leggi naturali: il caso di Fulano I che per uccidere fa una fattura o che spaccia credendola droga la polvere di borotalco. Sono casi in cui chiaramente l'assoluzione dell'imputato si impone. Infatti il messaggio che la sentenza di assoluzione manda al pubblico è “Non sarà punito chi fa una fattura per uccidere o chi spaccia borotalco”; e può anche darsi che, recependo tale messaggio, qualche testa fuori posto si senta incoraggiata fare delle fatture, come non è escluso che qualcuno si senta incoraggiato a spacciare del borotalco, ma forse che tali atti

porrebbero in pericolo o lederebbero quel bene della vita o della salute che la norma incriminatrice tutela? No, di certo.

Discente: Per cui può ben dirsi che la tutela dei beni della vita e della salute non risulta per nulla menomata, anche se si lascia via libera a tali atti. Ma questi sono casi facili (di esclusione della punibilità), veniamo a casi un po' più difficili: Fulano I spara e sbaglia la mira: il fatto stesso che la pallottola non abbia raggiunto il suo bersaglio significa che l'azione dello sparatore era inidonea a farglielo colpire⁴: di conseguenza Fulano I va prosciolto? Ancora: Fulano I fa scoppiare una bomba sotto un letto credendo che vi dorma il suo nemico Beppe, il quale, invece, per sua fortuna, si è recato a bere un caffè nel bar sotto casa: chiaramente anche in questo caso l'azione diretta a uccidere era inidonea, significa ciò che Fulano I va assolto?

Docente: No, non va assolto perché la sua assoluzione manderebbe a Fulano II, un potenziale omicida, il messaggio: “Se tu spari e sbagli il bersaglio (oppure, se tu metti una bomba dove credi che stia il tuo nemico e questo non c'è), non sarai punito”. Ora questo messaggio effettivamente diminuisce il potere deterrente della minaccia legislativa. Infatti ogni mente criminale, al momento di decidere se compiere, o no, la progettata impresa delittuosa, fa il calcolo dei pro e dei contro; e in questi mette anche il rischio di non raggiungere lo scopo criminoso (nell'esempio, di non riuscire ad uccidere) e le conseguenze negative che gliene deriverebbero anche in tale caso di insuccesso (“Mi conviene sparare se vi sono solo dieci probabilità su cento di colpire? No, di certo se, anche qualora fallissi, verrei messo in galera”). Quindi non punire gli atti diretti a ledere, nei casi in cui l'azione criminale non ha raggiunto lo scopo - o per le modalità dell'azione (imperizia del reo....) o per l'assenza di una circostanza ritenuta dal reo presente (Beppe non dormiva nel suo letto) o per la presenza di una circostanza ritenuta dal reo assente (Fulano si reca nella casa di Beppe per rubare e lì ha la sgradita sorpresa.... di trovarvi la polizia) - significa ridurre l'efficacia intimidatrice della minaccia legislativa.

Discente: Fino ad adesso abbiamo fatto casi di lieve o media difficoltà, facciamone uno di rilevante difficoltà: il caso di Fulano I che falsifica, metti, la sua patente, ma in

⁴ “Specie in passato – ma questo orientamento si riscontra ancora oggi nell'ambito della giurisprudenza – si era soliti risolvere il concetto di idoneità in quello di efficienza causale: in tale senso, gli atti realizzati dovrebbero essere capaci di cagionare l'evento preso di mira. (..... Ma) se fosse veramente adottabile un'ottica di tipo causale, il giudizio relativo all'idoneità dovrebbe compiersi ex post: ma, secondo una valutazione ex post, non vi sarebbe mai tentativo punibile proprio perché il mancato verificarsi dell'evento costituirebbe irrefutabile riprova della “inidoneità” degli atti compiuti a cagionarlo!” -così, Fiandaca – Musco, in *Diritto penale – Parte generale*, Zanichelli, quarta edizione, p.423).

modo talmente grossolano da non poter trarre in inganno nessuno: va punito?

Docente: Secondo me, va punito. Certo, la grossolanità del falso fatto da Fulano I non ha posto di per sé in pericolo il bene della fede pubblica; ma non è questo che conta: quel che conta è che l'assoluzione di Fulano I manda il seguente messaggio a qualsiasi Fulano II, falsificatore *in pectore*: “Il falso, se tale da non ingannare nessuno, non è punito”; al che Fulano II è autorizzato a fare il ragionamento “lo faccio il falso, se riesce bene e quindi riesco ad ingannare chi mi legge la patente, ottimo, il mio scopo l'ho raggiunto, se riesce male... pazienza, ritenterò fino a che, imparata l'arte, saprò falsificare a dovere”. Quel che può indurre a ritenere (erroneamente) l'impunità del falso grossolano è la considerazione della inettitudine criminale del reo, di Fulano I; ma non questo conta: Fulano I può essere inetto, ma Fulano II (il destinatario del “messaggio” che scaturisce dalla sentenza) può ben non esserlo.

Discente: Generalmente si sostiene che, per determinare l'idoneità dell'atto, bisogna fare una sorta di diagnosi postuma, cioè domandarsi, non col senno del poi, ma col senno e le conoscenze che poteva avere una persona avveduta al momento e nel luogo in cui Fulano I ha agito, se l'azione (di Fulano I) poteva avere esito positivo⁵:

⁵ “(Il concetto di idoneità) richiama l'idea di capacità potenziale, attitudine, congruità dell'atto compiuto rispetto alla realizzazione del delitto preso di mira. L'effettiva portata del requisito si chiarisce, puntualizzando sotto quale angolazione ci si deve porre per stabilire se un determinato atto sia o no idoneo rispetto al risultato. Si concorda, oggi, nel ritenere che il parametro di accertamento dell'idoneità consiste in un giudizio *ex ante e in concreto* (criterio della c.d. *prognosi postuma*): il giudice cioè, collocandosi idealmente nella stessa posizione dell'agente all'inizio dell'attività criminosa, deve accertare – alla stregua di una valutazione operata in base alle conoscenze dell'uomo medio, eventualmente arricchite delle maggiori conoscenze dell'agente concreto – se gli atti erano in grado, tenuto conto delle concrete circostanze del caso, di sfociare nella commissione del reato. Tale criterio va sotto il nome di “prognosi postuma” perché il giudizio prognostico viene effettuato sì dopo la commissione degli atti di tentativo, ma ponendosi con la mente nel momento iniziale dell'attività delittuosa: soltanto questa prognosi a posteriori consente, d'altra parte, di accertare se l'agente concreto sia in possesso di conoscenze “ulteriori” rispetto a quelle proprie dell'uomo medio. Così ad es. la somministrazione di zucchero ad una persona, considerata *ex ante* in base a valutazioni medie, non può certo essere ritenuta idonea a cagionare la morte; il giudizio tuttavia muta, se si accerta che il reo era a conoscenza del grave stato diabetico della vittima designata. Rimane, a questo punto, da precisare se il criterio della prognosi postuma debba essere applicato effettuando il giudizio di idoneità su una *base parziale* ovvero su una *base totale*. Invero, è attestato nel primo senso l'orientamento dominante, accolto anche dalla manualistica di gran lunga prevalente: il giudizio di idoneità è a base parziale in quanto tiene conto soltanto delle circostanze conosciute o conoscibili, al momento dell'azione, da un uomo avveduto pensato al posto dell'agente concreto; mentre esso non tiene conto di circostanze eccezionali oggettivamente presenti sin dall'inizio, ma conosciute dopo”. - così,

tu ritieni che tale criterio abbia pregio?

Docente: Io lo negherei: il fatto che Fulano II (l'uomo avveduto di cui fa parola tale teoria) si sarebbe accorto di quell'inidoneità dell'azione che è sfuggita a Fulano I, che cosa dimostra? Al massimo che Fulano I è un inetto criminale; e questo non rileva. Quel che solo rileva infatti è il tipo di messaggio che l'assoluzione di Fulano I manda a un qualsiasi Fulano II, potenziale violatore della legge. E questo messaggio - nel caso che l'uomo avveduto si sarebbe accorto della inidoneità dell'atto ecc.ecc. - potrebbe così formularsi: "Non è punito chi compie un tentativo di omicidio in condizioni in cui qualsiasi uomo avveduto si sarebbe accorto che il tentativo doveva fallire". Al che Fulano II (il destinatario del messaggio che scaturisce dalla sentenza) potrebbe ragionare "Io il tentativo lo faccio, se sono così stupido di farlo quando qualcuno di me più intelligente avrebbe capito che era destinato al fallimento, pazienza, tornerò impunito a casa e studierò meglio la cosa la prossima volta". E poco male se Fulano II facendo il tentativo si dimostra imperito e questo fallisce; ma se riesce?!

Discente: Del tentativo inidoneo e del delitto impossibile abbiamo parlato abbastanza: voltiamo pagina: parliamo della desistenza e del c.d. "pentimento operoso". A te la parola.

Docente: La desistenza è prevista dal terzo comma dell'articolo 56, che recita: "Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso".

Un esempio di desistenza? Pensa all'anarchico che, dopo aver progettato di far saltare il palco delle autorità con una bomba, dopo aver comprata la bomba, dopo averla collocata sotto il palco, ha un ripensamento e non aziona il congegno che a tempo debito avrebbe dovuto far scoppiare la bomba.

Discente: Sì, ma perché il legislatore non punisce l'attentatore che desiste?

Docente: Si è soliti spiegare ciò con l'opportunità di allettare l'attentatore con la promessa dell'impunità come premio della desistenza⁶. Io penso, però, che l'impunità riconosciuta all'attentatore che desiste, non debba essere considerata un premio, ma che molto semplicemente derivi dalla constatazione che nel reo hanno finito per prevalere, sull'impulso a delinquere, i controimpulsi a questo.

Fiandaca-Musco, *Opera* citata, p.424.

⁶ La teoria premiale (a spiegazione della non punibilità della desistenza), si fa risalire al Feuerbach.

Discente: Ma tali controimpulsi possono essere di varia natura: alcuni, “nobili” (compassione per la vittima, ritrovato senso dell'onore...), altri, invece, di natura prettamente utilitaristica (timore della sanzione, constatazione della difficoltà dell'impresa criminale e della possibilità di essere facilmente scoperti...). Anche se il reo desiste, mosso da questo secondo tipo d'impulsi, viene a godere dell'impunità?

Docente: Certo: mettiamo pure che l'attentatore abbia desistito solo per paura della sanzione: ciò significherebbe che la minaccia della sanzione ha svolta la sua funzione, senza bisogno di essere applicata: l'optimum per il legislatore!

Insomma non c'è bisogno di premiare Fulano I, che desiste a metà dell'iter criminis, più che ci sia bisogno di premiare Fulano II che, non meno criminale di Fulano I, ma più di lui calcolatore, neanche ha iniziato a percorrere l'iter criminis.

Del resto di “premio” ci sarebbe ragione di parlare solo se, avendo l'attentatore commesso dei reati al fine di progredire nell'iter criminis (il ladro che rompe i vetri della finestra per entrare nell'abitazione altrui), il legislatore, per tali reati, concedesse l'impunità; il che però non é (rileggiti la citata disposizione di legge).

Discente: Il legislatore subordina l'impunità alla volontarietà della desistenza: quando, però, può dirsi che la desistenza sia volontaria?

Docente: Quando il reo rinuncia a proseguire nell'iter criminis pur avendo ancora delle chances, poco importa se ridotte al lumicino, di giungere con successo al suo capolinea⁷: il ladro che, giunto nei pressi dell'abitazione in cui deve operare, si accorge che vi é la polizia appostata e solo allora desiste, desiste utilmente, se esistevano delle probabilità anche minime, che, nonostante la sorveglianza della polizia, potesse commettere il furto. Questo vuole la logica: se il legislatore non punisce chi, pur intenzionato a commettere un crimine, non inizia l'iter criminis, solo per le altissime probabilità di essere scoperto, neanche può punire chi non prosegue nell'iter criminis, in considerazione delle altissime probabilità di un insuccesso.

Discente: Vuoi fare un esempio di desistenza invece improduttiva dell'impunità?

Docente: Pensa al borseggiatore che, infilata la mano nella tasca della vittima designata, lesto la ritira, perché questa si é accorta del suo gesto e si é messa in

⁷ Identica é l'interpretazione del Manzini (esposta in, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1933, cap. XIII, pag. 443, p. 393), il quale afferma: “L'impossibilità di un utile prosecuzione del tentativo deve essere assoluta e definitiva per escludere la desistenza giuridicamente efficace. Allorchè sussista tuttora sia pure la mera possibilità (quantunque, non la probabilità) di proseguire utilmente, può benissimo verificarsi la desistenza volontaria esimente la pena”.

guardia: che possibilità avrebbe in questo caso il ladro di commettere il furto?
nessuna: la sua desistenza non può dirsi volontaria.

Discente: Abbiamo parlato della desistenza, parliamo ora del “pentimento operoso”.

Docente: Esso é contemplato dal quarto comma dell'articolo 56, che recita: “Se (il colpevole) volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà”.

Fulano II ha percorso tutto l'iter criminis (per riferirci all'esempio prima intridotto: ha posto la bomba sotto il palco delle autorità, ha azionato il meccanismo ad orologeria...): tutto quello che egli doveva fare, l'ha fatto: ora...le cose dovrebbero marciare da sole. Però a questo punto ha un ripensamento: torna indietro e blocca il meccanismo ad orologeria: la bomba non scoppierà più. Questo é un esempio di pentimento operoso.

Discente: Ci sarebbe da aspettarsi che il legislatore, come esenta da pena Fulano I (che prima di collocare la bomba é ritornato sui suoi passi), così, da pena, esenti Fulano II che ritorna su i suoi passi per disinnescare la bomba; anzi, ci sarebbe da aspettarsi che, non solo lo esenti da pena (come Fulano I), ma lo premi con un *quid pluris*: in fondo Fulano I, per impedire l'evento, ha solo dovuto cessare dall'agire (il che é come dire, ha dovuto cessare di esporsi al pericolo), mentre Fulano II, per impedire l'evento, deve ulteriormente attivarsi, esponendosi così al pericolo di essere preso o addirittura ucciso da un poliziotto. E invece? Invece, il legislatore si limita a diminuirgli la pena prevista per il delitto tentato. A me ciò pare ingiusto.

Docente: E forse lo é⁸. Anche se non si può negare che almeno due buone ragioni depongono per la soluzione adottata dal legislatore. Prima: una volta che Fulano II, ha messo in moto il meccanismo, che deve provocare l'evento dannoso, egli ha anche creato una situazione di pericolo: sì, tale situazione di pericolo da lui é stata eliminata, ma poteva anche non esserlo (anche indipendentemente dalla sua

⁸ Vannini (*Il problema giuridico del tentativo*, p. 119): “ Non vedo come possa spiegarsi l'effetto soltanto diminuito dell'attuoso ravvedimento in confronto al pieno effetto esimente assegnato alla desistenza volontaria, quando si pensi che la distinzione fra delitto tentato e delitto mancato é stata giustamente abolita per la ragione che non sempre l'esaurimento dell'azione esecutiva implica una più intensa violazione dell'interesse protetto, né sempre esprime una maggiore pericolosità soggettiva in confronto all'azione non ancora esaurita.” E' il Messina, poi, che ricorda (in *La desistenza volontaria*, Giuffrè, 1954, p.31 nota, 58) come nel Codice tedesco (paragrafo 46) “non soltanto la nostra desistenza volontaria (nel tentativo incompiuto) sia causa di non punibilità, ma anche il pentimento operoso, qualora il volontario impedimento dell'evento si abbia in un momento in cui l'azione non era stata ancora scoperta”.

volontà: pensa al caso ch'egli fosse morto, metti per un colpo al cuore, dopo aver innescata la bomba). E chi fa sorgere una situazione di pericolo può ben essere ritenuto meritevole di pena. Seconda (ragione per non esentare completamente da pena Fulano II, il pentito): al contrario di Fulano I (il desistente), Fulano II ha dimostrato, portando a termine il tentativo, di non essere sensibile alla minaccia della pena.

Lezione 10 - Coscienza e volontà dell'atto. I c.d. atti automatici. Colpa per ignoranza e negligenza

Docente: Abbiamo visto, in una delle primissime lezioni, che il nostro Legislatore non punisce una persona solo perché ha delle pulsioni antisociali, ma in quanto il timore della sanzione non è per lei sufficiente freno allo sfogo di tali pulsioni; insomma, perché si dimostra insensibile alla minaccia della sanzione penale. Poco importa che Fulano, come un novello Landrù, sia tentato di squartare le sue amanti, se egli....da ciò si astiene per timore della pena.

Quindi, si pone il problema di quali siano le condizioni necessarie a che si possa dire, che il destinatario della minaccia legislativa sia insensibile a questa: *breviter*, quali siano le condizioni di efficacia della minaccia legislativa.

Discente: Quindi, condizioni, sussistendo le quali, una persona, che compie il fatto-reato, sarà punita e, non sussistendo le quali, non sarà punita.

Docente: Non confondiamo argomenti del tutto diversi: ora vedremo le condizioni di efficacia della minaccia legislativa, in altre lezioni vedremo le condizioni a cui è subordinata l'esistenza del reato.

Discente: Va bene, avevo frainteso: può capitare. Dimmi allora quali sono queste condizioni di efficacia della minaccia legislativa.

Docente: Le condizioni, a che abbia senso e possa (almeno in teoria) sortire effetto, la minaccia fatta da una norma a Fulano, perché si astenga da un comportamento (A), lesivo di un bene da essa tutelato, sono: I- che il comportamento (A)¹ possa, con un atto di volontà, essere evitato da Fulano; II- che Fulano abbia conoscenza della minaccia legislativa; III- che Fulano sappia di stare ponendo in essere proprio il comportamento da cui la minaccia legislativa lo vuol dissuadere.

¹ Naturalmente qui il termine "comportamento" va inteso sia in senso positivo che negativo <. sia come "azione" che come "omissione".

Discente: Bene, comincia allora a dire quando viene a mancare la condizione sub I.

Docente: Prima di tutto, la condizione sub I viene a mancare quando ci si trova di fronte a una norma che minaccia a Fulano I una pena per un comportamento, non suo, ma di Fulano II.

Discente: Come può accadere una cosa simile? E' evidentemente assurdo punire una persona per il comportamento di un altro.

Docente: Sarebbe assurdo se la minaccia fosse rivolta a Fulano I: é infatti assurdo minacciare una persona per indurla a tenere un comportamento, che non é in suo potere (ma in potere di un'altra persona, nell'esempio, di Fulano II) tenere o no. Ma non é nient'affatto assurdo, se la minaccia é in realtà rivolta a Fulano II: "Tu, Fulano II, mi indichi, chi ha compiuto l'atto terroristico, oppure noi uccidiamo tuo figlio, Fulano I".

Discente: Ma se é così, non si può parlare di una vera e propria pena applicata a Fulano I e tanto meno di una sua responsabilità penale: Fulano I é semplicemente una persona a cui si farà del male per costringere Fulano II a un dato comportamento

Docente: Tu hai ragione, ed effettivamente il comma primo dell'articolo 27 - che, per escludere la liceità di situazioni come quella ora esposta, recita "La responsabilità penale é personale" - imposta assai male la questione a cui vuol dar risposta. Tuttavia, ancorché male impostata, tale disposizione é importante perché permette di argomentare la incostituzionalità di una norma, che punisse una persona per un comportamento, che non era in suo potere di tenere o no (il comportamento solo apparentemente appartiene all'agente, in realtà non é "suo": manca il requisito della *suitas*).

Discente: Cioè permette di argomentare la incostituzionalità di una "responsabilità obiettiva".

Docente: Qui bisogna intenderci. Sì, l'articolo 27, esclude la liceità di una responsabilità obiettiva, se per questa si intende: responsabilità di Fulano I per un comportamento che non é in suo potere di compiere o non compiere; no (cioé non esclude una responsabilità obiettiva), se per questa si intende una responsabilità di Fulano per un comportamento mancante di colpa e di dolo. Ed é proprio questa seconda argomentazione che fanno molti studiosi, per escludere ad esempio la costituzionalità dell'articolo 584, che recita: "Chiunque, con atti diretti a commettere

uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, é punito con la reclusione da dieci a diciotto anni “.

Discente: E infatti pare anche a me molto ingiusto che una persona rischi diciotto anni di carcere solo perché, avendo dato uno schiaffo a uno, questo malamente cade, batte il capo su una pietra e muore.

Docente: Tu non puoi negare che sussiste davvero la probabilità che, chi riceve uno schiaffo, cada malamente e...vada anzitempo al Creatore.

Discente: Certo che sussiste, ma é piccolissima: metti, c'è una probabilità su mille che si realizzi; e una persona non può essere condannata a dieci anni solo perché ha tenuto un comportamento, che v'era solo una probabilità su mille, che conducesse alla morte di chi lo subiva.

Docente: Ma tu non consideri, che, la gravità di una minaccia, va misurata anche tenendo conto delle probabilità, che venga applicata: minacciare una pena, sì, di 18 anni, ma che vi é una probabilità su mille che si applichi, é una minaccia perfettamente adeguata, per dissuadere da un comportamento, che v'è una probabilità su mille, che porti alla morte di chi lo subisce.

Discente: Sia come sia; andiamo oltre. C'è qualche altro caso, in cui manca la condizione sub I, necessaria per l'efficacia della minaccia legislativa?

Docente: Certamente, sì: altro caso in cui la minaccia legislativa non ha senso é quello dei cc.dd. atti automatici: pensa a chi, in preda a una crisi epilettica, muove scompostamente un braccio e colpisce una persona; pensa a chi, preso da un violento conto di vomito, sporca gli abiti di un vicino o a chi, a cagione di uno starnuto irrefrenabile, perde il controllo dell'auto e provoca un incidente. In tutti questi casi, chi ha compiuto l'atto (lesivo), non era in grado di dare ai suoi centri nervosi l'ordine di inibire il movimento muscolare relativo. Bisogna però stare attenti a distinguere gli “atti automatici “da quelli “abituati”, che, appunto in quanto tali, spesso vengono compiuti senza riflettere, per così dire “automaticamente”; così come il gettare via il mozzicone di una sigaretta dopo aver fumato. Infatti, mentre non avrebbe senso una minaccia legislativa per inibire gli atti automatici, essa, invece, può manifestarsi utile per inibire gli atti abituali.

Discente: Sì, però, come distinguere gli atti automatici da quelli abituali?

Docente: Per distinguere gli atti automatici da quelli abituali c'è un semplice criterio:

immaginati che, come per magia, il legislatore si fosse materializzato accanto al reo, al momento in cui stava per compiere l'atto, per minacciarlo di una pena certa e gravissima, metti l'ergastolo, se lo compiva: se devi concludere, che, nonostante ciò, nonostante la fisica vicinanza del legislatore minacciante, il reo avrebbe compiuto l'atto (non essendo, come l'epilettico, come la persona in un acuto stato febbrile, in grado di recepire la minaccia), ti trovi di fronte a un atto automatico, se invece devi concludere che il reo, avrebbe desistito dall'atto (lesivo), ti trovi di fronte a un reato abituale.

Discente: Sì, però tu mi devi spiegare qual'è la funzione della minaccia della pena nei casi di atti abituali; e non solo in questi casi, ma in tutti i casi in cui l'atto (lesivo) viene compiuto per disattenzione, come nel caso del chirurgo, che dimentica le pinze nell'addome del paziente, del casellante, che dimentica di azionare le sbarre del passaggio a livello, e così via. Infatti, è chiaro che il casellante, il chirurgo, non pensando, al momento di omettere l'atto dovuto, di stare violando la legge, neanche subiscono l'effetto della minaccia legislativa.

Docente: Io direi che la funzione della pena in questi casi è...quella di ricordare se stessa. Mi spiego: è un dato di esperienza che, mentre una persona può dimenticare una cosa di poco valore, difficilmente dimentica una cosa di grande valore: ad esempio, il viaggiatore può dimenticare sul treno il suo giornale, ma è molto difficile che vi dimentichi una valigetta carica di banconote. Ora la minaccia della pena, rendendo gravido di conseguenze dolorose l'omissione di un atto, rende questo anche importante e quindi molto più difficile a dimenticarsi².

Discente: I casi a cui tu fai riferimento sono casi in cui l'agente, omette, sì, un atto ignorando di ometterlo, però, solo perché del dovere di compiere tale atto si è dimenticato; insomma il dovere di compiere quell'atto rientra nel suo bagaglio culturale, occorre solo richiamarlo alla sua mente. Vi sono casi invece in cui l'agente omette un atto (o compie un atto), non perché ha dimenticato di doverlo compiere (o di doverlo omettere), ma perché *tout court* egli ha sempre ignorato di avere un

² L'Exner ("Das Wesen", p- 208) si pone il problema: com'è possibile comandare di prevedere? E ne trova questa soluzione: "In realtà il diritto chiede un determinato interesse di evitare delle conseguenze antilegali, cioè uno stato psichico dato il quale lo sguardo nel futuro si verifica automaticamente. Più esattamente si rimprovera all'attore, nella colpa incosciente, non la mancanza di previdenza, ma la mancanza di quell'interesse che ha avuto come conseguenza il non riconoscere il pericolo." La differenza tra la nostra concezione e quella dell'Exner è evidente: per noi, il diritto non punisce una persona perché manca di un dato interesse; ma minaccia una punizione a quella persona per far sorgere in lei un dato interesse.